

ANSELMO MARTÍNEZ CAÑELLAS

TESIS DOCTORAL

**"EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN EL
CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL
DE MERCADERÍAS"**

**Dirigida por el Prof. Dr. D. Guillermo Alcover Garau.
Catedrático de Derecho mercantil de la Universitat de les Illes Balears.**



**Universitat de les
Illes Balears**

Facultat de Dret. Àrea de Dret mercantil

Palma de Mallorca, 2001

A mis padres

PREÁMBULO

1. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Un primer problema que se plantea al tratar de la Convención de Viena es el encontrar una abreviatura adecuada. Las abreviaturas diferentes según los idiomas no ofrecen un especial obstáculo para la internacionalidad que la Convención predica, pero pueden facilitar la identificación de los textos doctrinales y jurisprudenciales en los índices de revistas extranjeras.

Diversos acrónimos han tenido éxito entre la doctrina a la hora de referirse a la Convención de Viena:

- en la doctrina y jurisprudencia anglosajonas se ha impuesto CISG, acrónimo de *Convention on International Sale of Goods*.
- en la jurisprudencia francesa predomina CVIM, por *Convention sur le Vente Internationale de Marchandises*. En italiano se ha seguido la misma abreviatura, aunque autores como Franco Ferrari han optado por el acrónimo inglés.
- en Alemania han aparecido acrónimos de lo más diversos: WKR (*Wiener Kaufrecht*), UNKR (*UN-Kaufrecht*), KÜ, (*Kauf Übereikommen*), etc. No obstante, parece imponerse el acrónimo inglés (CISG), tanto en los índices de las revistas jurídicas, como en la doctrina¹, así como en algunas sentencias². Si bien la jurisprudencia alemana³ parece usar indistintamente el de CISG y el de UN-Kaufrecht.

¹ Sobre la justificación o no de adoptar un acrónimo extranjero, FLESSNER / KADNER. "CISG?", en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1995, p.347-350.

² Bundesgerichtshof, 3 de abril de 1996. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 2364-2367.

³ Ver la sentencia de Oberlandesgericht Frankfurt de 20 de abril de 1994.

En España no se ha adoptado un criterio uniforme. CV ha sido la empleada por Alcover Garau⁴ así como por la obra dirigida por Luis Díez Picazo⁵. Otros autores⁶ han empleado la correcta, pero compleja, CNUCIM (Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). No obstante, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que se cita como UNCITRAL, así como por el acrónimo español (CNUDMI), utiliza el acrónimo CCIM (convención sobre compraventa internacional de mercaderías) en la versión española de su repertorio de resúmenes de jurisprudencia.

En esta Memoria se utilizará el acrónimo CCIM adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA EXPOSICIÓN

Este estudio sobre el significado y los efectos del incumplimiento esencial de las obligaciones de las partes, de acuerdo con la CCIM, comienza con una breve referencia histórica sobre la situación de la regulación del comercio internacional y la necesidad de su progresiva armonización e incluso su unificación. Fruto de esa tendencia es la CCIM objeto de estudio, por lo que en el Capítulo Primero analizamos brevemente su historia, incidiendo en el estado actual de ratificaciones, cada vez mayor y diverso, así como descubrimos el

⁴ ALCOVER GARAU, Guillermo. *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: Derecho español e internacional*. Madrid. Civitas. 1991.

⁵ DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis ed. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid. Civitas. 1998.

⁶ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. "Una aproximación al artículo 7 de la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 16, abril de 1995, p.55-88.

proceso de adhesión por parte de España, que transcurrió sin voz discrepante alguna.

Una vez situados en el contexto histórico, no podemos adentrarnos en el análisis del incumplimiento esencial sin examinar el artículo 7 de la CCIM, puesto que de él se deduce una hermenéutica específica, propia de una Convención que pretende una unificación de normas sustantivas en la que se integren países de familias jurídicas dispares, y con sus propios métodos interpretativos. Así, en el Capítulo Segundo se evalúan los métodos interpretativos aceptables y se realiza una propuesta metodológica que tenga en cuenta el peso de cada uno de ellos. Se incide especialmente en el método transnacional, que se concreta en la jurisprudencia internacional a la que la CCIM ha dado lugar. Después de 13 años de vigencia de la CCIM, y tras 10 años desde su entrada en vigor en España, se ha acumulado una vasta jurisprudencia de carácter internacional⁷, que debe ser tomada en cuenta a la hora de interpretar e integrar sus preceptos. Precisamente esta característica de internacionalidad, junto con la de uniformidad en la interpretación de un texto idéntico es lo que da un especial interés a la CCIM. La dificultad de una interpretación uniforme por parte de tribunales tan distantes como los chinos, los españoles o los neozelandeses, hace que en ciertos casos el objetivo de la unificación no esté plenamente conseguido⁸.

En el Capítulo Tercero se estudia la integración de las lagunas normativas de la CCIM, cuestión necesaria para la integración de las existentes en los artículos referentes al incumplimiento esencial. En principio la integración de sus

⁷ El Profesor Michael R. Will ha recopilado la mayor parte de ellas. WILL, Michael R., *The International Sales Law under CISG. The First 555 Decisions*. Genève. 1998. También WILL, Michael R. *Twenty Years of International Sales Law Under CISG. International Bibliography and Case Law Digest*. Deventer, 2000.

⁸ Un interesante estudio comparativo de la jurisprudencia internacional sobre lo que se considera “plazo razonable”, en ANDERSEN, Camilla Baasch. “Reasonable Time in Article 39(1) of the CISG- Is Article 39(1) Truly a Uniform Provision?”, en <http://www.cisg.law.pace.edu/CISG/biblio/andersen/html>

lagunas *intra legem*, con especial detenimiento en las cuestiones planteadas en la práctica sobre el ámbito personal, material y territorial de la CCIM, así como sobre las cuestiones excluidas. Para después analizar la integración de sus lagunas *praeter legem* mediante los principios generales de la CCIM, que se enumeran, y en su defecto, la remisión a las normas de Derecho Internacional Privado.

Una vez definido el marco en el que debe realizarse la interpretación e integración de los artículos de la Convención, en la Capítulo Cuarto, iniciamos el estudio del artículo 25, definidor del incumplimiento esencial, partiendo de un análisis histórico de amplia perspectiva, del que extraeremos las principales herramientas interpretativas utilizadas en los siguientes capítulos.

En el Capítulo Quinto analizamos pormenorizadamente la primera parte del concepto de incumplimiento esencial recogido en el artículo 25 de la CCIM. Pero definir el concepto legal de perjuicio sustancial, tendremos en cuenta la autonomía de las partes para modificarlo, lo que nos llevará al análisis de la interpretación e integración de la voluntad de las partes manifestada en el contrato.

En el Capítulo Sexto nos centramos en la segunda parte del artículo 25, en la que se recoge el test de previsibilidad de la esencialidad del incumplimiento y que es esencial para determinar el momento en el que la posición de las partes queda definitivamente establecida.

Finalmente, los Capítulos Séptimo, Octavo y Noveno se dedican al análisis de la influencia de conceptos íntimamente relacionados con el incumplimiento esencial como el derecho de subsanación, el incumplimiento parcial y el incumplimiento previsible.

CAPÍTULO PRIMERO. IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. PLAN DE LA EXPOSICIÓN

Este Capítulo está dedicado al estudio del contexto histórico en el que se encuadra la CCIM, que aparece no como mero experimento de unificación normativa mundial, sino como instrumento válido y eficaz, aunque con importantes salvedades, en la regulación de un comercio internacional que ha observado un crecimiento sin parangón a partir de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, a partir de la década de los ochenta.

El estudio trata en primer lugar en una breve referencia a los diferentes métodos de regulación del intercambio internacional de bienes corporales. Seguidamente recorre las diferentes etapas que anteceden a la CCIM, incluyendo el proceso de adhesión a la misma por parte de España. Finalmente añade un apartado en el que se vislumbran las posibles futuras incorporaciones, algunas de las cuales se han hecho realidad recientemente, como es el caso de Islandia, o están a punto de serlo, como Colombia.

2. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.

2.1. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

La armonización del derecho mercantil parte de la premisa de que es buena tal unificación para el desarrollo de la economía mundial. Aunque no todos estén de acuerdo con estas premisa, y puedan existir discrepancias por razones políticas, de soberanía nacional⁹, la creación del Nuevo Orden Económico Mundial en el seno de las Naciones Unidas, y la tendencia unificadora del Derecho Mercantil Internacional, fue respaldada tanto por los países desarrollados, como por los países en vías de desarrollo y por los regímenes socialistas.

La globalización del comercio es fruto de la cultura de entreguerras, y en especial de las tendencias políticas de masificación económica dirigidas en Estados Unidos a partir del *New Deal*. No es fruto de la casualidad que esta tendencia unificadora iniciada por UNIDROIT al amparo de la Sociedad de Naciones, coincidiera con la codificación del derecho mercantil estadounidense, el *Uniform Commercial Code*¹⁰, impulsado por Karl L. Lewellyn.

La unificación es fruto del incremento del comercio internacional derivado de la masificación de la producción producida por las economías de escala y necesitada de mercados exteriores, accesibles gracias a las mejoras técnicas de

⁹ Es interesante la discusión sobre el tema mantenida entre David y Boodman. HONKA, Hannu. "Harmonization Of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective". *Tulane European and Civil Law Forum*. Vol. 11, 1996. Tulane Law School). p. 180-181.

¹⁰ El problema de esta visión pragmática de la unificación desarrollada por la escuela del realismo legal es la falta de idealismo, la ausencia de pensamientos morales. HONKA, Hannu. "Harmonization Of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective". *Tulane European and Civil Law Forum*. Vol. 11, 1996. Tulane Law School). p. 158.

los transportes y las comunicaciones. Con la actual globalización, el comercio internacional deja de ser exclusivo de los grandes operadores especializados, para convertirse en algo cotidiano, accesible a medianas y pequeñas empresas¹¹. Tanto en uno como en otro caso, es necesario un nuevo ordenamiento jurídico que dé seguridad a las transacciones, especialmente complejas, ya que una compraventa internacional lleva aparejados uno o varios contratos de transporte, de seguro, de agencia, contratos bancarios especiales, relaciones con las Administraciones, etc¹². Todo ello ha llevado a buscar un ordenamiento universal de estas operaciones, independiente de los países entre los que tengan lugar las mismas. No es una novedad histórica. Ya en la Edad Media el nacimiento de la *lex mercatoria* en Europa obedece a motivos similares. No obstante, el fenómeno de la globalización ayudado por los medios técnicos que permiten un comercio electrónico transfronterizo, ha generado urgencia en la búsqueda de la unificación jurídica internacional. Esta se da en materias como la insolvencia transfronteriza, el comercio electrónico, los pagos internacionales, etc.; y se produce a diversos

¹¹ En realidad no todas las transacciones internacionales se basan en contratos de compraventa. Existen dos formas de actuar en mercados exteriores: una es la realizada mediante ventas directas a importadores, la otra la creación de una organización en el país de destino actuando por medio de filiales, agentes y distribuidores. La primera modalidad es propia de empresas en las que el comercio exterior es secundario frente al nacional, así como los supuestos en los que las conexiones con el exterior no son lo suficientemente intensas como para garantizar una representación permanente en el país de destino. La segunda modalidad es más propia de compañías de dimensiones mediana o grande en las que el elemento exportador es importante. SCHMITTHOFF, Clive M. *Schmitthoff's Export Trade. The Law & Practice on International Trade*. London. 1990. p. 3. El hecho de que la modalidad de exportación directa sea más propia de empresas de pequeñas y medianas dimensiones se confirma en la jurisprudencia de la CCIM, pero ello no resta importancia a la figura, en especial, a partir del desarrollo de *internet* y del comercio electrónico, que facilitan el acceso de empresas de pequeño tamaño a mercados exteriores.

¹² ALCOVER GARAU, Guillermo. *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: Derecho español e internacional*. Madrid. Civitas. 1991, p.42.

niveles: por sectores económicos, por regiones económicas, o en el ámbito mundial¹³.

2.2. PROBLEMAS DE LA ARMONIZACIÓN

Son diversas las razones que dificultan la armonización y posterior unificación del derecho, y en especial del derecho mercantil.

En primer lugar la diversidad de sistemas legislativos. Si existen diferencias entre el sistema pandectístico alemán y el positivismo francés, mucho mayor es si se compara con el derecho anglosajón, y tanto más la existente con las escuelas jurídicas islámicas. Curiosamente, los ordenamientos del Extremo Oriente ofrecen menores dificultades: en China se ha recibido la CCIM dentro del ordenamiento interno¹⁴, y Japón recibió el derecho francés con influencias germánicas y tradicionales¹⁵. El problema es doble: por una parte cada ordenamiento jurídico ha desarrollado conceptos específicos difícilmente trasladables a otros ordenamientos¹⁶, por otra parte todo jurista tenderá a creer que su sistema jurídico ofrece soluciones más justas¹⁷, en gran parte por desconocimiento de los sistemas

¹³ BURMAN, Harold. "Building of the CISG: International Commercial Law Developments and Trends for the 2000's", en *The Journal of Law and Commerce*, 1998, Vol.17, p.355-364.

¹⁴ SHEN, Jianming. "The Remedy of Requiring Performance Under the CISG and the Relevance of Domestic Rules", en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol.13, No.2, 1996, p.255-306.

¹⁵ KAGAYAMA, Shigeru. "A Comparative Study of the Japanese Civil Code and CISG", en <http://www.law.osaka-u.ac.jp/~kagayama/Expert/Civ-CISG/CivCISG.html>

¹⁶ Un ejemplo es el concepto de entrega, diferente al del francés "*delivrance*" y al de "*handing over*" del derecho anglosajón.

¹⁷ SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law, The UN Convention on contracts for the International Sales of Goods*, (referente a la preparación de la Convención).

jurídicos foráneos, con lo que conseguir una solución integradora se convierte en una labor ardua.

En segundo lugar, razones económicas hacen que los países con mayor potencial intenten imponer sus ordenamientos, que normalmente les serán más favorables. La UNCITRAL entendió el problema e intentó solventarlo incorporando a la Comisión representantes de países pertenecientes a países en vías de desarrollo, dándoles un protagonismo equivalente a los representantes de los países desarrollados.

En tercer lugar, razones políticas, como las que pueden plantear la existencia de países de economía socialista frente a otros de economía de mercado. El cumplimiento de los objetivos previstos en los planes es determinante en la validez de los contratos celebrados con empresas de países con economía planificada¹⁸.

Finalmente existen también razones de tipo religioso, como la reticencia de los países árabes en reconocer un derecho a los intereses¹⁹.

¹⁸ Se trata de un factor importantísimo en el comercio con los países de economía socialista, en los que un contrato que desde el punto de vista del derecho occidental sería perfecto y vinculante, pero que por causas sobrevenidas o no, llevara a una desviación sobre lo planificado, podría ser anulado. ZELLER, Bruno. "CISG and China - Theory and Practice-", conferencia dada el 11 de junio de 1999 en la Universidad de Ginebra.

¹⁹ En algunos países árabes se admite que las personas jurídicas puedan cobrar intereses, siempre que no supongan un enriquecimiento injusto. BÄLZ, Kilian. "Die "Islamisierung" des Rechts in Ägypten und Libyen: Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat", en *Rabels Zeitschrift*, Vol.62, 1998, p.437-463.

2.3. MÉTODOS DE ARMONIZACIÓN

Frente a estos problemas existen varios métodos de armonización: a través de una ley uniforme directa o indirectamente aplicable, a través de términos contractuales estándar, en virtud de costumbres internacionales y mediante la concreción de unos principios legales internacionales realizada por la jurisprudencia y la doctrina internacional.

Las leyes uniformes se elaboran en Convenciones internacionales. No consiguen necesariamente la unificación, puesto que aunque parten de consensos, muchas veces el desarrollo de la materia que regulan obliga a reformas de las mismas no necesariamente compartidas por los países originariamente partes. Un ejemplo es el transporte marítimo internacional, regulado por las Reglas de Hamburgo y por las Reglas de La Haya-Visby. No obstante sí puede hablarse de Convenciones exitosas en su fin unificador. A nivel regional, la Unión Europea, que partiendo del Tratado de Roma ha logrado el desarrollo de un cuerpo legislativo unitario. A nivel mundial, la CCIM, que en materia de compraventa internacional se ha convertido en ley uniforme de la misma en 59 países siempre teniendo en cuenta la necesidad de interpretación internacional en su aplicación, y la existencia de lagunas en su regulación así como posibles conflictos de ley en su texto o en su interpretación, a los que se deben dar soluciones "internacionales".

La unificación a través de costumbres internacionales y términos contractuales estándar no se da en todo caso. Si son individuales no crean efecto armonizador, salvo que de ellos nazca una disputa que pueda generar reglas para la interpretación de situaciones contractuales del mismo tipo. Los que sí crean efecto unificador son los términos contractuales generalmente utilizados como estándar, normalmente fruto de los usos mercantiles internacionalmente reconocidos, y muchas veces recogidos por instituciones internacionales como la Cámara de Comercio Internacional, ejemplos son los *INCOTERMS*²⁰, o los

²⁰ Cámara de Comercio Internacional, *Incoterms 1990*, ICC Publishing S. A., Paris, 1990. n.º 460. También *Incoterms 2000*. Comité español de la CCI, Barcelona, 2000., n.º 560.

Uniform Customs and Practice for Documentary Credits. Esta unificación a través de usos, o a través de condiciones generales se produce con mayor frecuencia por ramas o productos, creados por asociaciones de productores, en especial en el campo de los productos agrícolas y el de las materias primas, o creados por empresas o grupos de empresas, habitual en el sector de los productos industriales²¹. Otros supuestos son las condiciones generales de venta por tipo de productos elaboradas por la Comisión Económica para Europa, así como las condiciones generales elaboradas por *UNCITRAL* de venta y contratos tipo²².

Los principios legales internacionales son las principales fuentes de solución de conflictos y lagunas legales y contractuales de carácter internacional. Configuran la denominada *lex mercatoria*. Son principios generales que sirven para integrar las lagunas y conflictos de leyes de carácter internacional. Hasta hace poco la tendencia era la de considerar inválidas las cláusulas contractuales que hicieran referencia a una *lex mercatoria* anacional. Actualmente la tendencia es su admisibilidad, es más, el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, los aplica directamente aunque el contrato no haga referencia alguna a los mismos²³, sobre todo a partir de la plasmación de algunos de esos principios en textos como los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales de 1994, o los Principios de derecho de contratación europea, cuya última redacción es de 1997.

La clave del éxito de estos métodos de armonización, es la uniformidad de criterios en las decisiones de los tribunales y en los laudos arbitrales. El problema

²¹ ALCOVER GARAU, Guillermo. *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: Derecho español e internacional*. Madrid. Civitas. 1991, p.47-48.

²² Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Asamblea General. A/CN.9/98, 6 de febrero de 1975.

²³ Caso n ° 8128 de 1995 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. *Journal de Droit International* 1996, 1024-1028.

radica en cómo conseguirlo. En el ámbito regional el problema parece resuelto en la Unión Europea a través de la creación del Tribunal de Justicia. Pero esta solución es difícil a nivel mundial. Está claro que es necesario el conocimiento de las decisiones de los tribunales de otros países si se quiere conseguir un mínimo de armonización de las mismas, y evitar el que los jueces sigan sus propias tradiciones jurídicas o adopten decisiones en directa contradicción con la de otros países. Soluciones como la adoptada por UNCITRAL pueden ser válidas para minimizar el problema. UNCITRAL ha creado un servicio de información de resúmenes de las decisiones judiciales y arbitrales referentes a sus Tratados, *Case Law On Uncitral Texts* (CLOUT), que publicado en los seis idiomas oficiales de la ONU, permite la rápida localización de sentencias de todo el mundo, referentes a temas de esas Convenciones. El problema reside en que solamente son resúmenes, lo que puede inducir a conclusiones erróneas, y no garantiza la armonización de las decisiones. Un sistema similar en el ámbito regional es el de los *Nordic Maritime Cases*, que desde 1900 publica *in toto* los casos sobre derecho marítimo resueltos por los órganos jurisdiccionales de los países nórdicos.

Las guías legales y doctrina legal²⁴ pueden ser útiles en este proceso armonizador, siempre que proporcionen una metodología transnacional y transtemporal de estudio del derecho. Este estudio es el que permite la verdadera armonización al indicar los problemas que realmente son esenciales en comercio internacional, analizar las diversas soluciones dadas en distintos ordenamientos internos, y proponer soluciones²⁵. Lo que es importante no es la nacionalidad del

²⁴ HONKA, Hannu. " Harmonzation Of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective". *Tulane European and Civil Law Forum*. Vol. 11, 1996. Tulane Law School). p. 111-184.

²⁵ La solución no debe buscarse tanto en el modo cómo se razonan las cuestiones concretas que se presentan en los tribunales pertenecientes a países con ordenamientos diversos, que pueden basarse en principios jurídicos no trasladables a otros ordenamientos, sino que se debe atender al casuismo de la práctica judicial. En este sentido DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid, 1985. p. 24.

que propone la solución sino si esta es adecuada. En caso de soluciones distintas conviene confrontarlas, pero aunque la solución sea común, recogida en una ley uniforme, ello no debe limitar a la doctrina a interpretar la solución legislada, sino que se debe mantener la discusión para que la solución positivizada no dure más de lo debido²⁶. El riesgo de la divergencia de las soluciones de los tribunales sólo puede solucionarse con el estudio transnacional de los problemas. Uno de los ejemplos de la importancia de este estudio doctrinal transnacional es precisamente la unificación de la compraventa mercantil internacional, que tiene su germen en el estudio de derecho comparado desarrollado por Ernst Rabel desde 1928 en el Instituto Kaiser-Wilhelm de Derecho Privado Internacional.

2.4. LA CCIM COMO MÉTODO DE ARMONIZACIÓN

Para que la unificación mediante una Convención internacional sea posible, es necesaria una solución que reúna dos requisitos: que sea consensuada entre todos los países y operadores mercantiles interesados y que ofrezca soluciones prácticas, o sea, que ofrezca una seguridad jurídica suficiente como para potenciar el comercio internacional y solucionar los conflictos que de él surjan.

La CCIM cumple con ambos requisitos, aunque no en su totalidad. Fue fruto de un amplio consenso entre países de muy distintos ámbitos jurídicos, aunque en ciertos temas esenciales (como los intereses o el cumplimiento específico) sólo fuera posible encontrar una solución de compromiso. Esto se explica porque el objetivo de los Estados era la consecución de un marco legal uniforme para todas las compraventas internacionales, de tal forma que se viera favorecido el comercio internacional, al permitir que los comerciantes pudieran tener más contactos en

²⁶ GORDLEY, James. "Comparative Legal Research : Its Function in the Development of Harmonized Law". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. XLIII, 1995, n ° 4, p. 555 - 567.

más países al conocer cuáles las normas rectoras de sus relaciones, de tal forma que se favoreciera la competencia y la competitividad entre ellos.

Por este motivo se dotó a la ley uniforme de un amplio contenido sustantivo, huyendo de las remisiones a las normas de conflicto de las legislaciones nacionales (aunque al final claudique en parte²⁷). Existía la intención de que la vida comercial tuviera un desarrollo ordenado y seguro, lo que implicaba el conocimiento de la ley aplicable a la transacción.

La CCIM cumple en parte con esta premisa por su marco internacional y por contener reglas uniformes lo más neutras posibles, menos identificadas con los principios utilizados por los sistemas jurídicos de los países occidentales²⁸, lo que permite su aceptación por los países en vías de desarrollo, cuyo volumen de intercambio es creciente en la economía mundial.

No obstante, la búsqueda del consenso, deriva inevitablemente en la crítica más importante a la CCIM: la fragmentariedad de su regulación²⁹. Para llegar a una Convención generalmente aceptable, es evidente tuvieron que dejarse ciertos tipos de compraventa y determinadas instituciones a la mano de los derechos nacionales. Se han quedado fuera del ámbito del Convenio las compraventas de seguros, acciones, instrumentos negociables, dinero, naves y aeronaves. Se excluyen expresamente de la convención la validez del contrato, los efectos del contrato sobre la propiedad de los bienes, la responsabilidad del vendedor por la

²⁷ El artículo 7 de la CCIM acude a las reglas de derecho internacional privado en los supuestos en que la propia convención ni los principios generales de ella derivada ofrezcan solución.

²⁸ SAMSON, Claude. "Exportation de biens et de services: La convention des nations unies sur la vente interationale de marchandises". en *Conférence Meredith Lectures 1993. Les transactions transfrontalières de marchandises*. Faculté de droit, Université McGill. Cowansville, Québec. 1994. p.33.

²⁹ BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention. Meaning and purpose of the Convention. Problems concerning the Convention.", in BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p. 10.

muerte o los daños personales que causen los bienes vendidos al comprador o a terceros. No se resuelven problemas reales como los que surgen cuando la conclusión del contrato se realiza por medio de agente, el impacto que la normativa de comercio exterior o de control de cambios de un Estado puede tener sobre la perfección del contrato o sobre la eficacia del mismo, o las consecuencias de la utilización por una o por ambas partes de formas estándar de oferta y aceptación³⁰.

No obstante, la CCIM consigue en parte la uniformidad del marco jurídico de la compraventa internacional. La existencia de un único texto reduce la remisión a las normas de derecho internacional privado³¹, evita el *forum shopping* y la posibilidad de que un juez tenga que aplicar un derecho extranjero³².

Por otra parte, la uniformidad en aspectos no regulados por la CCIM se puede conseguir por medio de otros Convenios como el Convenio de las Naciones Unidas sobre el período de prescripción en la compraventa internacional de mercaderías celebrado en Nueva York el 14 de junio de 1974 o el Convenio de Ginebra sobre el contrato de Agencia en la compraventa internacional de mercaderías de 1983.

El pragmatismo de la CCIM es relativo: por una parte logra una unificación parcial del derecho de compraventa internacional, permite la accesibilidad a los

³⁰ BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention ., Milano, 1987., p. 15.

³¹ La eliminación de las normas de derecho internacional privado no es absoluta. En ocasiones es el mismo Convenio el que llama a las normas de conflicto para solucionar determinados problemas que plantean soluciones muy diferentes en derecho comparado. Esta llamada aparece explícita en ocasiones (artículo 7, 12 y 28), e implícita en otras, mediante la creación de una norma general e inmediatamente una excepción tan amplia que no llega a resolver el problema (artículos 16, 39, 43, 44 y 68). A veces esta llamada se deriva de la ambigüedad de la redacción del artículo (artículos 25 y 79).

³² MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG)" en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier-de Gruyter, Berlin, 1994, p.4.

fundamentos de la ley uniforme en el idioma propio, elimina conceptos complejos como el de “entrega” o el de “fuerza mayor”, y simplifica el sistema de acciones; por otra, separa la regulación de la compraventa interna de la de la internacional, no regula los intercambios de servicios, y mantiene el concepto tradicional de contraposición entre oferta y aceptación en la formación del contrato, criterio poco adecuado en la compraventa internacional, ya que, en realidad, la práctica comercial internacional obedece a prolongadas negociaciones, con múltiples intercambios de comunicaciones.

Si bien con la CCIM se ha conseguido la redacción de un texto único en el campo de la compraventa internacional, existe un triple riesgo que pueden hacerla inservible para la consecución de la uniformidad: la falta de identificación de los comerciantes con esta norma; la petrificación, es decir, que la evolución del comercio internacional haga obsoletas las soluciones que ofrece; y la interpretación divergente de sus artículos por los tribunales de los distintos países.

Para evitar la falta de identificación de los comerciantes, la UNCITRAL permitió la participación de organizaciones como la Cámara de Comercio Internacional en los grupos de trabajo de UNCITRAL, así como recogió sugerencias de organizaciones de comercio sobre la posibilidad de recoger la práctica mercantil internacional en la regulación de la compraventa³³. En la práctica, aunque no es frecuente la exclusión de la aplicación de las normas de la CCIM, a pesar de que ella misma prevé la posibilidad de derogación de todo o parte de su contenido por la sola voluntad de las partes, la aplicación de sus preceptos parece coger por sorpresa a los comerciantes y a los juristas con ellos

³³ Un ejemplo es la invitación del Secretario de la UNCITRAL a la Comisión Económica para Europa a formular sugerencias sobre el tema de las condiciones generales de venta y contratos tipo, o los estudios de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y al Alimentación sobre las condiciones generales más utilizadas en la venta de productos agrícolas. Las respuestas de estos organismos constan en el Anexo II del Documento A/CN.9/18, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. I: 1968-1970*. Nueva York, 1971, p.223-225.

relacionados³⁴. La aplicación subsidiaria en defecto de pacto en contrario es uno de los elementos del éxito práctico de la CCIM en un principio, ya que la reacción ante el conocimiento de dicha norma por los abogados suele ser la de rechazo, precisamente por su desconocimiento³⁵. No obstante, el progresivo estudio doctrinal, los congresos, la difusión de las decisiones judiciales, y la ventajas reales que se consiguen con una regulación unificada permiten a los comerciantes y a sus asesores tomar conciencia de esta regulación y con ello, una progresiva aceptación. Tal aceptación se da especialmente en las pequeñas y medianas empresas, como se observa de la mayoría de pleitos y sus cuantías, dado que una regulación uniforme contribuye a evitar que las empresas más potentes les impongan su propio derecho³⁶.

Para hacer frente a la petrificación la solución es difícil, puesto que pasa por una nueva Conferencia con todos los pasos previos de su preparación: elaboración del Proyecto, su comunicación, la convocatoria de una nueva

³⁴ Ello se debe, la mayor parte de las veces al desconocimiento de la CCIM. Allí donde su conocimiento es amplio, como en Alemania, con tradición en materia de Ley Uniforme de Compraventa, la exclusión de la CCIM no es frecuente; sin embargo, en países como Estados Unidos o Canadá, la falta de tradición en la aplicación de normativas uniformes en materia de compraventa genera la desconfianza de los abogados en una ley que se aparta de su tradición jurídica. MOSES, Margaret L. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *New Jersey Lawyer*, May/June 1992, p.36-39; TODGHAM, Cyndee B. "GPL Treatment Ltd. v. Louisiana-Pacific Corporation: A Warning Call to Canadian Lawyers", en *Canadian International Lawyer*, Vol.2 No.2, 1997, p. 90-94.

³⁵ Interesante explicación de la falta de armonización de la interpretación de la CCIM, de la interpretación de la CCIM con puntos de vista de derecho interno y del porqué no se aplica la CCIM por los abogados, que optan por su exclusión en MURRAY, John E. "The Neglect of CISG: a Workable Solution", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol.7, 1998, p.365-379.

³⁶ Con todo, el principio de autonomía de la voluntad recogido en la CCIM permite a las grandes empresas excluir la aplicación de la CCIM e imponer el ordenamiento jurídico que les sea más conveniente, aunque para que ello ocurra deberán excluir explícitamente en el contrato la aplicación de la CCIM.

Conferencia, y, en especial, la consecución de las mismas ratificaciones y adhesiones.

Otro problema es el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina internacional por los jueces de los países que son parte del Convenio lo que puede llevar a sentencias contradictorias y a aplicaciones analógicas al derecho nacional que es precisamente lo que se trata de evitar. Puesto que lo que se pretende conseguir es un cuerpo autónomo de legislación incluso después de su incorporación formal a los diferentes sistemas legales³⁷. Frente a la interpretación divergente existen dos soluciones cumulativas: la comunicación de las diversas decisiones a las Naciones Unidas para que a través de CLOUT sean conocidas (al menos sus resúmenes), sin perjuicio de la difusión de las mismas vía *internet* por parte de diversas universidades e instituciones internacionales, y la necesidad de que los tribunales sean conscientes de la necesidad de una interpretación universalista, tal como establece el artículo 7 de la CCIM. Sólo después de un cierto número de años se podrá esperar un inicio de armonización de la jurisprudencia de las Cortes Supremas y las arbitrales, guiadas por la voluntad de aplicación uniforme e internacional. Con ello se conseguirá una mayor seguridad jurídica sobre la distribución del riesgo y sobre expectativas de derechos, que aclare posiciones en las negociaciones contractuales y favorezca avenencias en litigios. La unificación sólo se podrá realizar progresivamente, gracias a la amplia discrecionalidad dada a los jueces por la CCIM, y mediante un sistema de comunicación internacional de las resoluciones sobre la materia. Se trata de una unificación progresiva de la interpretación e integración de los preceptos de la CCIM, no exenta del riesgo de divergencia interpretativa en supuestos especialmente conflictivos: "esta no es una marcha alegre sobre una ruta luminosa"³⁸.

³⁷BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention ., Milano, 1987., p. 18.

³⁸NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. *La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*. Edité par François Dessemontet. Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne. Lausanne, 1993. p. 31.

En cuanto a su contenido, la Convención versa sobre los contratos de compraventa de carácter internacional. En la realidad del comercio la diferencia entre comercio nacional e internacional no es clara. Esto hace necesario la adopción de un criterio de distinción. Este criterio es el que las partes contratantes tengan establecimiento en distintos Estados³⁹. Se han excluido de la CCIM otras posibles calificaciones de la internacionalidad de la compraventa, de tal forma que no será internacional el contrato realizado por una empresa con otra que tuviera su sede en otro Estado pero actuara por medio de un agente que tuviera la sede en el Estado de aquella; ni el contrato que se concertara entre dos partes con sede en el mismo Estado, pero se refiriera a bienes que tuvieran que ser importados o exportados. Por contra, si el contrato se concierta entre partes con sede en países distintos, pero se refiere a la compraventa de bienes que no vayan a salir del país, es internacional.

Esta discutible caracterización de la internacionalidad no puede dejar en entredicho la importancia del Convenio, que ha conseguido la unificación de un contrato tan básico como el de compraventa⁴⁰ en un ámbito muy superior a los Convenios regionales que en este aspecto se habían realizado.

La CCIM es importante por ofrecer un sistema innovador de derechos y obligaciones más acordes con la realidad comercial actual, y un sistema de acciones basado en la esencialidad del incumplimiento y no en la importancia de la obligación incumplida, en el que ni el vendedor ni el comprador salen favorecidos⁴¹, y en el que se favorece la solución indemnizatoria, más práctica y

³⁹BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention". Milano, 1987, p. 8.

⁴⁰"Der Kaufvertrag ist der zentrale Vertragstyp wohl jeder Rechtsordnung". MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG) en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier- de Gruyter, Berlin, 1994, p.4.

⁴¹Otra cosa parece derivarse de la interpretación jurisprudencial, que perjudica con frecuencia los intereses del comprador mediante la exigibilidad de notificaciones de disconformidad detalladas y realizadas en periodos muy breves. Todo depende de lo que el Tribunal entienda como razonable.

ágil, frente a la *restitutio in integrum*, aunque sin abandonar totalmente esta⁴². Con todo, se le critica la falta de una solución a la regulación de la formación del contrato, que aunque mejora la de los derechos internos, sigue sin adaptarse a las peculiaridades del tráfico mercantil internacional.

La importancia práctica del estudio de la CCIM radica en el gran número de países que la han ratificado⁴³, y el volumen de comercio que dichos países representaron en 1999: más del 65% de las exportaciones y del 66% de las importaciones de todo el mundo⁴⁴. Tal importancia crece si la consideramos desde el punto de vista del volumen del comercio exterior español, ya que si en el momento de iniciarse la tramitación de la adhesión de España a la CCIM el porcentaje de comercio exterior afectado era de más del 50%⁴⁵, en fecha de septiembre de 2000 suponía más del 70% de las exportaciones y del 71% de las importaciones⁴⁶.

Pero también podemos hablar de una importancia indirecta, ya que sirve de modelo para la ley china de contratos económicos con el extranjero⁴⁷, así como

⁴²Para desarrollar las innovaciones respecto del Common Law y respecto del Civil Law: BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention", Milano, 1987, p.13.i.f.

⁴³ A fecha de 20 de diciembre de 2000, lo habían ratificado 59 países.

⁴⁴ Conforme a los datos de 1998, aportados por la Organización Mundial de Comercio. Se puede consultar en los informes de la Organización Mundial del Comercio de los años 1998 y 1999, en <http://www.wto.org>. En 1997 suponían más del 64% de las exportaciones y 62% de las importaciones mundiales, en 1998 más del 67% de las exportaciones y del 65% de las importaciones.

⁴⁵ Informe redactado por D. Jaime Zurita y Sáenz de Navarrete por petición del Ministro de Justicia a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, efectuada el 26 de mayo 1988.

⁴⁶ Consultar la página web del Instituto de Comercio Exterior; <http://www.icex.es>.

⁴⁷ En la República Popular China, la contratación se regulaba en dos leyes: la Ley de Contratos Económicos con el Extranjero, y la Ley de Contratos Económicos, interiores. Ambas se han

para la aparcada reforma del derecho de obligaciones alemán⁴⁸. No obstante, su influencia indirecta⁴⁹ promete ser mayor: la CCIM ha influido en la redacción de los Principios de la Ley Europea de Contratación⁵⁰ que darán base a un futuro Código de Obligaciones Europeo, y especialmente ha influido en los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales⁵¹, principios que sirven de base para el desarrollo de una nueva *lex mercatoria*, así como han sido decisivos en la redacción de los Códigos Civiles de Holanda, Québec y la Federación Rusa, han sido fuente inspiradora de los Proyectos de Código Civil de Estonia, de la República Checa y de Escocia, así como han sido decisivos en la revisión del artículo 2 del *Uniform Commercial Code*, en la redacción de la ley de contratos de Nueva Zelanda, en el proyecto de Código de Comercio de Túnez y en el Proyecto de Ley Uniforme relativa al Derecho Comercial realizada por la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*⁵².

integrado en la Ley de Contratos de la República Popular China, aprobada el 15 de marzo de 1999, que entró en vigor en octubre del mismo año.

⁴⁸ Un ejemplo es el "Abschlussbericht der Schuldrechtskommission. MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG) en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier- de Gruyter, Berlin, 1994, p.6.

⁴⁹ Sobre dicha influencia, BONELL, Michael Joachim. "UNIDROIT Principles and the Lex Mercatoria", en CARBONNEAU, Thomas (ed.) *Lex Mercatoria and Arbitration*. Kluwer. Dordrecht. 1998. p. 250.

⁵⁰ COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW. *The Principles Of European Contract Law* . København 1998.

⁵¹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW. *Principles of International Commercial Contracts*. Rome 1994.

⁵² BONELL, Michael Joachim. "The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years", en *ULR* 1997-1. p. 37-38.

3. ANTECEDENTES DE LA CONVENCION

3.1. PRIMEROS ESFUERZOS UNIFICADORES

Ernst Rabel, Profesor de Derecho Romano de la Universidad de Berlín y director del Instituto Kaiser-Wilhelm (hoy Max-Planck) de derecho extranjero y de derecho internacional privado, entendió que la compraventa era una de las materias susceptibles de ser unificadas por una norma internacional. Los estudios para la unificación comenzaron en 1929 por parte del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT), creado bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones a instancias del propio Rabel. Se creó una Comisión para la elaboración de los primeros trabajos preparatorios compuesta por Ernst Rabel, Algot Bagge, Henri Capitant, Martin Fehr, H. C. Guttridge, Josef Hamel y Sir Cecil Hurst.

En 1934 se elevó un proyecto al Consejo de gobierno de UNIDROIT que lo aprobó, y lo transmitió a la Sociedad de Naciones, en 1935, junto con una Memoria explicativa, para que esta transmitiera el texto a sus países miembros a fin de que estos realizaran las observaciones que estimaran pertinentes.

Recibidas las observaciones, el Comité revisó el texto redactando un nuevo proyecto que fue aprobado por el Consejo de gobierno de UNIDROIT en 1939.

3.2. LEY UNIFORME SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL, (LUCI), Y LEY UNIFORME SOBRE FORMACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL, (LUFC)

Tras la Guerra Mundial, a iniciativa de Ernst Rabel, se retomaron los trabajos en 1950. La obra de Rabel se publicó en una obra de dos volúmenes

"*Das Recht des Warenkaufs, eine rechtsvergleichende Darstellung*", que fue una de las bases de las leyes uniformes que siguieron⁵³.

En 1951 el Gobierno de los Países Bajos convocó una Conferencia Diplomática a la que acudieron 20 países que después de estudiar el proyecto, decidió constituir una Comisión Especial para la elaboración de un texto final⁵⁴.

La Comisión elaboró un primer borrador en 1956⁵⁵ con su respectivo informe⁵⁶, que fue objeto de comentarios por parte de los Gobiernos y de la Cámara de Comercio Internacional⁵⁷, que dieron lugar, en 1962, a una Nota de la Comisión en las que estudió dichas observaciones y recomendó correcciones en la redacción del Proyecto⁵⁸. En 1963 estas modificaciones fueron incorporadas a

⁵³ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. *La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*. Edité par François Dessemontet. Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne. Lausanne, 1993, p. 29. BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention .", Milano, 1987, p. 3.

⁵⁴ *Actes et documents de la Conférence Diplomatique sur l'Unification du Droit en matière de la vente internationale. La Haye, 2-25 avril 1964*. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. I. p.5.

⁵⁵ Document V/Prep/1. *Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964 Tome II- Documents*. La Haye, 1966, p.7-25.

⁵⁶ Document V/Prep/1. *Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964 Tome II- Documents*. La Haye, 1966, p.26-79.

⁵⁷ Document V/Prep/2. *Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964 Tome II- Documents*. La Haye, 1966, p.81-177. En concreto presentaron observaciones Alemania, Austria, la Cámara de Comercio Internacional, Dinamarca, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

⁵⁸ *Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964* Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 179-209. Especialmente interesantes son las observaciones generales con que la Nota comienza. En ellas se justifica la falta de regulación de la prescripción, la separación de la Ley sobre ventas y la ley sobre Formación, (remitiéndose a los argumentos señalados en el Proyecto de 1956 (*op. cit.* p.29-30), y se justifica también la gran extensión de la

un nuevo Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales en 1963⁵⁹, que se enviaron al Gobierno holandés al mismo tiempo que la propuesta de reunir en el tiempo más breve posible una Conferencia Diplomática.

Entretanto, en 1958, una Comisión del UNIDROIT había elaborado un proyecto de ley uniforme sobre la Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Objetos Muebles Corporales⁶⁰, que junto con el informe⁶¹ explicativo fue remitido al Gobierno holandés, que a su vez los remitió a los gobiernos interesados y a la Cámara de Comercio Internacional, que formularon sus observaciones⁶². Estas observaciones no pudieron ser estudiadas por la Comisión redactora del Proyecto. Sin embargo, la Secretaría de UNIDROIT, con la ayuda del Profesor André Tunc elaboró una Nota a modo de documento preparatorio de la futura Conferencia⁶³.

misma, puesto que se inspira en instituciones que en ciertos países serán extrañas a los tribunales que deban aplicarlas, de ahí la necesidad de que se detallen lo máximo posible.

⁵⁹*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 213-231. Contiene el texto de los artículos modificados.*

⁶⁰*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Vol. II, p. 421-423.*

⁶¹*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 424-432.*

⁶²*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. P. 435-469.*

⁶³*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 473-486.*

32.1. CONFERENCIA DIPLOMÁTICA

El Gobierno Holandés convocó una la Conferencia Diplomática, entre los días 2 y 25 de abril de 1964. A ella acudieron 28 países, y fueron como observadores otros cuatro países y seis organizaciones internacionales.

La primera sesión plenaria de la Conferencia de La Haya (2 de abril de 1964), repartió el trabajo en cinco Comisiones: la Comisión sobre el Proyecto de Ley Uniforme en materia de venta internacional, la Comisión sobre el Proyecto de ley Uniforme en materia de formación de los contratos de venta internacional, la Comisión para la verificación de los poderes, la Comisión de Redacción y la Comisión de Coordinación.

El Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Venta, tuvo como material de partida los Proyectos, observaciones y Nota de la Comisión antes mencionados, a los que se añadió una serie de observaciones de la Cámara de Comercio Internacional y de varios países antes y durante la Conferencia, que fueron Compiladas junto con los informes del Grupo de Trabajo⁶⁴. La conclusión fue un

⁶⁴*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 235-373.* Nuevamente deben destacarse las observaciones generales de esta Compilación que descartan la realización de leyes uniformes regionales sobre compraventa internacional, justifican la omisión de la regulación de la propiedad y otros conceptos abstractos, explican la inclusión de reglas sobre "délivrance" y resolución, así como el sentido que se pretende dar a estos términos, y proponen la conveniencia de unificar el proyecto de Venta con el de Formación. También es interesante la única enmienda presentada por la delegación española (defendida por Olivencia-Ruiz) durante la Conferencia, que propuso que el concepto de "délivrance" fuera el de puesta a disposición de la cosa, como se recogía en el Proyecto de 1939 - y que coincide con el concepto de entrega del Código de Comercio español- en vez de la problemática definición que se recogió en el Proyecto de 1956 y en la Ley Uniforme de 1964: "délivrance consiste dans la remise d'une chose". *Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. I. p. 42-43; y Vol. II. p. 280-283.*

Texto para una Ley Uniforme sobre la Venta internacional de objetos mobiliarios corporales⁶⁵ puesta a punto por la Comisión de Redacción y sometida a la Conferencia en sesión Plenaria. Durante la Sesión Plenaria fueron realizadas nuevas enmiendas⁶⁶ que una vez incorporadas dieron lugar al texto definitivo⁶⁷.

El Comisión sobre el Proyecto de Formación, tuvo como material de partida los Proyectos, observaciones y Nota de la Secretaría de UNIDROIT antes mencionados, a los que se añadieron las observaciones realizadas por el juez Algot Bagge, (antiguo Presidente del Comité de UNIDROIT redactor del Proyecto de 1958), y las observaciones de la Cámara de Comercio Internacional y de los Gobiernos de varios países antes y durante la Conferencia, que fueron Compiladas junto con los informes del Grupo de Trabajo sobre Formación⁶⁸. La actividad del Grupo de Trabajo concluyó con la redacción de un Texto de Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de venta internacional de objetos mobiliarios corporales⁶⁹, redactado por la Comisión de Redacción y sometido a la Conferencia en Sesión Plenaria. Dicho texto fue objeto de enmiendas⁷⁰ en la Sesión Plenaria, que una vez incorporadas dieron lugar al texto final⁷¹.

⁶⁵*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 377-394.*

⁶⁶*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 397-417.*

⁶⁷*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. I. p. 333-348.*

⁶⁸*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 487-507.*

⁶⁹*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 509-513.*

⁷⁰*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. II. p. 515-518.*

La Conferencia acabó con dos Convenios; uno referente a la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, y el otro relativo a la Ley Uniforme sobre la Formación del Contrato de Compraventa Internacional. Tras los Textos aparece un comentario oficioso de André Tunc.⁷²

32.2. ENTRADA EN VIGOR

Ambos Convenios entraron en vigor en 1972. Solamente fueron ratificados por Israel, Gambia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, República Federal Alemana y San Marino. Solamente Israel no hizo ninguna reserva⁷³.

Prácticamente toda la jurisprudencia que versa sobre estas leyes uniformes es alemana y, en menor medida, holandesa, belga, italiana⁷⁴ y de Israel⁷⁵. Ello

⁷¹*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. I. p. 349-354.*

⁷²*Actes et documents de la Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Vol. I. p. 357-381.*

⁷³Actualmente y dada la obligación de denunciar estos convenios para poder adherirse a la CCIM, sólo se mantiene vigente en Israel, Gambia, Gran Bretaña y San Marino. Además con las Reservas de cada uno de ellos: en Gambia y Gran Bretaña sólo es aplicable si las partes contratantes así lo manifiestan expresamente en el contrato, y en San Marino sólo si el contrato tiene lugar entre países que tengan sus establecimientos en Estados Partes. BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention ., Milano, 1987., p. 8.

⁷⁴ Una amplia recopilación de sentencias alemanas sobre estos Tratados se encuentra en SCHLECHTRIEM, Peter / MAGNUS, Ulrich. *Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG*. Baden-Baden. Nomos. 1987.

⁷⁵Resúmenes de sentencias de tribunales israelitas en materia de Leyes Uniformes sobre compraventa las encontramos en <http://www.biu.ac.il/law/CISG>. La jurisprudencia israelita sobre leyes uniformes es escasa por desconocimiento no sólo por las partes, sino también por los

explica que sea la doctrina y jurisprudencia alemanas las más importantes en los primeros momentos de aplicación de la CCIM.

3.3. CREACIÓN DE UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional se estableció por la Resolución 2205 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1966⁷⁶. La función de la UNCITRAL es promover "la progresiva armonización y unificación de la ley del comercio internacional, coordinando el trabajo de las organizaciones activas en este campo y animando la cooperación entre ellas", así como promover "una mayor participación en los convenios internacionales existentes y una más amplia aceptación de los modelos existentes y de las leyes uniformes"⁷⁷. Por ello se tuvo en cuenta una composición representativa de las regiones económicas mundiales⁷⁸.

La primera medida que adoptó fue la remisión de los textos de la LUCI y la LUFC a todos los países miembros de las Naciones Unidas para que se

tribunales. SHALEV, Gabriela. "International Sale of Goods between Europe and Israel", en *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem, 1996, p.1113-1121.

⁷⁶Sobre la composición de UNCITRAL, ver HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention*. Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1982. p. 50-52.

⁷⁷*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional I (1968-1970)*, Nueva York, 1971, 65-66.

⁷⁸ Se compone de 36 países de diferentes regiones: África(9), Asia(7), Latinoamérica(6), Europa del Este(6) y Europa Occidental y otros(9). Actualmente, dada la evolución de la economía mundial, con la desaparición del comunismo soviético, la transformación de un comunismo capitalista en China y la progresiva apertura de los mercados nacionales, sería oportuno modificar tal composición.

pronunciasen sobre si se iban a adherir a los mismos o no y las razones de su decisión⁷⁹.

33.1. CONSTITUCIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO

Se creó por la UNCITRAL en su Segunda Sesión, el 26 de marzo de 1969⁸⁰. Su razón es la necesidad de reducir a cuatro el número de miembros para facilitar el trabajo.⁸¹ Los miembros del mismo fueron elegidos igualmente entre países de sistemas legales, sociales y económicos diferentes⁸².

Las primeras siete sesiones se dedicaron a la revisión de LUCI⁸³. En 1976, en el séptimo período de sesiones, acabó la revisión de la LUCI con un nuevo

⁷⁹La función del mismo era, partiendo de las contestaciones de cada uno de los Estados Miembros, averiguar "qué modificaciones de los textos existentes podrían hacerlos capaces de una mayor aceptación por países de diferentes sistemas legales, sociales y económicos, o si será necesario un nuevo texto para el mismo propósito". Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its first session (1968), *Yearbook UNCITRAL I(1968-1970)*, New York, 1971, p.79.

⁸⁰*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional I (1968-1970)*, Nueva York, 1971, p.189.

⁸¹Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its second session (1968), *Yearbook UNCITRAL I(1968-1970)*, New York, 1971, p.99-100.

⁸²La principal crítica a las Convenciones de La Haya fue que eran dogmáticas, complejas y poco claras incluso para juristas ordinarios, pero sobre todo que no tuvieron representación global en su redacción, ya que Latinoamérica sólo estuvo representada por Colombia, Asia por Japón y África por Egipto. SONO, Kazuaki, "The Vienna Sales Convention History and perspective", en SARCEVIC/VOLKEN (eds.), *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*, New York, London, Rome, 1986, p.3.

⁸³En 1972 se centraron en un primer proyecto de reforma de los artículos 1-55 LUCI, en 1974 estudiaron una reforma total de LUCI, en 1975 discutieron las cuestiones que habían quedado sin

Proyecto de Convenio de Compraventa Internacional de Mercaderías⁸⁴, que junto con el comentario preparado por la Secretaría constituyó la base del Proyecto redactado y aprobado por la Comisión en 1977.

El Grupo de Trabajo destinó sus últimas dos Sesiones a la redacción de un texto sobre la formación y validez de los contratos partiendo de LUFC y en un proyecto de UNIDROIT sobre unificación de ciertas normas relativas a la validez. Finalmente se adoptó un texto relativo a la formación de los contratos en 1977, respecto del cual la Secretaría redactó un comentario.

Una vez finalizado el trabajo del Grupo de trabajo, la Comisión revisó los Proyectos, en 1977 el de ventas y en 1978 el de formación, y en la undécima sesión, la Comisión decidió integrar el Proyecto de Convenio sobre Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías con el de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se creó así el Proyecto de Convención de Contratos para la venta internacional de mercaderías de 1978. La Comisión aprobó el Proyecto y recomendó a la Asamblea General de la ONU que convocara una Conferencia Diplomática para revisar el proyecto y redactar una Convención.

Se transmitió después a la Asamblea General que, en la Resolución 33/93 de 16 de diciembre de 1978, decidió convocar una Asamblea plenipotenciaria para considerar el proyecto de Convención⁸⁵.

resolver en la sesión anterior, discusiones que se completaron en Ginebra en 1976. HERBER/CZERWENKA. *Internationales Kaufrecht. UN-Übereinkommen über die Verträge über den internationalen Warenkauf. Kommentar*. Ed Beck's. München, 1991, p. XXXIII, XXXIV.

⁸⁴Documento A/CN.9/116, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Vol.VII, 1976, Nueva York, 1977, p. 99 y ss.

⁸⁵SONO, Kazuaki, "The Vienna Sales Convention History and perspective", en SARCEVIC/VOLKEN (eds.), *International Sale of Goods*. Dubrovnik Lectures, New York, London, Rome, 1986, p. 4-5.

3.4. CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE VIENA DEL 10 DE MARZO AL 11 DE ABRIL DE 1980

La Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas en materia de Contratos sobre Compraventa Internacional de Mercaderías tuvo lugar en Viena entre los días 10 de marzo y 11 de abril de 1980. Acudieron 62 Estados y ocho Organizaciones Internacionales.

El trabajo principal fue encargado a dos Comités: uno encargado de la redacción de la parte sustantiva del Convenio, y el otro de la preparación de las cláusulas finales, así como la modificación de la Convención sobre prescripción de 1974, por medio de un protocolo⁸⁶.

La división de responsabilidad permitió un trabajo simultáneo en diferentes partes de la CCIM. En ambas Comisiones estuvieron representados todos los países asistentes. La aprobación de cada artículo se realizaba por mayoría en la Comisión. Cualquier acción significativa del Pleno requería mayoría de dos tercios. De los votos de la Parte sustantiva, se aprobaron 74 artículo por unanimidad, 8 no recibieron más de dos votos negativos. Dos no tuvieron la mayoría de dos tercios, por lo que se crearon grupos *ad hoc* para llegar a versiones de compromiso que fueron aprobadas sin disenso⁸⁷.

Al final los textos se presentaron y votaron en la Sesión Plenaria artículo por artículo, para finalmente someterse en su totalidad a un "*roll call vote*" en que fue aprobada sin disentimiento alguno.

El espíritu de consenso que se había desarrollado en UNCITRAL se mantuvo hasta el final por la Conferencia Diplomática.⁸⁸

⁸⁶ HONNOLD, John. *Uniform Law ...*Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1982. p. 55.

⁸⁷ HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1989, p.4.

⁸⁸ HONNOLD, John. *Uniform Law ...*Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1982. p. 56.

4. EL CONVENIO DE VIENA

4.1. ESTRUCTURA

Consta de cuatro Partes:

- 1.- La Primera es una parte general que debe asumirse automáticamente con la ratificación del Convenio. Está dividida a su vez en dos Capítulos, el Primero referente al ámbito de aplicación del convenio, y el Segundo referente a las disposiciones generales sobre interpretación de los contratos sometidos al Convenio, la fuerza de la autonomía de la voluntad, los efectos de la Convención y la forma de los contratos.
- 2.- La Segunda versa de la Formación del contrato y lo hace desde una perspectiva más abierta a la realidad del comercio internacional actual que como se regula en nuestro decimonónico Código Civil.
- 3.- La Tercera regula los derechos y obligaciones de las partes, así como los efectos del contrato y de su posible incumplimiento y sus formas de extinción. Especial mención merece el sistema de recursos planteado en el Convenio ya que parte de un sistema igual independientemente de cuál sea la parte incumplidora, lo que supone también un cambio notable con respecto al sistema de acciones recogido en el Código Civil.
- 4.- La Cuarta contiene las normas de Derecho Internacional Público que regulan la entrada en vigor del Convenio y las posibles formas de ratificación.

4.2. NATURALEZA

En Derecho Internacional Público se establece la diferencia entre Tratados que vinculan exclusivamente a los Estados (llamados "*contractual treaties*"), y Tratados que contienen normas de aplicación general ("*law making treaties*"). La

CCIM pertenece a este segundo grupo, al contener normas materiales de ámbito general.

A su vez, dentro de este segundo tipo de Tratados se pueden diferenciar los Tratados “*self-executing*” de los “*non self-executing*”. Los “*self-executing*” son Tratados que, una vez incorporados al ordenamiento interno del Estado, son de aplicación inmediata por los órganos judiciales y de la Administración. Los “*non self-executing*” son aquellos cuyas normas no son de aplicación inmediata, ya que solamente obligan a los Estados a transponer sus normas a su ordenamiento interno, de tal forma que sin tal transposición no tienen eficacia directa⁸⁹.

La CCIM es un Tratado que crea derecho directamente aplicable a los particulares entre sí, sin necesidad de norma de transposición, es decir, un “*self-executing*”, “*a law making treaty*”. Los derechos contenidos en las normas de la CCIM pueden ser alegados por cualquier particular ante los tribunales de los países Partes⁹⁰. Es más, los tribunales deben aplicar de oficio sus disposiciones en virtud del principio *iura novit curia*.

Esta aplicabilidad directa de la CCIM es lo que la diferencia de la LUCI y la LUFC, que eran Tratados “*non self-executing*”, respecto de los cuales pocos países promulgaron la normativa de transposición⁹¹. Precisamente en la aplicación directa de la CCIM reside su éxito.

⁸⁹ REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Mc Graw Hill. Madrid. 1997. p. 364-365.

⁹⁰ HERBER, Rolf / CZERWENKA, Beate. *Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf*. München. 1991. p. 81-82.

⁹¹ BOTZENHARDT, Bertrand. *Die Auslegung des Begriffs derr wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht*. Peter Lang. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien. 1998. p.46-47.

5. FIRMAS, ENTRADA EN VIGOR Y ESTADOS PARTE A 1 DE NOVIEMBRE DE 2001

5.1. LAS FIRMAS

Se previó un tiempo para la firma, en el artículo 91, desde la clausura de la Conferencia hasta el 30 de septiembre de 1981. La firmaron 21 países, de los cuales dos (Ghana y Venezuela) no la han ratificado.

5.2. NOTA DE LA COMISIÓN

La Comisión, en su Sesión 21, en 1988⁹², elaboró una Nota explicativa del contenido de la CCIM, si bien el valor de la misma es el de ser una interpretación *quasi autentica* de la CCIM. Con esta Nota la UNCITRAL no intentó erigirse como máximo órgano interpretativo de la Convención. Esto se manifestó en la Sesión de la Asamblea General de 21 de mayo de 1996, en la que se decidió la creación de un equipo permanente encargado de realizar estudios comparativos de la jurisprudencia internacional sobre los Textos de Uniformes e informar a la Comisión sobre su grado de aplicación⁹³. La principal obra de este equipo es la de elaborar y difundir el CLOUT, un resumen de las principales decisiones arbitrales y jurisprudenciales que versen sobre los Tratados Internacionales elaborados por la UNCITRAL.

⁹² Documento A/CN.9/307, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 1988, Vol. XIX, Nueva York, 1989, p.117-121.

⁹³ BAZINAS, Spiros V. "Case Law on UNCITRAL Texts", en *International Business Lawyer*, July-August 1996, p.333-335.

5.3. LA ENTRADA EN VIGOR Y LAS RATIFICACIONES

El Convenio entró en vigor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99, es decir, "el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión" aunque en el instrumento se haya hecho reserva de quedar obligado sólo por la parte II o III de la CCIM.

Esto se produjo el 11 de diciembre de 1986 al depositarse simultáneamente los instrumentos de ratificación de la República Popular China, Italia, y los Estados Unidos de América⁹⁴.

Posteriormente se incorporaron al mismo mediante su ratificación, sucesión o adhesión se incorporaron 48 países más⁹⁵.

⁹⁴Por ello el Tratado entró en vigor el 1 de enero de 1988 en los siguientes Estados: Argentina (con reserva conforme al artículo 96 - requisitos de forma), Egipto, Francia, Hungría, (con reserva conforme al artículo 96, y reserva conforme al artículo 90 a favor de las condiciones generales de envío de mercancías entre organizaciones de los Estados miembros del Consejo para la Asistencia Económica Mutua/CGE CAEM, 1968/1975, según redacción de 1979), Lesotho, Siria, Yugoslavia, Zambia, la República Popular China, (con reserva conforme al artículo 95 - no aplicación del artículo 1.1.b - y conforme al artículo 96), Italia, Estados Unidos de América, (reserva conforme al artículo 95). NACIONES UNIDAS, Asamblea General, documento A/CN.9/428 de 21 de mayo de 1996.

⁹⁵Por fecha de entrada en vigor:

- 1 de enero de 1989: Austria, Finlandia, (con reserva conforme al artículo 92.1. - no aplicación de las reglas de formación del contrato -, y conforme al artículo 94 - no aplicación en relación con Dinamarca, Islandia, Noruega o Suecia), México, Suecia, (con reserva conforme al artículo 92.1. - no aplicación de las reglas de formación del contrato -, y conforme al artículo 94 - no aplicación en relación con Dinamarca, Islandia, Noruega o Finlandia)
- 1 de abril de 1989: Australia, (con reserva conforme al artículo 95 - exclusión del ámbito de la CCIM de Christmas Islands, Cocos Islands, y las islas Ashmore y Cartier).

-
- 1 de agosto de 1989: Noruega, (con reserva conforme al artículo 92.1. - no aplicación de las reglas de formación del contrato -, y conforme al artículo 94 - no aplicación en relación con Dinamarca, Islandia, Finlandia o Suecia)
 - 1 de marzo de 1990: República Democrática Alemana, Dinamarca, (con reserva conforme al artículo 92.1. - no aplicación de las reglas de formación del contrato-, conforme al artículo 94 - no aplicación en relación con Finlandia, Islandia, Noruega o Suecia, y conforme al artículo 95 - no aplicación a Groenlandia ni a las Islas Faroe).
 - 1 de noviembre de 1990: Bielorrusia, (con reserva conforme al artículo 96),
 - 1 de enero de 1991: Alemania, (con reserva conforme al artículo 95 - artículo 2 de la ley de aceptación)
 - 8 de octubre de 1991: Croacia,
 - 1 de febrero de 1991: Ucrania,
 - 1 de marzo de 1991: Chile, (con reserva conforme al artículo 96), Suiza,
 - 1 de abril de 1991: Checoslovaquia, (con reserva conforme al artículo 95), Irak,
 - 25 de junio de 1991: Eslovenia,
 - 1 de agosto de 1991: Bulgaria, España,
 - 1 de septiembre de 1991: URSS, Rusia, (con reserva del artículo 96),
 - 1 de enero de 1992: Países Bajos, incluida Aruba.
 - 1 de febrero de 1992: Guinea.
 - 6 de marzo de 1992: Bosnia- Herzegovina.
 - 27 de abril de 1992: Yugoslavia.
 - 1 de mayo de 1992: Canadá,
 - 1 de junio de 1992: Rumanía,
 - 1 de enero de 1993: Eslovaquia, (con reserva conforme al artículo 95), República Checa, (con reserva conforme al artículo 95).
 - 1 de febrero de 1993: Ecuador,
 - 1 de marzo de 1993: Uganda,
 - 1 de octubre de 1994: Estonia, (con reserva conforme al artículo 96),
 - 1 de septiembre de 1995: Georgia,
 - 1 de octubre de 1995: Nueva Zelanda, (con reserva conforme al artículo 93),
 - 1 de noviembre de 1995: Moldavia,
 - 1 de diciembre de 1995: Cuba,
 - 1 de febrero de 1996: Lituania, (con reserva conforme al artículo 96),
 - 1 de marzo de 1996: Singapur, (con reserva conforme al artículo 95),
 - 1 de noviembre de 1996: Polonia,
 - 1 de noviembre de 1997: Bélgica,
 - 1 de diciembre de 1997: Uzbequistán,

Con todo, la evolución geopolítica de los años noventa y las peculiaridades constitucionales de determinados Estados han generado problemas de aplicación del Convenio en países cuyas fronteras se modificaron con posterioridad a la ratificación⁹⁶, como Checoslovaquia⁹⁷, Yugoslavia⁹⁸, la Unión Soviética⁹⁹, China¹⁰⁰, Alemania¹⁰¹ y Canadá¹⁰².

-
- 1 de febrero de 1998: Luxemburgo,
 - 1 de agosto de 1998: Letonia, (con reserva conforme al artículo 96).
 - 1 de enero de 1999: Mongolia,
 - 1 de febrero de 1999: Grecia.
 - 1 de octubre de 1999: Burundi.
 - 1 de febrero del 2000: Uruguay.
 - 1 de abril del 2000: Perú.
 - 1 de junio del 2000: Kyrgyzstán.
 - 1 de septiembre del 2000: Mauritania.
 - 1 de octubre de 2001: San Vicente y las Granadinas.
 - 1 de junio de 2002: Islandia.

Ghana y Venezuela firmaron el Convenio el 11 de abril de 1980 y el 28 de septiembre de 1981 respectivamente, pero al no haberlo ratificado, no ha entrado en vigor para ellos. WILL, Michael R. *International Sales Law under CISG. The First 464 or so decisions*. Genève. 1998. p.9-11. Para un conocimiento actualizado, consultar la página web de la UNCITRAL: <http://www.uncitral.org>.

⁹⁶Gran parte de dichos países han efectuado declaraciones de sucesión o de adhesión tiempo después de la separación, planteándose el problema de si entre la fecha de secesión y la de entrada en vigor de la Convención a raíz de la declaración efectuada, se mantenía vigente la CCIM en aquel Estado. En realidad se trata de un problema de sucesión de Estados que entra de lleno en materia de Derecho Internacional Público. La doctrina no se pone de acuerdo en cómo resolver este problema, aunque la corriente dominante es la de que los Estados escindidos de otros que hayan ratificado la CCIM, y cuya independencia no sea consecuencia de un proceso descolonizador, quedan vinculados por dicho Tratado. REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Madrid. 1997, p.58-60.

⁹⁷Checoslovaquia firmó el Convenio el 1 de septiembre de 1981 y lo ratificó el 5 de marzo de 1990 entrando en vigor el 1 de abril de 1991. No obstante, a partir del 1 de enero de 1993 se escindió en dos Estados: la República Checa, que se declaró sucesor respecto al Tratado el 30 de septiembre de 1993 con efecto a partir del 1 de enero de 1993, y Eslovaquia, que lo hizo el 28 de mayo de

1993 también con efectos retroactivos a partir del 1 de enero del mismo año. El problema se plantea porque en las respectivas declaraciones de sucesión no se confirmó la antigua reserva, por lo que no se sabe si la sucesión sin reserva implica la derogación implícita de esta o no. Se quiebra en estos casos el principio de irretroactividad de la entrada en vigor de los Tratados recogido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre la Ley de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

⁹⁸ Estado del que se han escindido Eslovenia, que se declaró Estado sucesor respecto al Convenio el 7 de enero de 1994, si bien se le aplica con efectos retroactivos a partir del 25 de junio de 1991; Bosnia-Herzegovina, que lo hizo el 12 de enero de 1994, aplicándosele retroactivamente a partir del 6 de marzo de 1992; y Croacia, que declaró su sucesión en junio de 1998, si bien la entrada en vigor se retrotrae al 8 de octubre de 1991. Finalmente, Yugoslavia se ha accedido a la Convención el 12 de marzo de 2001, con efectos desde el 27 de abril de 1992.

⁹⁹ La Unión Soviética ratificó el Convenio el 16 de agosto de 1990 entrando en vigor el uno de enero de 1991. Previamente, en virtud del régimen especial que en materia de derecho internacional disfrutaban Bielorrusia y Ucrania, ya lo habían ratificado el 9 de octubre de 1989 y el 3 de enero de 1990 respectivamente, habiendo entrado en vigor el 1 de noviembre de 1990 y el 1 de febrero de 1991. Tras la desintegración de la Unión soviética, han efectuado declaraciones de adhesión expresamente: Estonia, Georgia, Moldavia, Lituania, Letonia, Estonia, Uzbequistán y Kirgizstan. Rusia es el país obligado por la CCIM, como Estado continuador de la Unión Soviética. Se plantea la duda sobre la aplicabilidad en los Estados ex-soviéticos que no han tramitado expresamente la adhesión a la CCIM: Armenia, Azerbaiyán, Kazajistán, Tíjikistán y Turkmenistán.

¹⁰⁰ China es parte de la CCIM. No obstante, Hong Kong, que se reincorporó a China el 1 de julio de 1997, se mantuvo como una "Región Administrativa Especial" que goza de un alto grado de autonomía. Aunque se vincula a algunos tratados internacionales ratificados por la Gran Bretaña antes de 1997, este no es el caso de la CCIM, por lo que se entiende que a falta de rectificación expresa, la CCIM no es aplicable a la antigua colonia.

¹⁰¹ En Alemania el Convenio entró en vigor a partir del 1 de enero de 1991, entrando también en vigor para los Länder de la antigua Alemania Oriental cuya incorporación a la Alemania Occidental se había producido con plenos efectos el 3 de octubre de 1990. Alemania Oriental había ratificado el Convenio el 23 de 1989 entrando en vigor el 1 de marzo de 1990, pero a partir del 3 de octubre de 1990, fecha de la entrada en vigor de la Constitución de la República Federal Alemana a los Länder de la antigua República Democrática, dicha ratificación dejó de tener validez, no siendo hasta el 1 de enero de 1991 cuando volvió a tener vigencia este Convenio. SCHLECHTRIEM, Peter. *Internationales UN-Kaufrecht.*, Tübingen 1996. p. 1.; von CAEMMERER, SCHLECHTRIEM,

Atención merece la ausencia de ratificación por parte de países firmantes de LUCI o LUFC, como Gran Bretaña, Gambia, Israel y San Marino. En este caso el artículo 99 de la Convención prevé la denuncia automática de estos tratados en el momento de la ratificación del Convenio de Viena por parte de estos países. Con todo la coexistencia del CCIM con el LUCI y LUFC no ofrece grandes problemas dados las reservas efectuadas por estos países. Sólo en el caso de Israel pueden plantearse conflictos. (En Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Francia, Italia y Alemania se denunciaron al ratificar CCIM).

Por otra parte el artículo 94.1 permite que Convenios Regionales se impongan al Convenio si así se declara por las partes siempre que tengan las

HERBER, *Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht*, vor Artt. 1-6 Rn. 17. Un punto de vista más correcto es el que distingue entre contratos que hayan entrado en vigor antes del 1 de marzo de 1990, los celebrados entre esta fecha y el 2 de octubre de 1990, los celebrados entre esta fecha y el 1 de enero de 1991, (es en este período cuando el convenio deja de entrar en vigor en los antiguos estados de la DDR, rigiéndose en esta fase por la legislación de la república Federal, o sea, los Convenios de La Haya), y los celebrados con posterioridad. MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG) en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier- de Gruyter, Berlin, 1994, p.6.

¹⁰² Canadá tuvo una incorporación por partes. Además, varias Provincias canadienses han hecho declaraciones referentes a la manera en que la CCIM debe ser excluida. Estas declaraciones pertenecen al artículo 6 de la CCIM. Como estas declaraciones no se autorizan por la CCIM, no tienen porqué ser relevantes fuera de las Provincias que las efectuaron. (Actualmente tales reservas se han retirado). La ratificación de Canadá de acuerdo con el artículo 93 de la CCIM, previsto para los casos de rectificación de Estados Federales plurilegislativos, supuso la adopción de leyes aplicación de la CCIM no solamente por el Parlamento Federal sino también por cada uno de los Estados, menos por Quebec y Yukon, que promulgaron la ley con posterioridad. Así Canadá aplicó los artículos 92 y 93 de la CCIM, que entró en vigor el 1 de mayo de 1992, excepto para Quebec y Yukon, que lo hizo en virtud de una notificación recibida el 29 de junio de 1992. SAMSON, Claude. "Exportation de biens et de services: La convention des nations unies sur la vente interationale de marchandises". en *Conférence Meredith Lectures 1993. Les transactions transfrontalières de marchandises*. Faculté de droit, Université McGill. Cowansville, Québec. 1994. p.35-36.

mismas o similares regulaciones legales. Un ejemplo son las Condiciones Generales de Entrega de Bienes adoptada por los Estados Miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua¹⁰³. Otro ejemplo son los países escandinavos, que unificaron sus reglas sobre compraventa en una Ley Escandinava de Compraventas (KBL de 1915), aplicable en Escandinavia y Dinamarca¹⁰⁴. Además, a instancia de los países escandinavos, se estableció la posibilidad de que los países pudieran ratificar solamente uno de los Títulos Segundo o Tercero, conjuntamente con los Títulos Primero y Cuarto. Los países escandinavos no ratificaron el Título Segundo¹⁰⁵. Un ejemplo jurisprudencial de la exclusión de la Parte II es la sentencia del Fővárosi Bíróság de Budapest, de 21 de mayo de 1996¹⁰⁶.

¹⁰³BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention .", Milano, 1987., p. 7. Hoy en día, esta reserva carece de eficacia, dada la autodisolución del Consejo de Asistencia y Cooperación Mutua. ENDERLEIN, Fritz. "Vienna Convention and Eastern European Lawyers", en *International Sales Law Quarterly*, June 1997, p.12-14.

¹⁰⁴ Esta unidad legislativa de los países escandinavos se ha roto, dado que tanto Suecia, como Finlandia y Noruega, han revisado totalmente la misma.

¹⁰⁵ Las nuevas normativas en estos países, han tendido a la unificación de criterios y principios con la CCIM, por lo que parece innecesario el mantenimiento de las reservas. LOOKOFSKY, Joseph M. "International Sales Contracts: A Scandinavian View", en: Blume, Peter/Tamm, Detlev/Vindelov, Vibeke (eds.), *Suum Cuique. Legal Studies from the University of Copenhagen Law Faculty*. Copenhagen: Jurist-og Økonomforbundet, 1993, p. 364. Resumida en BONELL, Michael Joachim / MARI, Alessandra. "Rassegna giurisprudenziale in tema di vendita internazionale", en *Diritto del commercio internazionale*, Octubre-Dicembre 1998, p. 1108-1109.

¹⁰⁶ Fővárosi Bíróság Budapest, de 21 de mayo de 1996. Se trata de un supuesto en que una compañía sueca reclama el pago del precio de los bienes entregados a una compañía húngara. El tribunal entiende que dada la reserva de Suecia a la Parte II de la CCIM, y en virtud de la aplicación de las normas de derecho internacional privado húngaro, resulta de aplicación la ley Sueca 28/1915, que exige que el contrato sea por escrito (a diferencia de la CCIM), con lo que la excepción de la empresa húngara no se admitió, condenándole al pago.

5.4. PROCESO DE ADHESIÓN DE ESPAÑA

Los procesos de ratificación realizados por los diferentes países han sido muy diversos: algunos países tuvieron un verdadero debate previo, con intervención de asociaciones de comerciantes, y sobre todo de abogados¹⁰⁷, como en los Estados Unidos; en otros países el debate se trasladó al Parlamento, como en el Reino Unido¹⁰⁸; en Alemania el debate jurídico- científico previo supuso la reforma de la ley interna en materia del inicio del cómputo del plazo de prescripción, que ofrecía incompatibilidades con el plazo de denuncia de la falta de conformidad del artículo 39 de la CCIM¹⁰⁹. Un problema similar irresuelto por falta de discusión se planteó en los tribunales suizos¹¹⁰.

¹⁰⁷ AMERICAN BAR ASSOCIATION. "Report of the House of Delegates", *The International Lawyer*, Winter 1984, Vol.18, p.38-51. Es un documento interno por el que la asociación de abogados USA recomiendan al Senado la ratificación de la CCIM, con la reserva del artículo 1.1 b.

¹⁰⁸ CLINTON-DAVIS/STEYN. "Sale of Goods Ammendment Bill" en el Diario de la Cámara de los Lores del Reino Unido, del 3 de mayo de 1995, p.1457-1463. Sobre el rechazo de la CCIM en Gran Bretaña. Da motivos a favor y en contra del CCIM.

¹⁰⁹ El problema fue resuelto modificando la ley interna en el sentido de iniciar el cómputo del plazo de prescripción cuando finaliza el plazo de denuncia del artículo 39 y no en el momento de la entrega. Conforme al artículo 3 de la ley de transposición de la CCIM al derecho interno alemán: *Gesetz zu dem Übereinkommen vom 11.April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19.Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR)*, en STAUDINGERS/MAGNUS, Ulrich. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin. 1994. p.711.

¹¹⁰ El caso *Société Moulinages Poizat contra Filinter, S.A.* En este supuesto los tribunales suizos se plantean por vez primera un problema derivado de la prescripción de la acción derivada de la CCIM. El problema consiste en que el plazo máximo de dos años para la reclamación de la falta de conformidad de las mercaderías recogido en el artículo 39 de la CCIM es superior al plazo de prescripción de la acción conforme al derecho interno suizo, que es de un año a contar desde la entrega.

En España, como en la mayoría de países, la adhesión no vino precedida de ningún debate previo, existiendo una unanimidad casi absoluta incluso en su tramitación parlamentaria, que cabe achacar al desconocimiento más que a un profundo y contrastado estudio de las consecuencias de la adhesión.

El proceso de adhesión se inició a instancias del entonces Ministro de Justicia, D. Fernando Ledesma, que en fecha de 26 de mayo 1988 al Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, D.

La sentencia del Tribunal de Première Instance de Genève, de 14 de marzo de 1997 afirma que, conforme a la ley suiza, declarada aplicable al caso por acuerdo de las partes, no es aplicable la Convención de Nueva York de 14 de junio de 1974 sobre prescripción en la compraventa internacional de mercaderías, ya que Suiza no es Parte de la misma. Por ello, aplica la norma de derecho internacional privado del foro, que es la Convención de La Haya de 1955, cuyo artículo 3.1 remite a la ley interna del país donde el vendedor tenga su residencia habitual o su establecimiento al recibir el pedido. Aplica la regla general de prescripción (10 años), y no la regla especial para la acción de garantía (1 año desde la entrega), ya que esta solamente puede aplicarse a la acción de garantía prevista en el derecho suizo, y no a la prevista en la CCIM, dado que se trata de una regla especial del derecho suizo (referida exclusivamente a los artículos 205 y siguientes del Code des Obligations), no aplicable en derecho internacional (que se deducen de otra fuente de derecho, el derecho uniforme). Por ello deniega la excepción de prescripción.

En segunda instancia, la Cour de Justice de Genève, en sentencia de 10 de octubre de 1997 afirma que la CCIM no prevé la prescripción de la acción, pero sí prevé un plazo para la denuncia de los defectos. (artículo 39: máximo de dos años). En este caso este aviso se realizó en tiempo. La dificultad proviene de que el derecho suizo no prevé un plazo para la denuncia de los vicios, sino que establece un plazo breve de prescripción (1 año). El problema se previó en el *Message du Conseil fédéral relatif à la ratification de la Convention de Vienne*, pero no fue resuelto por el legislador. Al ser una cuestión no resuelta por el legislador, aplicando el artículo 1.2 del Código Civil Suizo, el juez se pone en su posición. Entiende que la solución más adecuada es adaptar los plazos del artículo 210 del *Code des Obligations* y del artículo 39 de la CCIM (que es norma posterior), haciendo coincidir el plazo de prescripción con el plazo máximo de denuncia de los vicios del artículo 39 (2 años). Con ello no se modifica esencialmente el artículo 210 del *Code des Obligations*, (el plazo de prescripción coincide con el plazo máximo de caducidad). Entiende que la acción no está prescrita.

Aurelio Menéndez, solicitando un informe preliminar sobre la conveniencia de la adhesión de España a la CCIM.

Dicho informe fue redactado por D. Jaime Zurita y Sáenz de Navarrete. En él se detallan los inconvenientes de aplicar la normativa interna a las compraventas internacionales: por la inseguridad jurídica del sistema de normas de conflicto, por la discutible distinción entre compraventa civil y mercantil, por la oscuridad e inadecuación de los preceptos del Código en materia de incumplimientos contractuales, así como la ausencia total de regulación de las compraventas con expedición. Frente a esta situación, la adhesión supone la incorporación al ordenamiento interno de una regulación específica para la compraventa internacional, justificada por su mayor complejidad, y que dotaría a los comerciantes españoles de una regulación más adecuada para dichas transacciones internacionales¹¹¹ que, en todo caso, podría ser derogada en todo o en parte por estos mediante cláusulas contractuales. Enuncia las novedades de la CCIM con respecto a nuestro derecho interno en las materias de: formación del contrato, eliminación de la distinción entre obligación de entrega y de saneamiento, ampliación del concepto de pago del precio, atención a la trascendencia del incumplimiento como base del sistema de acciones, así como su objetivización, con eliminación del elemento de culpabilidad, y nueva regulación de la transmisión del riesgo.

A partir de este momento no existe ninguna argumentación novedosa ni a favor ni en contra de la adhesión, posiblemente por la falta de información a las instituciones de representación empresarial afectadas por la nueva regulación o las de representación de profesionales del derecho.

¹¹¹ En aquel momento el volumen de comercio exterior afectado por una eventual adhesión suponía más del 50%.

Los informes posteriores¹¹², previos al Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de mayo de 1990, por el que se decidió la remisión del expediente de adhesión a las Cortes Generales, se basan exclusivamente en el informe antes mencionado.

La remisión se produjo el 13 de febrero de 1990. Del 28 de febrero al 30 de abril de 1990, tuvo lugar la tramitación en el Congreso. En la discusión en la Comisión de Asuntos Exteriores¹¹³, participaron los representantes del Grupo Popular y del Grupo Socialista, que afirmaron la bondad de la regulación de la CCIM, sin entrar a valorar supuestos concretos de posibles incompatibilidades con la regulación interna, ni hasta qué punto se beneficiaría el comercio español con esta nueva regulación. La recomendación de la Comisión fue la de autorizar la adhesión¹¹⁴. La votación en el Congreso fue unánime: 252 votos a favor y una abstención¹¹⁵. La tramitación en el Senado fue igualmente acrítica. Tuvo lugar del 8 de mayo al 13 de junio de 1990. La Comisión de Asuntos Exteriores del Senado,

¹¹² Informes del Ministerio de Economía y Hacienda, del Ministerio de Justicia y del Gabinete de Tratados de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores. Informe del Consejo de Estado de 16 de marzo de 1989 e informe de la Dirección General de Organizaciones y Conferencias Internacionales del Ministerio de Asuntos Exteriores.

¹¹³ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*. Año 1990. IV Legislatura. Núm. 50. 27 de marzo de 1990. p.1591.

¹¹⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. IV Legislatura. Serie C. 30 de marzo de 1990. Núm. 35-2. p. 17.

¹¹⁵ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*. Año 1990. IV Legislatura. Núm. 32. p.1242.

ante la ausencia de propuestas, recomendó la aprobación de la adhesión¹¹⁶. Esta se produjo por asentimiento el 6 de junio de 1990¹¹⁷.

Seguidamente, el 17 de julio de 1990, España se adhirió a la CCIM. Se publicó oficialmente en el BOE n.º 26, de 30 de enero de 1991, y entró en vigor, conforme a lo dispuesto en la misma Convención, el 1 de agosto de 1991.

El único pronunciamiento del Tribunal Supremo¹¹⁸ ha versado sobre el ámbito temporal de vigencia de la CCIM, excluyendo su aplicabilidad. En esta la

¹¹⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IV Legislatura. Serie IV. 23 de mayo de 1990. Núm. 26. p. 17; y Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IV Legislatura. Serie IV. 4 de junio de 1990. Núm. 26 (c). p. 19.*

¹¹⁷ *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. IV Legislatura. Núm. 21. Año 1990. p. 789; y Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IV Legislatura. 13 de junio de 1990. Núm. 26 (d). p. 21.*

¹¹⁸Primera instancia: Juzgado de primera instancia n.º 18 de Madrid, 20 de febrero de 1990. Segunda instancia: Audiencia de Madrid Sección 21ª, 12 de enero de 1993. Casación: sentencia n.º 3766 del Tribunal Supremo (España) de 3 de marzo de 1997, (*La Ley*, 7 de abril de 1997, p. 9-12). Una sociedad con domicilio legal en España contrató con otra con domicilio legal en Estados Unidos sucesivos contratos de compraventa FOB de limones con anterioridad al año 1990. Como consecuencia del incumplimiento por el comprador de algunas de sus obligaciones de pago del precio pactado se formuló por el vendedor ante los tribunales españoles una serie de reclamaciones solidarias por el importe de las cantidades impagadas, contra el comprador y el transportista marítimo a los que se encomendó el traslado de las mercancías. En apoyo de las reclamaciones se alegó por el vendedor el incumplimiento de los artículos 338 y 339 del CCo. en relación con la CCIM a la que España se había adherido por instrumento publicado en el BOE de 30 de enero de 1991. La alegación específica de la CCIM fue reiteradamente desestimada por las tres instancias judiciales. Se consideró por el Tribunal Supremo, de forma definitiva, que la sumisión del litigio a la CCIM debía ser excluida ya que la misma no se integró en el ordenamiento jurídico español hasta el ya citado 30 de enero de 1991, conforme a las disposiciones de derecho interno españolas (artículo 1.5 del CC), es decir, con posterioridad al nacimiento de la relación litigiosa. Consideró irrelevante para la sumisión que el litigio fuera enjuiciado tras la adhesión de España a la Convención, el depósito del instrumento, y el transcurso del año subsiguiente prevenido en el artículo 99.2 de la propia Convención. Conforme a tal criterio en la interpretación de las disposiciones de entrada en vigor de la Convención esta fue declarada inaplicable a un

recurrente alegaba la infracción por interpretación errónea de los artículos 338 y 339 del Código de Comercio en relación con la CCIM "a la que España se ha adherido por instrumento publicado en el BOE de 30 de enero de 1991". El Tribunal Supremo rechaza la pretensión ya que "la CCIM no se integró en el ordenamiento jurídico español (artículo 1.5 del Código Civil) hasta el día 30 de enero de 1991, (día de su publicación), es decir, con posterioridad a esta fecha". Según el Profesor Illescas¹¹⁹ el fondo de dicha sentencia es indiscutible, pero las precisiones cronológicas son erróneas. Afirma que el fallo se pronuncia desde una óptica española, fijándose sólo en el artículo 1.5. del Código Civil, es decir que las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales se entienden incorporadas al ordenamiento interno desde su íntegra publicación en el BOE. El Tribunal Supremo entiende que al ser la fecha de publicación el 30 de enero de 1990, es a partir de esa fecha cuando la CCIM entra en vigor, cuando en realidad deben tenerse en cuenta las propias reglas de la CCIM relativas a su entrada en vigor en cada uno de los Estados parte, que pueden no coincidir con las reglas nacionales de incorporación. Y esto precisamente es lo que ocurre en este caso. Según Illescas deben separarse el cumplimiento de las exigencias nacionales para la incorporación de un tratado, de las normas contenidas en el propio tratado en materia de *vacatio legis* y entrada en vigor. Estas se contienen en los artículos 99 y 100. El artículo 99.1 determinó el momento de entrada en vigor de la CCIM, momento en que España todavía no era parte. En su párrafo segundo establece el momento de entrada en vigor aplicable al caso español, creando una *vacatio legis* prevista en la propia CCIM. La conclusión es que la CCIM no es aplicable a los contratos celebrados antes del 30 de enero de 1991, y sí lo es en los celebrados a partir del 1 de julio de 1991. Sobre lo que el Profesor Illescas no se pronuncia es ¿qué ocurre con los celebrados entre estas fechas? En mi opinión la solución se

conflicto surgido de un contrato de compraventa internacional de mercaderías celebrado antes del día 30 de enero de 1991.

¹¹⁹ILLESCAS ORTIZ, Rafael. "La primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la Convención de Viena de 1980: una cuestión de vigencia", en *Derecho de los Negocios*, Año 8, n.º 81, 1997. p. 87-89.

encuentra en la propia normativa interna. Si bien la dicción del artículo 1.5 del Código Civil es clara, debe tenerse en cuenta que el propio contenido del Tratado Internacional establece cuál será el momento de entrada en vigor, no pudiendo existir dos momentos distintos de entrada en vigor, uno a efectos internos y otro a efectos externos, ya que iría contra la aplicación uniforme de la norma y contra su contenido expreso. En este caso es la propia norma la que establece un periodo de *vacatio legis* hasta el 1 de agosto de 1991¹²⁰.

En conclusión: La CCIM es aplicable en España solamente a los contratos celebrados después del 1 de agosto de 1991¹²¹.

5.5. POSIBLES INCORPORACIONES FUTURAS

La tendencia de los países latinoamericanos es la progresiva incorporación¹²², como las recientes ratificaciones de Ecuador, Uruguay y del

¹²⁰Otro argumento más discutible sería entender que un tratado internacional no ha sido válidamente celebrado hasta que se reúnen las circunstancias previstas en el mismo y en el ordenamiento interno para su entrada en vigor, ya que el artículo 96.1 de la Constitución establece que "Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

¹²¹Seguramente ajenos a la problemática de derecho interno, comentaristas extranjeros llegan a la misma conclusión. PILTZ, Burghard. "El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n.º 3 (1992), p.942-949. WILL, Michael R. *International Sales Law under CISG. The First 464 or so decisions*. Genève. 1998. p.11.

¹²² Esta tendencia a la adopción de la CCIM se basa en una conveniencia económica, dada la progresión del comercio internacional de dichos países, y en la falta de una inconveniencia jurídica, dado que la práctica ha demostrado la inexistencia de contradicciones insalvables entre la CCIM y los Códigos inspirados directa o indirectamente en el Code Civil. GARRO, Alejandro. "Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidades", en *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*. Madrid, 1993. p.344-397.

Perú. Parecen próximas las ratificaciones de Colombia¹²³ y Venezuela¹²⁴, uno de los países firmantes de la Convención y que anunció su ratificación en 1983. Así como la de Brasil¹²⁵, íntimamente ligada al futuro del Mercosur¹²⁶.

También presentaban una actitud favorable, según manifestó el Secretario General de UNCITRAL en el informe de 1985, Islandia y Sierra Leona.

En África parece desarrollarse una tendencia doctrinal favorable a la incorporación de la CCIM a los respectivos ordenamientos jurídicos internos¹²⁷.

En Israel, la LUCI y la LUFC han sido decisivas en la codificación del derecho civil y mercantil y encuadran a este país en la familia del derecho continental¹²⁸. La falta de ratificación de la CCIM no ha sido óbice para que ya

¹²³ La doctrina se ha manifestado favorable. MONTAÑEZ PEREZ, Javier Gonzalo. "Normatividad sobre el contrato de compraventa internacional", en *Temas socio-jurídicos*, p.89-103. Actualmente el proceso de ratificación está muy avanzado, habiéndose declarada constitucional y exequible en virtud de resolución de la Corte Suprema, de 10 de mayo de 2000, la Ley 518/1999, aprobatoria de la Convención de Viena.

¹²⁴ Tanto Colombia como Venezuela son parte en la Comunidad Andina, en la que Perú y Ecuador ya se rigen por la CCIM.

¹²⁵ GALINDO DA FONSECA, Patrícia. "O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional", en *Revista Forense*, Vol. 341,1998, p. 194-211.

¹²⁶ GALINDO DE FONSECA. "Breves comentários sobre a convenção de Viena de 1980", en <http://CISGW3.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff/palestra.html>

¹²⁷ NSIE, Etienne. "La formation du contrat de vente commerciale en Afrique. Analyse du Titre II du Livre V de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général", en *Penant. Revue de droit des pays d'Afrique*, N ° 829, janvier à avril 1999, p.5-19.

¹²⁸ La Ley de Compraventa de Israel, n ° 5760 de 1999, aprobada por el *Knesset* el 25 de octubre de 1999 y en vigor desde el 5 de febrero de 2000, regula la compraventa internacional y ha recogido íntegramente la regulación de la CCIM, si bien ampliando su campo de aplicación a todo tipo de compraventas. El que ya forme parte del derecho interno y las discusiones parlamentarias hacían previsible una próxima incorporación de este país al ámbito de la CCIM, aunque esta

exista la sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 22 de agosto de 1993¹²⁹ haya aplicado la CCIM por analogía a la LUCI.

En otros países la CCIM despierta un interés notable y la doctrina ha manifestado su sentir favorable a la ratificación. Es el caso de, Corea del Sur¹³⁰, India¹³¹, Jamaica¹³², Japón¹³³, Jordania¹³⁴, Filipinas¹³⁵, República Sudafricana¹³⁶ o Taiwan¹³⁷.

todavía no se ha producido. ZAMIR, Eyal. "European Tradition, the Conventions on International Sales and Israeli Contract Law", en *European Legal Traditions and Israel*, p. 499-511.

¹²⁹ Tribunal Supremo de Israel de 22 de agosto de 1993, en 47 (iv) Piskei Din, 1993, p. 63-88. Resumen en <http://cisg3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930822i5.html>.

¹³⁰ DONG SUK, K. "The Vienna Convention and its Adoptability in Korea", en *Korean Forum on International Trade and Business Law Board*, 2, (1993), p. 157-193.

¹³¹ Es el país con más equipos presentados en el *Moot Court*.

¹³² HUTCHINSON, Vanessa Natalie. "The Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods - A Jamaican Perspective".

¹³³ Son numerosos los artículos de autores japoneses, como KAGAYAMA, Shigeru. "A Comparative Study of the Japanese Civil Code and CISG", en <http://www.law.osaka-u.ac.jp/~kagayama/Expert/Civ-CISG/CivCISG.html>. Además de tener una página web sobre jurisprudencia japonesa referente a la CCIM: <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~sono/CISG/index.htm>.

¹³⁴ DAWWAS, Amin. *Impediments affecting Performance of the contractual obligation under CISG, Islamic Law and the Jordanian Civil Law*. Druckladen, Erlangen - Germany 1996.

¹³⁵ CADIZ, Dante Miguel V. / GONZALEZ III, Joaquín L. "Contract Formation Under the Vienna Sales Convention: Reflections for the Philippines", en *Ateneo Law Journal*, Vol. 39. n.º 2, 1995, p. 162.

¹³⁶ RABINOWITZ, Daniel. "Implications of South Africa's Accesion to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Lex Mundi World Reports*. Supplement No. 30, December 1993. p.1-129. Una ponderación más reciente de las ventajas e inconvenientes de la

El que la mayoría de la doctrina sea favorable a la ratificación, adhesión o adhesión, no implica la misma. Un claro ejemplo es Gran Bretaña, donde, tras un intenso debate, prácticamente ausente en los demás países, pareció vencer la postura unificadora, lo que, sin embargo, no se tradujo en un avance en la ratificación, ya que su tramitación no fue más allá de la discusión en el Parlamento¹³⁸.

No obstante, la CCIM ha sido aplicada por Tribunales de países que no son Partes como Taiwan¹³⁹ o Vietnam¹⁴⁰.

ratificación en EISELEN, Sieg. "Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa", en *South African Journal*, Part II (1999), p. 323-370.

¹³⁷ Son ya varios los estudios de la CCIM realizados en Taiwan, en especial referentes a la transmisión del riesgo y a la previsibilidad de los perjuicios. Un ejemplo: LEE, Rick K. "Foreseeability on Damages Under CISG and US Contract Law", en *Wanguo falu (Foreign Trade Review)*, Taipei, 1994, n ° 78, p. 56-50, y n ° 79, p. 41-37.

¹³⁸ CLINTON-DAVIS/STEYN. "Sale of Goods Ammendment Bill" en el Diario de la Cámara de los Lores del Reino Unido, del 3 de mayo de 1995, p.1457-1463.

¹³⁹ Shanwu Zhongkai Xichui (Business Arbitration Association), caso n ° 86, de 15 de mayo de 1998, en *San Chun Lin Sin* 42, y resumido en <http://cisg3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980515t1.html>.

¹⁴⁰ Tribunal Supremo Popular de la Ciudad de Ho Chi Min, caso 28/ktpt, de 1995 (Ng Nam Bee Pte Ltd. v. Tay Ninh Trade Co.), resumen en *UNILEX Database*, Diciembre 1998.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

La adopción de un solo instrumento legal para la compraventa internacional supone solamente un hito más, aunque de extraordinaria importancia, en la unificación del derecho sobre compraventa internacional. Para que la unificación de dicho derecho sea efectiva es necesario que la interpretación de dicho instrumento sea también uniforme y conforme a la intención manifestada por los que crearon tales normas: los Estados de la Comunidad Internacional. Por ello la CCIM señala en su artículo 7 que su interpretación deberá tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, así como la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Antecedentes de este artículo son los artículos 3 de la Convención de Nueva York sobre Prescripción en la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1974 y de las Reglas de Hamburgo de 1978, ambas elaboradas a partir de Proyectos de la UNCITRAL, aunque en ambos se omite que la interpretación deberá asegurar la observancia de la buena fe.

Normas idénticas al artículo 7 de la CCIM se han reproducido en las Convenciones UNIDROIT de Ottawa, sobre *Leasing* (artículo 6.1) y *Factoring* (artículo 4.1), de 28 de mayo de 1988; en las Convenciones de UNCITRAL sobre el Contrato de Agencia en la compraventa internacional de mercaderías, de 1983 (artículo 6.1), sobre letras de cambio y pagarés internacionales, de 1988 (artículo 4) y sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, de 1995 (artículo 5), así como en las Leyes Modelo de UNCITRAL sobre Comercio

Electrónico, de 1996 (artículo 3.1) y sobre Insolvencia Transfronteriza, de 1998 (artículo 8).

La CCIM establece qué criterios deberán tenerse en cuenta en la interpretación de su articulado: “el carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, así como la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. Sin embargo no se mencionan los métodos de interpretación que deben emplearse, ni la jerarquía que debe darse entre ellos. Tanto la doctrina de derecho internacional como los iusprivatistas reconocen los siguientes métodos interpretativos: el gramatical, el sistemático, el teleológico, el histórico¹⁴¹, el sociológico, el lógico y el transnacional.

El plan de exposición de este Capítulo analiza en primer lugar el contenido de los principios de internacionalidad, uniformidad y buena fe en la interpretación, para determinar así lo que se entiende por interpretación autónoma conforme a la propia CCIM. Posteriormente se valora la mayor o menor adecuación de los métodos interpretativos clásicos a estos principios, así como las peculiaridades que deben tenerse en cuenta a la hora de aplicarlos para conseguir una interpretación lo más autónoma posible. Finalmente, tras una necesaria referencia a la aplicabilidad o no de la Convención de Viena sobre Tratados, concluimos proponiendo una metodología específica para la interpretación de los preceptos de la CCIM, que va a ser la utilizada en el estudio de los artículos referentes al incumplimiento esencial.

¹⁴¹ Desde Savigny se entiende por la generalidad de la doctrina que el gramatical, el sistemático, el teleológico, el histórico son los criterios de interpretación, consideradas como “actividades que tienen que estar unidas para que la interpretación tenga éxito”. No obstante, también hace referencia al método sociológico o histórico-evolutivo, y al lógico. DÍEZ-PICAZO, Luis / GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Instituciones de Derecho civil*. Volumen Y, Madrid, 1995, p. 115.

2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 7

En términos de lógica jurídica, se plantea el problema de cómo interpretar el artículo 7 si precisamente este informa los métodos de interpretación en los que basarse. Es obvio que la influencia de los principios y los métodos es recíproca: los principios informadores determinan los métodos interpretativos pero estos a su vez condicionan lo que debe interpretarse comprendido en los principios.

Para romper este círculo partiremos de los trabajos preparatorios, que son los que nos permitirán conocer la verdadera intención del “legislador internacional”. Se parte de la premisa de que una interpretación histórica es válida y conforme con esos principios. Se trata de una premisa indiscutible desde el punto de vista de un jurista inmerso en el derecho continental, pero polémica desde el punto de vista del derecho anglosajón. Sin embargo, también en el *Common Law*, especialmente en lo que se refiere a derecho internacional, la aceptación de la interpretación histórica del derecho escrito ha adquirido una relevancia especial, como luego se expondrá.

Por otra parte, la interpretación de este artículo se reforzará con la jurisprudencia internacional que haya analizado estos principios, e incluso matizado su contenido.

3. LA INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA EN LOS TRABAJOS PREPARATORIOS

La interpretación debe ser uniforme e internacional, es decir, autónoma. La UNCITRAL ha incluido estos principios hermenéuticos en todos sus Tratados, y ha añadido el deber de promover a través de la interpretación la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Los principios de internacionalidad en la interpretación y de uniformidad en la aplicación de la CCIM están íntimamente ligados. Ambos son la cristalización técnico- jurídica de los principios establecidos en el Preámbulo, a los que nos

referiremos al tratar del método teleológico. Por otra parte, la autonomía supone dar una relevancia especial a los principios generales que se derivan de la misma CCIM a la hora de interpretarla. Tal relevancia se manifiesta en la expresa mención de tales principios como fuente integradora de primer grado de la Convención.

En la historia legislativa del precepto se aprecia la interrelación de estos conceptos. Internacionalidad en la interpretación y uniformidad en la aplicación van inseparablemente unidas como principios explícitamente queridos por la CCIM, si bien se trata de un mandato suavizado, ya que se establece que “deberán ser tenidos en cuenta”. Otros principios generales derivados de la CCIM que se configuraron como criterios de integración, no se mencionaron como criterios de interpretación, pero indudablemente tienen también trascendencia a la hora de lograr una autonomía interpretativa.

En los trabajos preparatorios se observa una inicial repulsa a la mención de los principios generales como elementos de interpretación e integración. El artículo 17 de la LUCI¹⁴² había sido duramente criticado por incluirlos como única fuente supletoria. Se alegaba que la referencia a los principios era una proposición vaga e ilusoria, ya que la propia Ley no señalaba cuáles eran, por lo que dicha referencia permitiría a los Tribunales aplicar las reglas de su propio sistema jurídico con la excusa de que eran principios basados en la Ley Uniforme.

Como consecuencia de este rechazo, en diciembre de 1970, en su Segunda Sesión¹⁴³, el Grupo de Trabajo decidió dar una nueva redacción al artículo de tal forma que coincidiera con la adoptada en agosto de 1970 por el Grupo de Trabajo respecto de la Convención de Prescripción: *"In interpreting and*

¹⁴² "Questions concerning matters governed by the present Law which are not expressly settled therein shall be settled in conformity with the general principles on which the present Law is based".

¹⁴³ Documento A/CN.9/52, en *Yearbook UNCITRAL, 1970, Vol.II*, New York, 1971, p.50-65, en concreto, se recoge la discusión del artículo 17 ULIS en la p. 62, también en HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands, 1989, p.68.

applying the provisions of this Law, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity [in its interpretation and application]."

La nueva redacción permitía destacar el carácter internacional de la Ley en su interpretación y la necesidad de que esta sea uniforme. La pretensión era que los Tribunales de un país se animaran a acudir a la doctrina o jurisprudencia de países extranjeros, así como a los trabajos preparatorios de la Ley Uniforme.

A pesar de la omisión, se volvió a la idea de la necesidad de la autointegración de las lagunas. Se propuso añadir: *"Questions concerning matters governed by the present Law which are not expressly settled by it shall be settled in conformity with its underlying principles and purposes."*

Se alegó que esta redacción no suponía ampliar el ámbito de la Ley ya que se refería a materias "governadas" por la misma y ayudaría al juez a resolver materias no expresamente reguladas. Según esta propuesta los principios tendrían dos fuentes: las generalizaciones que aparecen del examen de varios artículos específicos de la Ley, y la propia evolución de la Ley. De no incluirse tal cláusula, la posibilidad de que el juez aplicara erróneamente el derecho nacional alegando un principio general dejaría de ser un riesgo excepcional para convertirse en la regla general para todo caso no expresamente mencionado en la Ley. En concreto esta norma permitiría a los jueces del *Common Law* eludir la interpretación literal y estrecha de los textos escritos que le impone su tradición jurídica y acudir a la historia legislativa de la ley para su interpretación.

Finalmente, se propuso introducir otra cláusula final: *"Private international law shall apply to questions not settled by the Uniform Law"*.

Se defendió que esta cláusula evitaba los problemas de remitirse a unos principios no establecidos expresamente, lo que era difícil y peligroso a la hora de solucionar problemas y desanimaría a buscar lagunas en la Ley, así como haría irrelevante la distinción entre materias regidas y materias no regidas por la Ley.

Sin embargo se criticó que la remisión al derecho internacional privado animaría a los tribunales a justificar lagunas y llevaría a litigios respecto a la norma de conflicto aplicable y al derecho extranjero aplicable.

No aparecen nuevos argumentos tendentes a la revisión del texto por parte de la Comisión, hasta la Décima Sesión¹⁴⁴, en 1977, en la que, sin embargo, se mantuvo esta redacción. Se rechazaron diversas propuestas interesantes:

- Que dicho artículo se refiera no solamente a la interpretación de la Ley sino también a la interpretación de los contratos. Se rechazó por considerarse una materia más relacionada con la validez de los contratos, que estaba siendo objeto de estudio en la preparación del Proyecto de Ley Uniforme sobre la Validez de los Contratos de compraventa.

- Que se incorporara una norma de conflicto para resolver los casos de lagunas de la Convención: la ley del Estado del lugar de establecimiento del vendedor. Se rechazó por contradicciones con la Convención de la Haya de 1955, y por no ser materia de la Convención la regulación de normas de derecho internacional privado.

- Que se incorporara una referencia expresa a los principios generales de la Convención como criterio de interpretación e integración. No se incluyó por no recibir suficientes apoyos.

El Informe de la Secretaría General a la incorporación del Proyecto de Formación de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías al Proyecto de Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁴⁵ afirmaba la compatibilidad del artículo sobre interpretación con el texto del Proyecto de Formación.

Durante la Octava Sesión¹⁴⁶ se había incorporado el concepto de buena fe en el Proyecto de Formación. Fue objeto de un largo debate, que más abajo se tratará.

¹⁴⁴Documento A/32/17, Annex I, en *Yearbook UNCITRAL*, 1977, Vol. VIII, New York, 1978, 34-35, también en HONNOLD, John. *Documentary History* ...327-328.

¹⁴⁵Documento A/CN.9/145, en *Yearbook UNCITRAL*, 1978, Vol.IX, New York, 1979, p.125, también en HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands, 1989, p.362.

¹⁴⁶ Documento A/CN.9/142, en *Yearbook UNCITRAL*, 1978, Vol.IX, New York, 1979, p.66-67.

El texto del Proyecto aprobado por la Comisión en 1978 establecía: "*Article 6. Dans l'interprétation et application des dispositions de la présente Convention, il sera tenu en compte de son caractère international, de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité et d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international*"¹⁴⁷.

El Comentario de la Secretaría destacaba que los antecedentes del artículo eran el artículo 17 de LUCI y el artículo 7 de la Convención sobre prescripción. Señala que la pretensión última es evitar que los tribunales nacionales interpreten la Convención basándose en el sistema jurídico de su propio país, evitar las diferentes ópticas y concepciones que puedan llevar a interpretaciones divergentes. Por lo que subraya "*q'il importe, pour l'interpretation et l'application des dispositions de la Convention, de tenir dument en compte de son caratère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité*". También que las disposiciones de la Convención sean interpretadas y aplicadas "*de manière à promouvoir le respect de la bonne foi dans le commerce international*".

El Primer Comité de la Conferencia analizó en su Quinta Sesión, el 13 de marzo de 1980¹⁴⁸, las propuestas de enmienda presentadas por Bulgaria, Italia, Checoslovaquia, Noruega, Francia y Estados Unidos¹⁴⁹. Estas últimas se remitieron al Comité de Redacción. China consideró la necesidad de que la Ley Uniforme promueva la igualdad entre países y el interés común propios del nuevo orden económico mundial, y, en especial, contribuya a disminuir las barreras del comercio internacional que afectan especialmente a los países en desarrollo.

¹⁴⁷Document A/CONF.97/5, en *Conférence des Nations Unies* .p.18-19.

¹⁴⁸Documento A/CONF.97/C.1/SR.5, en *Conférence des Nations Unies* .p.254. También en HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands, 1989, p.475.

¹⁴⁹Informe de la Primera Comisión. Documento A/CONF.97/11, en *Conférence des Nations Unies* .p.94-95.

La propuesta Búlgara destacó que la Convención propuesta no cubría todas sus lagunas, de ahí que su anterior pretensión de hacer una remisión a los principios generales. No obstante, propuso no acudir a los principios generales sino a la ley del lugar de establecimiento del vendedor, como norma de cierre, criterio seguido por los países de la CAEM y habitual en el comercio internacional. Su propuesta fue rechazada porque de aceptarse hubiera supuesto la necesidad de revisar el Convenio de La Haya de 1955 sobre ley aplicable a los contratos de compraventa internacional, con el que era incompatible.

La propuesta Checoslovaca era idéntica, pero la norma de cierre era las normas de derecho internacional privado, sin especificar.

La propuesta italiana consistía en que las lagunas fueran cubiertas en primer lugar por los principios generales derivados de la misma Convención, y en su defecto teniendo en cuenta las leyes nacionales de cada una de las partes. La pretensión de acudir a los principios generales se justificó en que la necesidad de reglas más concretas para integrar las lagunas. Aunque las normas de derecho internacional privado tienen larga tradición, se pretendía iniciar una nueva etapa de formación de un nuevo *ius commune* que hacía una interpretación e integración autónoma de las lagunas, conforme a los principios derivados de la misma y no como reglas prestadas de un derecho nacional. La norma de cierre propuesta se justificaba porque las reglas que no se pudieran concretar por los principios generales se resolvieran conforme a las leyes de las partes en juego, en tanto que estas contuvieran puntos en común. Con ello se mantendría el equilibrio de las expectativas de las partes y se evitaría que la imposición de la ley del contratante más poderoso.

El representante checoslovaco calificó de poco realista el intento de resolver solamente con los principios generales. También entendió que la norma de cierre propuesta era difícil de aplicar, sobre todo si se basaba en sistemas jurídicos contradictorios. También se criticó que la norma de cierre no era clara, no se sabía si excluía las normas de derecho internacional privado.

La República Democrática Alemana manifestó que la propuesta italiana era aceptable en tanto que recogía los principios generales como fuente supletoria de primer grado y la checa era compatible si se recogía que norma de cierre.

La propuesta de la República Democrática Alemana se aceptó por 17 contra 14 y 11 abstenciones.

España votó a favor por ser preferible una regla explícita que obligara al juez a intentar resolver conforme a los principios generales y no recurrir inmediatamente a las normas de conflicto.

En la Sesión 35 se aceptó la redacción del artículo con la inclusión del párrafo segundo¹⁵⁰.

En la Sexta Sesión Plenaria¹⁵¹ se votó el artículo sobre la interpretación de la CCIM. Se rechazó (27 contra 2 y 2 abstenciones) la propuesta francesa de que los dos párrafos se votaran por separado. Italia y Suecia entendían que la votación debía ser conjunta, dado que ambos párrafos estaban estrechamente relacionados.

El artículo se aprobó (45 votos contra 0, sin abstenciones).

Grecia entendió que las dos primeras frases del artículo eran superfluas y deberían estar en el Preámbulo, pero votó a favor porque se recogía el principio de buena fe en el comercio internacional.

Italia destacó la importancia del artículo porque estipula que una interpretación uniforme de la CCIM debe buscarse por todos aquellos que son llamados a aplicarla, partes, árbitros o jueces. Confirió que el párrafo 1 y sobre todo la primera parte del párrafo segundo favorecieran tal interpretación en la práctica.

Como se deriva de los trabajos preparatorios, la oración “su interpretación deberá tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación” implica la autonomía interpretativa de la CCIM, lo

¹⁵⁰Informe del Comité de Redacción sobre los artículo de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías que fueron enviados por la Primera Comisión (artículo 1 a 17) Documento A/CONF.97/C.1/L.248 et Corr., en *Conférence des Nations Unies* .p. 447.

¹⁵¹Documento A/CONF.97/SR.6, en *Conférence des Nations Unies* .p. 216.

que se debe traducir en una interpretación de la Convención que tenga en cuenta sus trabajos preparatorios, sus principios informadores e integradores, pero también la jurisprudencia de otros países, y la actitud abierta propia de los métodos hermenéuticos de Convenciones internacionales que incluyan una ley uniforme¹⁵².

La jurisprudencia se ha referido a la necesidad de interpretar autónomamente la CCIM:

En el caso de *Delchi Carrier S.p.A. contra Rotorex Corp.*¹⁵³, la *Court of Appeals (2nd Circuit)* (Estados Unidos), afirma la falta de jurisprudencia sobre la CCIM, ya que, en virtud del carácter autónomo, internacional y uniforme, no se puede considerar aplicable como precedente la jurisprudencia sobre el artículo 2 del *Uniform Commercial Code*, sin perjuicio de que esta pueda dar alguna referencia sobre el lenguaje utilizado en la CCIM, dada la influencia que la doctrina le reconoce en su formación. La Corte resuelve de acuerdo con una interpretación gramatical y acudiendo a los principios generales de la Convención sobre el concepto de la esencialidad del incumplimiento y el resarcimiento de daños.

La resolución del *Richteramt Laufen des Kantons Berne*, (Suiza), de 7 de mayo de 1993¹⁵⁴, interpreta autónomamente el artículo 3 de la CCIM a la hora de calificar como compraventa un contrato mixto de compraventa y prestación de servicios.

¹⁵²SAMSON, Claude." Exportation de biens et de services: La convention des nations unies sur la vente interationale de marchandises". en *Conférence Meredith Lectures 1993. Les transactions transfrontalières de marchandises*. Faculté de droit, Université McGill. Cowansville, Québec. 1994. p.49.

¹⁵³ Primera instancia, sentencia de la U.S. Northern District Court of New York de 9 de septiembre de 1994 (1994 U.S. Dist. LEXIS 12820). Apelación: sentencia de la Court of Appeals, 2nd Circuit, de 6 de diciembre de 1995 (1995 U.S. App. LEXIS 34226). Rotorex, una compañía de Nueva York, contrata con Delchi, una sociedad italiana fabricante de aparatos de aire acondicionado, la venta de compresores para los mismos, conforme a las especificaciones de Delchi. Rotorex realiza una primera entrega no conforme, que rechaza Delchi, solicitando un nuevo envío, a lo que Rotorex se niega. En ambas instancias se condenó a Rotorex por incumplimiento contractual.

¹⁵⁴ Richteramt Laufen des Kantons Berne. Erwägungen in Sachen Naaraharju OY c. Hugo Fritschi AG. 7. Mai 1993, p.19. Una empresa finlandesa suministradora de maquinaria de almacenaje automático a una empresa metalúrgica suiza, reclama el precio. Dada la existencia de otros

La sentencia del Bundesgerichtshof (Alemania) de 3 de abril de 1996¹⁵⁵ interpreta autónomamente la CCIM rechazando aplicar a la misma la distinción entre *aliud pro alio* y entrega de cosa viciada (*Nichlieferung v. Schlechtlieferung*) existente en derecho alemán, ya que conforme a la CCIM, ambos son supuestos de entrega de cosa con falta de conformidad.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de junio de 1997¹⁵⁶, que, interpretando autónomamente la CCIM, afirma que no existe una regulación sobre vicios ocultos en la misma, sino sólo la obligación de entregar la cosa con la calidad, en la cantidad y del tipo pactados. También se pronuncia sobre la obligación de examen de las mercaderías por el comprador en tiempo razonable, desde una interpretación desligada de la compraventa interna.

3.1. INTERNACIONALIDAD

De acuerdo con los trabajos preparatorios, el criterio de internacionalidad se introdujo para permitir a los tribunales acudir a la doctrina y a la jurisprudencia extranjera, así como acudir a los trabajos preparatorios.

contratos de prestación de servicios anejos al pacto de suministro, el tribunal debe resolver si el caso en cuestión es una compraventa regulada por la CCIM para afirmar su jurisdicción.

¹⁵⁵ Primera instancia: Landgericht Hamburg, de 5 de noviembre de 1993. Segunda instancia: Oberlandesgericht Hamburg, de 14 de diciembre de 1994. Casación: Bundesgerichtshof, de 3 de abril de 1996 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p.2364-2367). Una empresa holandesa vende a una sociedad alemana sulfato de cobalto, comprometiéndose a entregar los certificados de origen y calidad correspondientes. La empresa alemana exige que la materia sea de origen británico y de una determinada calidad. La empresa holandesa entrega los documentos correspondientes a una materia de inferior calidad y proveniente de Sudáfrica. La empresa alemana pretende la resolución del contrato y la holandesa el cobro del precio.

¹⁵⁶ Primera instancia: Juzgado n.º 42 de Barcelona, de 3 de marzo de 1995. Segunda instancia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 20 de junio de 1997. Se trata de determinar si un supuesto de entrega tardía y viciada de mercancías realizada por un suministrador constituye causa de resolución por incumplimiento esencial.

El Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978 manifiesta que se pretende evitar que los tribunales interpreten la CCIM basándose en sus propios sistemas jurídicos, lo que conduciría a interpretaciones divergentes.

Se trata de un criterio aplicable a la interpretación de la CCIM, pero no a la interpretación de los contratos. El Primer Comité de la Conferencia en su Quinta Sesión, el 13 de marzo de 1980¹⁵⁷, rechazó la propuesta italiana de incluir en este artículo una norma sobre la interpretación de las declaraciones del contrato alegando que el concepto implica tres elementos distintos: la voluntad común de las partes, su comportamiento y supletoriamente el que una persona razonable hubiese entendido con esas declaraciones. El rechazo se fundamentó por el representante de Singapur en que tal disposición llevaría al tribunal a indagar en la intención de las partes (*état d'esprit*) en el contrato, lo que introduce incertidumbre. El tribunal debe atenerse a las disposiciones reales del contrato. El comportamiento de las partes se refleja en el artículo sobre la interpretación del contrato.

Se trata por lo tanto, de una norma dirigida a los jueces y árbitros, aunque en la Sesión Sexta del Pleno de la Conferencia se hizo también referencia a las partes.

La inclusión de esta referencia al carácter internacional tiene un sentido práctico claro dado que la CCIM es un tratado internacional integrado en los derechos nacionales a través de ratificaciones, adhesiones o incorporado mediante legislación propia, (como en Alemania), que contiene reglas de derecho sustantivo.

De no incluirse esta disposición, las reglas de interpretación aplicables serían las de cada uno de los derechos nacionales en sus respectivos ámbitos territoriales. De hecho, en una primera fase de aplicación jurisprudencial, los tribunales norteamericanos eludieron la interpretación internacional de la CCIM, al tener en consideración la regla de la "*parol evidence rule*", en contra del principio

¹⁵⁷Documento A/CONF.97/C.1/SR.5, en *Conférence des Nations Unies* .p.254. También en HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands, 1989, p.475.

general de libertad de forma recogido en el artículo 11 de la CCIM, al que los Estados Unidos no opuso reserva¹⁵⁸. Actualmente la jurisprudencia norteamericana ha rectificado, adoptando una interpretación más acorde con la CCIM, admitiendo que un acuerdo verbal pueda contradecir o complementar un contrato escrito contemporáneo¹⁵⁹.

La interpretación internacional supone que la exégesis de la norma excluya conceptos propios de ordenamientos jurídicos internos. Supone que los conceptos contenidos en al CCIM se interpreten en sí mismos, sin referencia ni siquiera a los sistemas legales de los que pudieran haberse inspirado en su génesis.

El carácter internacional de la interpretación lleva a excluir reglas de interpretación internas, como la del artículo 1602 del Código Civil francés, según la cual las ambigüedades se interpretan contra el vendedor¹⁶⁰, la del 1288 y 1289 del Código Civil español, que perjudica al que causó la ambigüedad de la cláusula o favorece la interpretación más favorable al mayor intercambio de prestaciones o la del artículo 59 del Código de Comercio español, de interpretación favorable al deudor en caso de duda.

En algunos casos la jurisprudencia ha interpretado discutiblemente el carácter de la internacionalidad. En la sentencia del Bundesgerichtshof de 8 de marzo de 1995 entendió que aunque el producto entregado no cumpla con las normas internas limitativas o prohibitivas del país de importación, ello no constituye causa suficiente para considerar su entrega como no conforme por

¹⁵⁸ Caso Beijing Metals and Minerals Import / Export, Corp. contra American Business Center. Primera instancia: Segunda instancia: U.S. Court of Appeals (5th Circuit), de 15 de junio de 1993. (1993 US App. LEXIS 14211).

¹⁵⁹ Caso MCC-Marble Ceramic Center, Inc., contra Ceramica Nuova D'Agostino, S.P.A. Primera instancia: U.S. District Court for the Southern District of Florida, Segunda instancia: U.S. Court of Appeals (11th Circuit), de 29 de junio de 1998. (1998 US App LEXIS 14782).

¹⁶⁰ AUDIT, en DERAIS, Yves/ GHESTIN, Jacques. *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Actes du Colloque des 1er et 2ème décembre 1989*. LGDJ. 1990. p.31.

inadecuación a su uso ordinario, siempre que dicho producto conserve sus características propias, (observadas desde un punto de vista anacional)¹⁶¹. Este criterio de internacionalidad de mercantilidad ha sido criticado por la doctrina alemana e internacional. Según esta, la conformidad de la mercadería debe tener en cuenta las normas internas y de orden público del país de destino, incluyéndose en su uso normal el que pueda ser vendidas en dicho país¹⁶².

3.2. UNIFORMIDAD

El criterio de uniformidad se menciona expresamente en el Preámbulo como instrumento inmediato para la consecución de los fines de la CCIM. Se trata de un criterio de difícil distinción respecto de la internacionalidad de la interpretación¹⁶³. Sin embargo, se pueden distinguir en tanto que una

¹⁶¹ Primera instancia: Landgericht Darmstadt, de 22 de diciembre de 1992. Segunda instancia: Oberlandesgericht Frankfurt am Maine, de 20 de abril de 1994 (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1994, p.593-595). Casación: Bundesgerichtshof, de 8 de marzo de 1995 (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1995, p.595-597). El Tribunal entendió que un vendedor suizo, que entregó mejillones de Nueva Zelanda que contenían una concentración de cadmio superior a la recomendada por las autoridades sanitarias alemanas, no había incumplido el contrato. La concentración de cadmio en sí, según la opinión del Tribunal, no constituían una falta de conformidad, ya que los mejillones eran comestibles. Según el Tribunal, el artículo 35.2.a y b de la CCIM no obliga al vendedor a suministrar mercaderías que sean conformes con todas las normas imperativas y de orden público en vigor en el país de destino a menos que las mismas existan en el país de exportación, o que el comprador informe al vendedor de la existencia de dicha normativa, o el vendedor tuviera conocimiento de ellas por otros medios.

¹⁶²SCHLECHTRIEM, Peter. Comentario de la sentencia del Bundesgerichtshof, de 8 de marzo de 1995, en *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, Artículo 35 CISG 1/95, p.569-570. También KAROLLUS, Martin. "Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994", en *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1995, p. 51-94.

¹⁶³ La sentencia de la Oberlandesgericht Frankfurt am Maine, de 20 de abril de 1994 (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1994, p.593-595) afirma la sinonimia de ambos términos.

interpretación internacional puede dar lugar a varias posibles soluciones, en cuyo caso procede optar por la más conforme con la aplicación uniforme de la CCIM¹⁶⁴.

La pretensión de uniformidad se manifiesta en la propia redacción de los artículos, lo más neutral posible, descartando términos que puedan implicar interpretaciones especiales en determinados sistemas jurídicos nacionales¹⁶⁵. Se intentaron evitar términos cargados de determinadas interpretaciones jurídicas, en favor de términos más vulgares y descriptivos. Un ejemplo es el concepto de entrega de la CCIM. El concepto de entrega de la LUCI (artículo 19) tenía un sentido técnico idéntico al del derecho francés, en virtud del cual la entrega de un *aliud pro alio* no suponía una verdadera entrega. Esto creó grandes reservas en los países anglosajones, sobre todo al ligarse la transmisión del riesgo a dicha entrega. La CCIM, siguiendo el criterio del Proyecto de Convención y el Comentario de la Secretaría, adopta un concepto fáctico de la entrega.

El método adoptado por el Grupo de Trabajo fue el del consenso, llegando a soluciones de compromiso en caso de conflictos conceptuales graves. Estos procedimientos se mostraron efectivos en cuanto a la consecución de un único texto. De hecho, en el Pleno de la Conferencia casi todos los artículos así como el texto final fueron aprobados por abrumadoras mayorías.

Pero la uniformidad no se limita al texto, sino que para su eficacia se debe extender a su aplicación. Por ello, las soluciones de consenso podrían resultar peligrosas en la consecución de una aplicación uniforme. Un ejemplo es el artículo 28, en el que exime a los tribunales de la obligación de condenar al cumplimiento específico de la obligación si en virtud de su propio derecho no estuvieran obligados en virtud de contratos de compraventa similares (esencialmente los

¹⁶⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, "Artículo 7" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.p.109.

¹⁶⁵NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. *La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*. Edité par François Dessemontet. Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne. Lausanne, 1993. p.96-97.

países de tradición jurídica anglosajona), mientras que para el resto, el cumplimiento específico es reclamable por el acreedor. Curiosamente la práctica jurisprudencial no es tan divergente entre los países de derecho continental y anglosajón: se deniega en los supuestos en que el cumplimiento específico es imposible o desproporcionadamente oneroso para el deudor respecto al beneficio obtenido por el comprador, y se concede en los casos en que los bienes debidos sean fácilmente sustituibles¹⁶⁶.

La exigencia de uniformidad en la redacción generó problemas en la fase de negociación y conclusión de la CCIM, pero estos se agravan sobre todo en la aplicación.

En este sentido se deben diferenciar distintos supuestos de no-uniformidad¹⁶⁷: los pretendidos por el "legislador internacional", como las reservas o el artículo 4; los no pretendidos, como las incompatibilidades en las traducciones entre versiones oficiales; los conflictos de calificaciones y las materias de orden público; y las cuestiones no resueltas por falta de acuerdo que desemboca en una redacción de compromiso, como el artículo 25, objeto de este trabajo, que no determina el momento de previsibilidad del perjuicio, que se deja a modo de experimento, a la decisión de los tribunales.

La existencia de reservas por parte de diferentes países, a pesar de que estas reservas se limiten a cinco, las de los artículos 92, 93, 94, 95, 96 y 97¹⁶⁸, constituyen un mal necesario e inevitable. Se trata de un supuesto de no uniformidad pretendido por el legislador internacional para favorecer una general

¹⁶⁶ CATALANO, John M. "More Fiction than Fact: The Perceived Differences in the Application of Specific Performance under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Tulane Law Review*, Vol.71, año 1997, p.1807-1834.

¹⁶⁷FLECHTNER, Harry M. "The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol. 17, 1998, p. 206-207.

¹⁶⁸FLECHTNER, Harry M. "The Several Texts of the CISG ...p.193-198.

aceptación de la CCIM, es decir, la consecución de un mínimo común regulador. No obstante, constituye un factor en cierto modo desintegrador el que 24 de los 57 países en los que la CCIM está en vigor hayan realizado alguna reserva.

También inevitable es la existencia de materias excluidas por el artículo 4, como la validez; de materias de exclusión parcial como el cumplimiento específico del artículo 28; y materias intencionalmente no reguladas y de dudosa interpretación uniforme como la tasa de interés¹⁶⁹ o el concepto de normas de derecho internacional privado¹⁷⁰.

Respecto al conflicto de calificaciones, el carácter uniforme de la aplicación de la CCIM impide la aplicación de la ley del foro o de la ley que la norma de conflicto del foro determine, sino que debe aplicarse la CCIM¹⁷¹.

En cuanto a las diferentes versiones oficiales y la resolución jurisprudencial de problemas no resueltos en la CCIM, debe evitarse el llamado "*homeward trend*" o tendencia de los jueces a interpretar la CCIM con los conceptos propios de su

¹⁶⁹ Existe una verdadera desarmonía a la hora de calcular el tipo de interés aplicable, la jurisprudencia internacional ha aplicado para su determinación tanto la ley del acreedor, como los principios generales de la CCIM, como los Principios UNIDROIT, como la ley aplicable por las normas de derecho internacional privado del tribunal, etc. BEHR, Volker. "The Sales Convention in Europe: From Problems in Drafting to Problems in Practice", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol.17, 1998, p.263-299.

¹⁷⁰ Se trata de un concepto esencial en la determinación del ámbito de aplicación de la CCIM, así como en el sistema de integración de sus lagunas. La existencia de ordenamientos jurídicos que reconocen el reenvío frente a otros que lo excluyen, puede dar lugar a conclusiones distintas para supuestos similares. Un ejemplo de aplicación de la doctrina del reenvío en compraventa internacional es el laudo de la Bezirksgericht für Handelssachen Wien, de 20 de febrero de 1992 (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1992, p.239. Defiende la calificación nacionalística del concepto de derecho internacional privado FERRARI, Franco. "Brevi considerazioni critiche in materia di interpretazione autonoma de applicazione uniforme della Convenzione di Vienna", en *Riv. dir. civ.* 1998, p. 86-90.

¹⁷¹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, "Artículo 7" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.p.108.

ordenamiento jurídico¹⁷². En estos casos, la interpretación internacional y la uniformidad en la aplicación obligan a tener en cuenta los laudos arbitrales y las resoluciones dictadas por jueces extranjeros en casos similares. Esta obligación de tener en cuenta dichas resoluciones no implica que tengan un efecto vinculante, pero sí, al menos un efecto persuasivo¹⁷³. Por lo tanto, la exigencia expresa de uniformidad en la aplicación, resulta como mínimo útil para que los jueces tengan en consideración los criterios de árbitros y jueces nacionales y extranjeros.

En la práctica sí se ha observado una tendencia a la unificación de criterios en temas como la calificación de razonabilidad del plazo de examen de la mercadería por parte del comprador regulado en el artículo 39¹⁷⁴, o en la determinación del momento a tener en cuenta para determinar la previsibilidad del perjuicio en la definición de la esencialidad del incumplimiento¹⁷⁵.

La existencia de todas estas tendencias centrífugas en la interpretación de la CCIM explica la redacción del artículo 7.1: el mandato es el de "promover la uniformidad". No se trata de un mandato absoluto, sino que debe tener en cuenta otros factores: la internacionalidad, y la buena fe en el comercio internacional, así como tener siempre presente los fines últimos de la CCIM contenidos en su Preámbulo.

¹⁷²FLECHTNER, Harry M. "The Several Texts of the CISG ...p. 200-204.

¹⁷³ZHANG, Yuqing. *Uniform Commercial Law in the Twenty-First Century. Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on the International Trade Law. New York, 18-22 May 1992.* New York, 1995. p. 41-47.

¹⁷⁴ ANDERSEN, Camilla Baasch. " Reasonable Time in Article 39(1) of the CISG- Is Article 39(1) Truly an Uniform Provision?", en *Review of the CISG*, 1998, p. 63-176.

¹⁷⁵ En este sentido la jurisprudencia francesa atiende al momento en que se pactó la entrega. Sentencia de la Cour d'Appel de Grenoble de 4 de febrero de 1999 <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/040299v.htm>

Por otra parte, romper la uniformidad no es necesariamente contrario a la CCIM, ya que si la decisión está suficientemente razonada, puede servir para poner de manifiesto una falta de justicia en la jurisprudencia considerada hasta el momento, al menos para el caso enjuiciado¹⁷⁶.

Respecto al ordenamiento interno español, la uniformidad obliga a la reconsideración del valor de la jurisprudencia extranjera. Frente a la postura de interpretación transnacional y transtemporal adoptada por los codificadores franceses, y posteriormente por los alemanes¹⁷⁷, el Código Civil español no hace especial referencia a un método transnacional en la interpretación de las normas en su artículo 3¹⁷⁸, y adopta un criterio restrictivo del concepto de jurisprudencia, al limitar esta a la emanada del Tribunal Supremo, conforme al artículo 1.6 del Código Civil. Este criterio no se altera substantivamente por el artículo 7, pero sí se relativiza, desde el momento en que todo tribunal deberá tener en cuenta la jurisprudencia internacional sobre la CCIM para garantizar la uniformidad de su aplicación.

¹⁷⁶ Este argumento ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia en el caso *Medical Marketing International, Inc. versus Internazionale Medico Scientifica, S.R.L.* (1999 U.S. Dist. LEXIS 7380), en la que se manifiesta expresamente que los jueces estudiaron detenidamente la sentencia del Bundesgerichtshof, de 8 de marzo de 1995 (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1995, p.595-597), con lo que cumplieron con el mandato del artículo 7 de la CCIM, aunque discreparan respecto de sus conclusiones.

¹⁷⁷ GORDLEY, James. "Comparative Legal Research: Its Function in the Development of the Harmonized Law", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol.XLIII, 1995, Num.4, p.555-567.

¹⁷⁸ A pesar de que el derecho extranjero sí se hubiera tenido en cuenta durante la codificación, siguiendo el mandato de la Base 1ª de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888, de autorización al Gobierno español para la redacción de un Código Civil.

3.3. BUENA FE

Según el artículo 31 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre la Ley de Tratados, los Tratados internacionales deben interpretarse de buena fe. No obstante, el concepto de buena fe al que se refiere el artículo 7 no es el mismo. En este caso se entiende por buena fe el principio jurídico que los redactores de la CCIM tomaron de diversos ordenamientos nacionales y que se manifiesta en varios artículos, aunque aquí lo hace como principio general.

La introducción de este principio como criterio interpretativo de la CCIM fue fruto de una larga controversia.

En el Proyecto de Formación se había incorporado el concepto de buena fe: Durante la Octava Sesión el representante de Hungría sometió dos párrafos al Grupo de Trabajo, a los que se les añadió otro por el representante de la República Democrática de Alemania: "*I. In the course of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith.[Conduct violating these principles is devoid of any legal proteccion]. II. The exclusion of liability for damage caused intentionally or with gross negligence is void. III. In case a party violates the duties of care customary in the preparation and formation of a contract of sale, the other party may claim compensation for the costs borne by it*"¹⁷⁹. Aunque la mayor parte del Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en incluir la buena fe en el Proyecto, se criticaron los textos propuestos: I. Se consideró vago e inútil. Supone la incorporación de un estándar de conducta deseable en los procesos de formación de los contratos, que se determinará con la práctica judicial. Se adoptó la primera parte del párrafo eliminando "*the*" a *principles*, por la dificultad de enumerar dichos principios. II. Se rechazó por falta de consenso, unos alegaban la conveniencia del límite a estas cláusulas de exclusión de responsabilidad que de hecho se recogen en muchos países, en contra se alegaba que "*gross negligence*" es susceptible de variadas definiciones, lo que causaría incertidumbre en la aplicación, que la Convención para la

¹⁷⁹Documento A/CN.9/142, en *Yearbook UNCITRAL*, 1978, Vol.IX, New York, 1979, p.66-67.

unificación de ciertas reglas de *Bills of Lading* (Bruselas 1924) permitían exenciones de responsabilidad en casos de daños intencionados, que perjudicaría una amplia ratificación de la Convención, que si bien la limitación es admisible en transacciones de consumo, es menos adecuada para transacciones comerciales, donde la exención de responsabilidad se contrarresta con un precio más bajo para el comprador, y que iría contra el principio de autonomía de la voluntad. III. Se alegó que antes de la perfección del contrato las partes tenían deberes y responsabilidades entre sí. La propuesta los reconocía y proponía compensación por su violación. El hecho de que el contrato todavía no existiera justificaba que solamente se pudieran reclamar la recuperación de los costes pero no daños como el lucro cesante, aunque se sugirió la posibilidad de recuperar todos los daños. Se rechazó por ser vaga y perjudicial para una amplia ratificación. Finalmente, se decidió incluir en el Proyecto de Formación el siguiente texto: "*In the course of the formation of the contract the parties must observe the principles of fair dealing and act in good faith.*"

El Informe de la Secretaría General a la incorporación del Proyecto de Formación de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías al Proyecto de Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁸⁰ recomendaba que se mantuviera exclusivamente en la Parte de Formación.

La Comisión en su Undécima Sesión revisó el Proyecto de Convención sobre Formación elaborado por el Grupo de Trabajo. El principio de buena fe fue objeto de un largo debate¹⁸¹:

Argumentos en contra de su inclusión:

- aunque todos están de acuerdo en que debe existir buena fe en las negociaciones, el texto lo recoge como una mera exhortación moral.

¹⁸⁰Documento A/CN.9/145, en *Yearbook UNCITRAL, 1978, Vol.IX*, New York, 1979, p.124, también en HONNOLD, John. *Documentary History ...*361.

¹⁸¹Documento A/33/17, en *Yearbook UNCITRAL, 1978, Vol.IX*, New York, 1979, p.35-36, también en HONNOLD, John. *Documentary History ...*369-370.

- si se pretende elevar el principio moral a obligación legal habrá que determinar como se aplicará en las transacciones particulares.
- es improbable que se desarrolle una casuística coherente, desde el momento en que los tribunales nacionales se verán influenciados por sus propias tradiciones legales y sociales. Lo que generará incertidumbre en el comercio internacional.
- es innecesario incluirlo ya que actuar con buena fe es un requisito implícito en todos los sistemas legales en su regulación de la actividad mercantil.
- la redacción aceptaba la obligación pero no imponía sanciones, que se regularían conforme a los derechos nacionales, lo que haría imposible la unificación.
- el lugar de tratar las consecuencias de la violación del principio de buena fe no es una Convención sobre la formación del contrato sino una Convención sobre la validez.

A favor del principio de buena fe:

- es un principio universalmente reconocido.
- muchos códigos nacionales contienen reglas referentes al mismo que han resultado útiles para regular la actividad mercantil.
- incluirlo favorecería la extensión del reconocimiento de una norma de conducta ampliamente reconocida.
- eliminarlo supondría una crítica a la Comisión por oponerse a tales principios cuando está claro que una norma de este tipo es necesaria en el comercio internacional, en especial en relación con los países en desarrollo.
- en derecho internacional público se reconoce el principio de buena fe, p. ej. la Carta de las Naciones Unidas.
- establecer las consecuencias de su violación sería útil, pero no es necesario, ya que además permitirá a los Tribunales tenerlo en cuenta de una forma flexible atendiendo a los hechos particulares de cada caso. La progresiva creación de un case law reducirá incertidumbres.
- incluso sin sanciones, el artículo es útil, ya que llama la atención a las partes y al tribunal sobre el hecho de que altos niveles de comportamiento se requieren en las transacciones internacionales.

- adoptarlo se considera una modesta aportación a los principios del Nuevo Orden Económico Internacional y puede tener efecto práctico en reducir prácticas comerciales discriminatorias, en especial si se incluye en la Convention of Sales (como así ocurrió).

Se criticó el concepto de "*fair dealing*" por representantes que apoyaban el artículo ya que dicho concepto podría referirse a los estándares corrientes de las prácticas comerciales internacionales que desde el punto de vista de los países en desarrollo distaban mucho de ser justas. Apoyaban que se eliminara "*fair dealing*" para evitar elevar dichas conductas a normas legales reconocidas. Menos críticas ofrece la versión francesa de "*loyauté commerciale*". Se propuso como alternativa "*international cooperation*", que no suponía asumir los estándares de comercio internacional actuales a la hora de enjuiciar una transacción internacional. Este término sería asumible en Convenios de derecho internacional público. Además aclara que las concepciones de derecho nacional sobre la buena fe no tenían porqué ser las más adecuadas en el comercio internacional, sino que tendrían que ser evaluadas por la corte para saber si son o no apropiadas en el caso concreto, teniendo en cuenta el respeto al principio de la cooperación internacional. Se trata de un concepto ya incluido en las transacciones entre países socialistas que se basa en la necesidad de que las partes cooperen para superar las dificultades. La obligación de mitigar los daños es una manifestación de este principio ya recogida en la Convención de Venta. Sin embargo muchos representantes se opusieron, ya que es factible que un tribunal mediante testimonios expertos pueda determinar lo que es "fair dealing", mientras que aprehender si una transacción ha cumplido con los estándares de la cooperación internacional es difícil, ya que no se determina el ámbito ni los efectos de la obligación de actuar conforme a dicho principio.

Se planteó que era necesaria una solución de compromiso. Se propusieron varias. Ninguna entendió que la falta de sanciones supusiera un obstáculo. Las propuestas fueron:

- incluir el principio de buena fe en el Preámbulo. Se criticó que eso la dejaría sin efecto.

- incluirla en el artículo sobre la interpretación de las declaraciones y el comportamiento de las partes. Se criticó que el principio no se refería a la intención de las partes sino que buscaba establecer un estándar de comportamiento al que las partes debían ajustarse.

- incluirla en un artículo referente a la interpretación y aplicación de los artículos de la Convención. Fue la más apoyada, pero se le criticó que no era adecuado dirigir el requisito de la buena fe a los tribunales más que a las partes.

Se creó un Grupo de Trabajo que propuso un artículo basado en el Proyecto de la Ley Uniforme de Compraventa: "In the interpretation and application of the provisions of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity and to observe good faith in international trade".

En la explicación se distinguieron dos partes del artículo:

- la primera que buscaba requerir a los árbitros y tribunales promover la uniformidad de la interpretación.

- la segunda que pretendía llamar la atención a los árbitros y tribunales para que en la resolución de las disputas tuvieran en consideración que los actos y las omisiones de las partes deben ser interpretados a la luz del principio de la buena fe en el comercio internacional. Aplicando esta regla tanto a la formación como a las reglas de la venta.

Seguidamente se formularon las propuestas de mantenimiento de la anterior redacción, o bien de su desaparición. Se optó por mantener esta redacción como compromiso.

Las críticas fueron:

- que la redacción no dejaba claro si la necesidad de buena fe se dirigía también a las partes.

- que la redacción no aclaraba si la necesidad era promover la uniformidad de la interpretación o la uniformidad en el comercio internacional.

- que las leyes de algunos países no permitían que el legislador instruyera a los jueces sobre la manera de interpretar los textos legales.

- que la exigencia de promover la uniformidad debería dirigirse a los Estados y no a los jueces, ya que se contiene en una norma de derecho internacional público.

No obstante se admitió que se dirigiera a los jueces por ser estos los que dirimen los litigios entre las partes de una transacción internacional.

La decisión final fue la de unificar la redacción en lo que fue el artículo 6 del proyecto de 1978: " In the interpretation and application of the provisions of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity and the observance of good faith in international trade".

Finalmente el texto del Proyecto aprobado por la Comisión en 1978 establecía: "*Article 6. Dans l'interprétation et application des dispositions de la présente Convention, il sera tenu en compte de son caractère international, de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité et d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international*"¹⁸².

El Comentario de la Secretaría destacaba que los antecedentes del artículo eran el artículo 17 de LUCI y el artículo 7 de la Convención sobre prescripción. Señala que la pretensión última es evitar que los tribunales nacionales interpreten la Convención basándose en el sistema jurídico de su propio país, evitar las diferentes ópticas y concepciones que puedan llevar a interpretaciones divergentes. Por lo que subraya "*q'il importe, pour l'interprétation et l'application des dispositions de la Convention, de tenir dument en compte de son caratère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité*". También que las disposiciones de la Convención sean interpretadas y aplicadas "*de manière à promouvoir le respect de la bonne foi dans le commerce international*". Indica que existen numerosas aplicaciones de este principio en la Convención, (actuales artículos 16, 21, 29, 37, 48, 40, 49, 64, 82, y 85 a 89). No obstante especifica que

¹⁸²Document A/CONF.97/5, en *Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises. Vienne, 10 mars - 11 avril 1980. Documents Officiels. Documents de la Conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales*. Nations Unies, New York, 1981.p.18-19.

el principio de buena fe no se limita a estos artículo sino que se aplica a todos los aspectos de la interpretación y aplicación de la Convención.

El Proyecto fue objeto de observaciones y proposiciones por parte de los gobiernos y las organizaciones internacionales¹⁸³. Los Estados Unidos estaban conformes por la redacción de compromiso, aunque manifiestan la necesidad de una nueva redacción que aclare que no se impone el respeto a la buena fe. Yugoslavia entendía que la buena fe y la lealtad negocial deberían recogerse expresamente en otro artículo separado. La Cámara de Comercio Internacional alegó que debía eliminarse toda referencia a la buena fe, y que, en todo caso debería redactarse de nuevo para excluir cualquier interpretación de dicho concepto que derogara las condiciones del contrato.

El Primer Comité de la Conferencia analizó el artículo en su Quinta Sesión, el 13 de marzo de 1980¹⁸⁴, las propuestas de enmienda presentadas por Bulgaria, Italia, Checoslovaquia, Noruega, Francia y Estados Unidos¹⁸⁵.

Una propuesta italiana incluía el principio de buena fe en un artículo separado, y hacía referencia a la "cooperación internacional" para que solamente se admitieran los aspectos de la buena fe internacionalmente aceptables.

La propuesta noruega la incluía en el artículo sobre la interpretación del contrato. Alegando que su situación en el artículo 6 no aclaraba cómo debía interpretarse la buena fe conforme a las reglas generales del derecho. Por ejemplo: podía significar que en el caso de que una la interpretación de una

¹⁸³Document A/CONF.97/9, en *Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises...* Nations Unies, New York, 1981.p.79.

¹⁸⁴Documento A/CONF.97/C.1/SR.5, en *Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises...* Nations Unies, New York, 1981.p.254. También en HONNOLD, John. *Documentary History ...*475.

¹⁸⁵Informe de la Primera Comisión. Documento A/CONF.97/11, en *Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises...* Nations Unies, New York, 1981.p.94-95.

disposición de la CCIM fuera en contra de la buena fe del comercio internacional, no sería aplicada. En realidad, el lugar de la buena fe debía ser el de la interpretación de la voluntad de las partes. Se opuso a la referencia a la cooperación internacional puesto que las partes de un contrato en su contrato no tienen el deber de promover la cooperación internacional.

El representante de Corea expresó que la buena fe tiene tres campos posibles de aplicación en el comercio internacional: la interpretación y aplicación de las normas de la CCIM, la determinación de la intención de las partes y las relaciones entre las partes. En su opinión el principio recogido en la Convención debería limitarse a este campo.

Suecia recordó que el texto es fruto del compromiso del Grupo de Trabajo.

Los representantes anglosajones alegaron que aunque es deseable que las partes actúen de buena fe en la formación y ejecución del contrato, la inclusión del principio fuera de la interpretación de los tribunales no es oportuna dado que no se precisa el contenido del principio. ¿ Es el concepto de buena fe de todos los países contratantes de la CCIM o solamente el de los países de las partes afectadas por el contrato concreto? ¿ y si en estos países los conceptos de buena fe son contradictorios?. Por otra parte la propuesta italiana se establecía en términos imperativos pero sin sanción.

Estados Unidos propuso mantener el texto del Proyecto por ser un compromiso útil. Dada la existencia de una incertidumbre respecto al concepto de buena fe en un contexto internacional, la propuesta italiana era incierta y peligrosa.

La República Democrática Alemana propuso mantener el texto ya que la mención de la buena fe permite una cierta flexibilidad en la interpretación de las disposiciones para facilitar el comercio internacional.

Brasil alegó que la buena fe era uno de los principios básicos del derecho y está implícito en toda transacción jurídica, por lo que era inútil mencionarlo expresamente en el artículo sobre la interpretación del contrato.

Se rechazaron las propuestas de modificación.

En la Sesión 35 se aceptó la redacción del artículo con la inclusión del párrafo segundo¹⁸⁶.

A modo de resumen se puede decir que el principio de buena fe se previó en principio solamente para las declaraciones de voluntad de las partes, y a su comportamiento. Pero posteriormente, por presión de los países anglosajones, fue trasladado al artículo sobre interpretación de la CCIM. Es una solución de compromiso que implica que el principio de buena fe solamente puede ser útil en la interpretación de los preceptos de la CCIM por parte de los jueces y árbitros.

En este sentido, la interpretación conforme a la buena fe, supondría que los jueces deben hacer uso de ella para evitar que la aplicación de una norma lleve a resultados injustos, entendiendo como tales los que sean contrarios a la finalidad última de la CCIM, como los que constan en su Preámbulo. Por ejemplo, aunque exista motivo de resolución como consecuencia de un incumplimiento esencial, cabe que en virtud de la buena fe y en situaciones especiales, sea necesario además conceder un plazo suplementario y breve que dé al incumplidor la oportunidad de cumplir con su obligación¹⁸⁷.

Esta solución sigue generando cierta polémica doctrinal, ya que la tendencia marcada por los países de derecho continental, y seguida por parte de la doctrina anglosajona es la de incluir la buena fe como principio general deducido de la regulación de la CCIM. Entienden que el mandato de la buena fe va dirigido también a las partes y que de él pueden derivarse obligaciones para los particulares. En este sentido la buena fe consistiría en la interpretación que de la CCIM haría una persona razonable. Según estos, los usos y acuerdos de las partes contrarios a la buena fe no deberían ser tenidos en cuenta.

¹⁸⁶Informe del Comité de Redacción sobre los artículos de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías que fueron enviados por la Primera Comisión (artículo 1 a 17) Documento A/CONF.97/C.1/L.248 et Corr., en *Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises...* Nations Unies, New York, 1981.p. 447.

¹⁸⁷NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. *La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises...*p.102.

La aproximación al concepto de buena fe recogida en el artículo 7 de la CCIM fue criticada por ser demasiado vaga, lo que llevaría a interpretaciones divergentes de la CCIM ante las diversas interpretaciones nacionales. Para concretarlo se ha hecho uso de la facultad de acudir a ciertas interpretaciones nacionales de las que los conceptos jurídicos fueron tomados¹⁸⁸. Así, algunos autores han entendido que el principio de buena fe podría considerarse como uno de los principios generales de la CCIM, similar al artículo 242 del BGB¹⁸⁹. No obstante, este método de concreción del principio debe ser utilizado con mucho cuidado. Se debe entender que este principio debe ser considerado como de contenido distinto a las diversas interpretaciones nacionales, integrando así un concepto autónomo de buena fe en el comercio internacional, que solamente tomará conceptos nacionales en tanto en cuanto estas sean generalmente aceptadas en derecho comparado. La interpretación del principio debe hacerse de acuerdo con las condiciones del comercio internacional, distinguiendo los contratos entre comerciantes de los realizados con consumidores. Las relaciones entre los comerciantes la buena fe no exigen la protección a la parte más débil, pero sí el cumplimiento de determinados estándares. No obstante esto, que es cierto en el ámbito de derecho interno, debe ser matizado en derecho internacional, ya que muchas veces el poder de las partes es desigual, (en especial cuando una de las partes pertenece a un país en vías de desarrollo, y el otro a un país desarrollado). Se debe recordar que en Preámbulo se habla de igualdad y beneficio mutuo¹⁹⁰.

¹⁸⁸CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, "Artículo 7" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario ...p.110.

¹⁸⁹HERBER, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Tra. Thomas, Geoffrey. Oxford University Press, New York, 1998, p.61. n.7.

¹⁹⁰BONELL, "Article 7. Interpretation", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention. Milano, 1987*, p. 84-88.

La consecuencia de adoptar un concepto más o menos restrictivo de la buena fe es importante. Si se adopta un criterio débil, no deja de ser una mera norma moralizante. Si se adopta un concepto en el que la buena fe vincule no solamente a los Tribunales, sino también a las partes, puede dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios pero limitada a la fase de cumplimiento del contrato. Si se adopta un criterio similar al concepto de *Treu und Glauben*, se consagraría la teoría de la *culpa in contrahendo*, pudiendo demandarse los daños y perjuicios causados en la fase precontractual¹⁹¹. Este último supuesto no debe ser admitido, pues supondría imponer a las partes obligaciones adicionales, no contenidas en el ámbito de la CCIM *ratione materiae*¹⁹², y llevaría el concepto de buena fe del artículo 7.1 mucho más allá de la pretensión del legislador internacional, que lo incluyó en este artículo como criterio interpretativo de los jueces y árbitros y no como generador de obligaciones de las partes.

La teoría más razonable es la de entender que el principio de buena fe es un principio general, con el contenido que se deduce de un estudio sistemático de la CCIM. Existen numerosos artículos que hacen referencia al mismo: artículo 16.2.b, 21.2, 29.2, 37, 48, 40, 38, 39, 49.2, 64.2, 82, 85 y 88. Por ello, puede ser considerado uno de los principios generales a los que se refiere el párrafo segundo del artículo 7. Todo ello sin perjuicio de que el mandato de interpretar conforme al principio de buena fe se dirija también a los jueces y árbitros.

En definitiva, la defectuosa resolución del problema de la conceptualización de la CCIM, que se aplazó con una solución de compromiso, no aclaró si se trata de un mero criterio interpretativo o si se puede considerar además un principio

¹⁹¹ La responsabilidad precontractual es de difícil exigibilidad al amparo del concepto de buena fe del artículo 7.1. No obstante, sí cabría su admisibilidad al amparo del artículo 8 de la CCIM siempre que las partes se hubieren vinculado mediante contratos preliminares. GODERRE, Diane Madeleine. "International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention", en *University of Cincinnati Law Review*, 1997, Vol.66, n° 1, p.257-281.

¹⁹²FERRARI, Franco. "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law", en *Essays on European Law and Israel*, 1996, p.541.

general rector de la conducta de las partes, deducido por *analogia iuris* de diversos artículo de la CCIM que recogen este concepto. La solución a este problema no puede ser la de acudir a los diferentes (y no claramente asentados¹⁹³) conceptos de buena fe de cada uno de los derechos nacionales.

En todo caso, el concepto de buena fe de la CCIM es un concepto jurídico indeterminado que la jurisprudencia debe delimitar. Los tribunales tienden a limitar su aplicación a la fase de ejecución del contrato. Es la solución más adaptada a la internacionalidad y uniformidad de la aplicación de la CCIM. Si bien en los ordenamientos continentales el principio de buena fe ha sido admitido en la fase de formación del contrato¹⁹⁴, en los ordenamientos anglosajones se acepta tal principio en casos puntuales, y siempre en la fase de ejecución del contrato¹⁹⁵.

Son varias las decisiones que han tratado de la buena fe, definido desde un punto de vista autónomo:

¹⁹³En derecho francés, la buena fe es un concepto en expansión, carente de una definición concreta. Se trata más bien de una serie de reglas morales que los contratantes deben respetar, como la lealtad o el comportamiento razonable. TALLON, Denis. "Le concept de bonne foi en droit français du contrat". *Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero*. Rome 1994, No. 15. El ámbito de aplicación de la buena fe en el ordenamiento jurídico alemán supera el ámbito contractual, llegando a contradecir preceptos concretos del Código Civil. SCHLECHTRIEM, Peter. "Good faith in German Law and in International Uniform Laws", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*. Rome 1997. n° 24. p. 1-21.

¹⁹⁴TALLON / HARRIS. *Le contrat aujourd'hui: Comparaisons franco-anglaises*. Paris. 1987. p. 208.

¹⁹⁵Dentro de los derechos anglosajones existen diferentes grados de aceptación de la buena fe. El más restrictivo es el del derecho inglés, que sólo lo acepta en casos puntuales de protección a la parte más débil. GOODE, Royston M. "The Concept of "Good Faith" in English Law", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*. Rome 1992, No. 2; mientras que el más amplio es el de Estados Unidos, que llega a admitir casos de culpa in contrahendo. FANWORTH, E Allan. "Goodfaith in Contract Performance", en *Good Faith and Fault in Contract Law*, Claredon Press, Oxford, 1997, p. 153-170.

El caso *Renard Constructions Pty Ltd. versus Minister for Public Works*, resuelto por la *Court of Appeal of New South Wales* en Australia, el 12 de marzo de 1992¹⁹⁶, hace una breve mención de la CCIM como apoyo a la argumentación del juez de que el principio de buena fe se halla internacionalmente reconocido. No obstante, para la concreción de su contenido acude al concepto de buena fe del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos, dadas las similitudes económicas y sociales entre ambos países y que ambos pertenecen a la familia del Common Law.

El laudo de la China International Economic and Trade Arbitration Commission, de 27 de febrero de 1993¹⁹⁷, se refiere a la buena fe en un caso de derecho interno, en que la CCIM se toma en cuenta al haber sido fuente inspiradora de la ley china de comercio internacional. Las partes celebran dos contratos de compraventa. Ambos coinciden en calidad y cantidad de mercaderías y forma de entrega. Las diferencias entre ambos son que el segundo recoge un precio inferior al primero, para evadir tasas de aduana, y que en el primero existe una condición suspensiva del contrato, que se cumplirá sólo si un usuario final compra dicho producto, realizando el pago del 50% del precio, por anticipado. La Comisión de Arbitraje entiende que existe mala fe por ambas partes, por lo que anula el segundo contrato, que se hizo solamente para evadir las tasas de aduana. La condición impuesta en el primer contrato es válida, y no se cumplió, por lo que el contrato no es exigible. Sin embargo se condena a las partes al pago de las tasas que les hubiese correspondido de ser válido el contrato, dada su actuación de mala fe.

La sentencia del Oberlandesgericht Hamm, de 8 de febrero de 1995¹⁹⁸ aplica el principio de la buena fe al dar eficacia a una declaración emitida en idiomas distintos a las de las partes y al

¹⁹⁶ *Renard Constructions Pty Ltd. versus Minister for Public Works*, Court of Appeal of New South Wales, (Australia). Sentencia de 12 de marzo de 1992, en *NSWLR*, 1992, N °26, p. 234-283. Es un pleito referente a un contrato de construcción. Se rige por la ley Australiana, aunque existe una referencia obiter dicta a la CCIM.

¹⁹⁷ China International Economic and Trade Arbitration Commission, laudo de 27 de febrero de 1993. *CIETAC Awards*. 1995. N °74. p.304-308. Se rige por la ley china, que está directamente inspirada en la CCIM.

¹⁹⁸ Sentencia del Oberlandesgericht Hamm de 8 de febrero de 1995 *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1996, p. 197-199. Un vendedor italiano y un comprador alemán pactan la compraventa de calcetines. El contrato se redacta en italiano. El vendedor notifica al comprador la transmisión de su crédito contra él al banco, notificación redactada en inglés y en francés. El vendedor quiebra y el comprador no paga al banco, por lo que este entabla acción para reclamar el precio. El comprador alega su desconocimiento de los idiomas en que se redactó la notificación. El tribunal decidió dar validez a la notificación ya que son idiomas usuales en el tráfico

de redacción del contrato, pero usuales en el tráfico mercantil de que se trataba y de accesible traducción.

La sentencia de la Court d'appel de Grenoble, de 22 de febrero de 1995¹⁹⁹, en el caso S.A.R.L. Bri Production "Bonaventure" versus Société Pan Africa Export, reconoce una compensación económica a favor de la empresa que ha sufrido la actuación de mala fe de la contraparte. En este caso, el incumplimiento de mala fe de la cláusula de distribución restringida a una zona determinada.

El dictamen de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COPROMEX), de 30 de noviembre de 1998, sobre el caso Dulces Luisi, SA de CV contra Seoul International CO. LTD. y Seoulia Confectionery CO²⁰⁰. Aplica el principio de buena fe y lealtad

mercantil del sector, y que una persona razonable habría reclamado explicaciones de la misma, o la habría hecho traducir.

¹⁹⁹ Primera instancia: Tribunal Commercial de Grenoble, 14 de mayo de 1993. Segunda instancia: Sentencia de la Court d'appel de Grenoble de 22 de febrero de 1995. *Journal du Droit International*, 1995, p.632-639. Un vendedor francés, fabricante de pantalones vaqueros, concluye un contrato de venta con un comprador cuyo establecimiento está en Estados Unidos. Se especificó que los pantalones debían ser revendidos en Sudamérica y África. Tanto en las negociaciones previas, como en la celebración del contrato, el vendedor insistió en que se le presentara una prueba del lugar de reventa de dichas mercaderías. Se demostró que el destino era España, lugar en el que la empresa francesa utilizaba la misma marca para productos de mejor calidad.

Por ello, el vendedor decidió no realizar posteriores entregas y resolvió el contrato por incumplimiento esencial del comprador en lo referente a entregas posteriores.

Finalmente condenó a la empresa estadounidense al pago de una indemnización de daños y perjuicios por haber actuado de mala fe y obligar a la empresa francesa a incoar un proceso judicial para el cumplimiento de lo pactado.

²⁰⁰ Dictamen de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COPROMEX) de 30 de noviembre de 1998, sobre el caso Dulces Luisi, SA de CV contra Seoul International CO. LTD. y Seoulia Confectionery CO, en *Diario Oficial*, Viernes 29 de enero de 1998, Primera Sección, p.69-74. Las empresas entablan relaciones comerciales a partir de la Feria Internacional de los Dulces en Alemania. Las empresas coreanas realizaron un dos pedidos que se pagaron con cartas de crédito y sin problemas. En los siguientes pedidos, ya importantes, las empresas coreanas se comprometieron a pagar igualmente mediante cartas de crédito confirmadas e irrevocables, días después de la fecha del conocimiento de embarque. Dulces Luisi inició la producción antes de recibir las cartas de crédito, siguiendo las instrucciones de las empresas coreanas. Al recibir las cartas de crédito observó que tenían condiciones diferentes a las pactadas. Las empresas

negocial, tal como se entiende en el comercio internacional, y no en el derecho mexicano. En este caso los compradores, valiéndose de engaños, hicieron caer en error a vendedor, pues no eran ciertos algunos hechos que hicieron valer para que la empresa vendedora enviara las mercancías, a sabiendas de que no era posible hacer efectivas las cartas de crédito con que se instrumentaron los pagos. Se trata además de un supuesto de incumplimiento de la obligación de pago por las empresas compradoras de los productos que recibieron, que respondía a una intención preconcebida por parte de estas. En cuanto a la previsibilidad del resultado, la parte incumplidora no sólo pudo preverlo, sino que además lo deseaba, como se demuestra por su actitud una vez que tuvo el control de las mercaderías. En este caso la actuación faltando a la buena fe, da lugar a una indemnización de daños y perjuicios e influye en la calificación del incumplimiento de la obligación de pago como incumplimiento esencial.

4. MÉTODOS INTERPRETATIVOS

En derecho español, la interpretación se debe realizar conforme a los métodos de interpretación contenidos en el artículo 3 del Código Civil: el gramatical, el sistemático, el histórico, el teleológico y el sociológico. Sin embargo, el rango de Tratado Internacional y el ámbito de la CCIM no permite la aplicación de este artículo a las normas de la Convención, tanto más cuanto esta contiene en su artículo 7 principios que deben ser seguidos tanto para su interpretación como para su integración. Por otra parte, y en consonancia con estos principios, no se pueden extender las soluciones del derecho español a otros derechos cuyos métodos interpretativos no tienen porqué ser los mismos, y aún siéndolos, no tienen porqué tener el mismo peso.

La doctrina ha discutido cuáles son los criterios hermenéuticos en derecho uniforme. Antes de la entrada en vigor de la CCIM, parte de la doctrina internacional, entendía que si la ley uniforme no concretaba cuáles eran dichos

coreanas alegaron que ello era para cumplir formalidades de la legislación coreana, lo que era falso, y se comprometieron a aceptar cualquier discrepancia en las cartas de crédito, mediante documento certificado. Posteriormente las empresas coreanas fueron solicitando aplazamientos del pago, y cuando no se les concedieron más, alegaron la falta de conformidad de las mercaderías con las características reflejadas en los documentos de pago.

criterios, estos deberían determinarse de acuerdo con la ley nacional²⁰¹. La doctrina actual, adoptando una posición más acorde con la intención del “legislador internacional” manifestada en la historia legislativa, opina que la necesidad de interpretación autónoma de la CCIM impone unos métodos hermenéuticos propios, que eviten la posible influencia de los ordenamientos internos, ya que ello llevaría a una interpretación según diferentes claves nacionales, en definitiva, al *forum shopping*²⁰².

En la CCIM no existe norma alguna que haga referencia a los métodos interpretativos, aunque en el artículo 7 sí se establecen los criterios que toda interpretación deberá seguir, y que acabamos de desarrollar: la internacionalidad, la uniformidad en la aplicación de las normas y el principio de buena fe.

Seguidamente se analizan los métodos clásicos de interpretación de derecho internacional y su adecuación a los criterios interpretativos antes mencionados.

4.1. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

La finalidad última de la ley uniforme se deduce de sus orígenes históricos remotos, (los trabajos de UNIDROIT y las LUCI y LUFC)²⁰³, así como de los Trabajos Preparatorios de la Convención.

²⁰¹ CARBONE, S. M. “L’ambito di applicazione de i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, en *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 1980, p.513-531.

²⁰² HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Deventer-Boston, 1991, p.142.

²⁰³ Documento A/CONF.97/5 sobre la Historia del Proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, preparado por la Secretaría, en *Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises...* Nations Unies, New York, 1981.p. 3.

Esta finalidad es el favorecer el intercambio internacional de mercaderías, para lo cual es necesaria la promover la seguridad de los mismos. La elaboración de una Ley Uniforme pretende reducir la inseguridad jurídica que implicaba de facto el sistema de normas de conflicto de derecho internacional privado. Se persigue reducir la necesidad de acudir a las normas de derecho internacional privado, crear un derecho de venta moderno y apropiado para las transacciones internacionales, así como limitar la búsqueda de un foro que implique un derecho más favorable para una de las partes (*forum shopping*).

Pero para lograr una mayor seguridad jurídica no basta con un texto uniforme, sino también una aplicación lo más uniforme posible, para lo que es necesaria una interpretación autónoma caracterizada por la internacionalidad y la uniformidad de sus soluciones. Además, se introdujo un principio "moralizador" en el nuevo sistema jurídico que se pretende implantar: la interpretación acorde con la promoción de la buena fe en el comercio internacional.

La CCIM refleja todos estos principios informadores, que son fines inmediatos de la ley uniforme, en el párrafo primero del artículo 7, que ya se ha analizado. Mientras que los fines mediatos se enumeran en su Preámbulo, que pasamos a estudiar.

41.1. EL PREÁMBULO

La interpretación de la CCIM deberá tener en cuenta los fines últimos a los que sirve y que vienen recogidos en su Preámbulo:

- tener en cuenta los objetivos del nuevo orden económico internacional.
- fomentar las relaciones amistosas entre los Estados.
- desarrollar el comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo.
- tener en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos.
- supresión de los obstáculos jurídicos.

En este sentido la doctrina ya había manifestado que, dado el carácter técnico de la CCIM y la existencia de reglas expresas de interpretación en el artículo 7, el Preámbulo no pasaría de ser más que una mera declaración política²⁰⁴. Esta posición es la que se ha impuesto en la práctica, ya que los principios reflejados por el Preámbulo no se han mencionado expresamente en la jurisprudencia internacional.

No obstante, parte de la doctrina mantiene su carácter directamente vinculante para los Estados, y por lo tanto, su válida utilización como criterios interpretativos de la CCIM. Si bien es cierto que en derecho continental los Preámbulos suelen considerarse meras declaraciones de voluntad sin trascendencia técnica, la fuerza de los mismos es mucho mayor en derecho anglosajón, y, sobre todo en los países socialistas²⁰⁵. Una interpretación internacionalista del Preámbulo obliga a tenerlo en cuenta en la interpretación de la CCIM, pero sobre todo en su integración, dado que los principios generales del Preámbulo deberán ser respetados a la hora de consolidarse jurisprudencialmente los principios que se deduzcan de la Ley Uniforme.

Aunque sea discutible su fuerza vinculante en cuanto a creadora de derechos y deberes a las partes, queda fuera de toda duda su función aclaratoria de la intención de la CCIM.

Precisamente la Convención de las Naciones Unidas de 23 de mayo de 1969, sobre la Ley de Tratados, en su artículo 32.2, así como la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986,

²⁰⁴EVANS, "Preamble", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p.25. ENDERLEIN, Fritz / MASKOW, Dietrich / STARGARDT, Monika. *Kommentar. Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf. Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf. Protokoll zur Änderung der Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf.* Berlin. 1985. p. 32-33.

²⁰⁵ HERBER, Rolf. "Präambel", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu Einheitlichen UN-Kaufrecht.* München. 1995, p.36-37.

asertan que debe tenerse en cuenta el Preámbulo de los Tratados como parte de su contexto a la hora de su interpretación.

4.2. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

La interpretación histórica es uno de los métodos reconocidos expresamente en los trabajos preparatorios como métodos buscados por el "legislador internacional" para la interpretación internacional y uniforme de la CCIM.

Se trata de un método reconocido ampliamente en los sistemas jurídicos codificados, bien sean de tradición latina (Francia) o germánica (Alemania) o mixta (Japón). Es un sistema acorde con la situación política derivada de la división de poderes entendida conforme al derecho continental, en la que el legislador ostenta la potestad de ser fuente material del derecho y el poder judicial se transforma en un intérprete de la norma. En el caso francés procede de la voluntad revolucionaria de romper con la tradición jurídica derivada del sistema absolutista, por lo que el precedente fue rechazado en favor de un sistema racionalizado y estructurado que acabara con el caos normativo y la diversidad de criterios generados por la jurisprudencia. En otros países la codificación obedeció a los mismos principios de racionalización, aunque no necesariamente con el mismo trasfondo político.

No obstante, en derecho anglosajón, no surgió una necesidad de romper con el sistema casuístico, que demostró una relativa uniformidad. En estos sistemas los jueces continúan ostentando la capacidad de crear el derecho juntamente con el legislativo. Es más, la interpretación de las normas dictadas por el legislador se realiza de forma muy restrictiva, atendiendo exclusivamente a la literalidad de los *Statute Law*, o derecho escrito, por otra parte bastante escasa²⁰⁶.

²⁰⁶DERAINS, Yves/ GHESTIN, Jacques. *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Actes du Colloque des 1er et 2ème décembre 1989*. LGDJ. 1990. p.32.

Así, salvo casos excepcionales, como los informes de Hansard sobre la conveniencia de que los debates parlamentarios fueran tomados en consideración por los jueces por su propia iniciativa, por lo general la interpretación en derecho anglosajón ha hecho caso omiso a los antecedentes históricos y legislativos del derecho legislado. Con todo se debe apreciar una novedosa tendencia, al menos en lo referente a la interpretación de Tratados Internacionales multilingües, a partir de la sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Fothergill v. Monarch Airlines*, A.C.1981, p. 251 (H.L.10.7.1981)²⁰⁷. En este caso lord Wilforce entendió que "damage" en el texto inglés equivalía a "avarie" del texto francés de la Convención, lo que le llevó a considerar la doctrina y la jurisprudencia francesa pertinente para la interpretación de las disposiciones de la Convención²⁰⁸. Por otra parte, la propia versión inglesa del Tratado en cuestión en el caso, la Convención de Varsovia sobre responsabilidad de transportistas aéreos, había sido influenciada por la terminología estadounidense, diferente a la inglesa, por lo que una aplicación estricta del concepto inglés también hubiese sido conflictiva²⁰⁹.

Las peculiaridades interpretativas anglosajonas han llevado a indicar algún autor que no conviene sobrestimar la importancia de estos trabajos

²⁰⁷HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention*. Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1982. p. 116 y ss. En un supuesto de interpretación del Convenio de Varsovia sobre responsabilidad de los transportistas aéreos, la Cámara de los Lores entendió que para la interpretación de los Convenios internacionales debían ser tenidos en cuenta los trabajos preparatorios, así como las decisiones de tribunales extranjeros y la doctrina.

²⁰⁸SAMSON, Claude." Exportation de biens et de services: La convention des nations unies sur la vente interationale de marchandises". en *Conférence Meredith Lectures 1993. Les transactions transfrontalières de marchandises*. Faculté de droit, Université McGill. Cowansville, Québec. 1994. p. 48.

²⁰⁹HONNOLD, John O. "Uniform Laws for International Trade: Early "Care and Feeding" for Uniform Growth", en *International Trade and Business Law Journal*, Vol.1, May 1995, p. 4.

preparatorios²¹⁰. Además, la CCIM tiene su propia vida, como cualquier otra ley, que será la que se derive de su aplicación por los tribunales.

La autonomía en la interpretación de la CCIM manifestada por la inclusión de una norma de interpretación en su seno, juntamente con la autonomía dada a la voluntad de las partes, que permite excluir en su relación todo o parte de la CCIM, hace necesario abandonar la interpretación restrictiva de la CCIM. Por lo tanto, también en los países de ámbito anglosajón, habrá que acudir a materiales interpretativos como los trabajos preparatorios. Ello no debe suponer una quiebra de los principios interpretativos de dichos países, ya que, en primer lugar, los criterios interpretativos de la CCIM son autónomos; en segundo lugar, no existen en estos países precedentes suficientes a los que acudir para la interpretación; y en tercer lugar, la tendencia a consultar los trabajos preparatorios a la hora de interpretar tratados internacionales tiene como precedente el caso *Foresthill v. Monarch Airlines*.

Las intenciones originales del legislador internacional son también vinculantes para los Tribunales de los Estados Parte, porque se convirtieron en ley aplicable en virtud de la ratificación de la CCIM²¹¹.

Así pues, tanto la historia de la CCIM como la aplicación práctica de la misma, permite e incluso obliga a indagar en los trabajos preparatorios para conocer el sentido de sus términos pretendido por el "legislador internacional".

Los trabajos a tomar en consideración serán:

- la Conferencia Diplomática. Son los que en un sentido estricto deben entenderse como trabajos preparatorios, en los que los representantes de los países manifiestan sus intenciones. A estos se refiere el artículo 33 de la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los Tratados.

²¹⁰FERRARI, Franco. "Uniform Interpretation... p. 533.

²¹¹DIEDRICH, Frank. "Maintaining uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG", en *Pace International Law Review*, Vol. 8, 1996, p.321.

- las deliberaciones de la Comisión de UNCITRAL y del Grupo de Trabajo, en tanto que dieron lugar al Proyecto de 1978, que fue aceptado por los países como punto de partida inmediato de la Conferencia.
- el Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978, como interpretación quasi auténtica de los artículos no modificados substancialmente durante la Conferencia.
- la LUCI y la LUFC en tanto que fueron el punto de partida de la UNCITRAL para la elaboración del Proyecto de 1978. Dado que en su elaboración no existió la amplia participación de la CCIM, el acudir a estos instrumentos debe realizarse con cautela, en especial si para interpretar su contenido se debe acudir a sus respectivos trabajos preparatorios. En este caso parece adecuado incluir los juicios y opiniones doctrinales derivadas de dichos instrumentos.

En este sentido algunos autores ponen de manifiesto que no cabe acudir a LUCI y LUFC de forma sistemática, desde el momento en que no existe una tradición que implique la existencia de consistencia entre estas leyes y la CCIM, que el legislador internacional de ambas no coincide y que ambas se configuran como sistemas autónomos. Por ello, solamente es admisible la traslación de conceptos o definiciones de un instrumento a otro si el legislador internacional de este último se refirió expresamente al sentido de la Ley Uniforme anterior²¹².

Otros factores a tener en cuenta son los procedimientos internos de cada uno de los países parte para la ratificación, accesión, sucesión o adhesión a la CCIM, así como, en su caso, la ley de incorporación del mismo al ordenamiento jurídico interno. Considerarlo es importante para entender la jurisprudencia de ese país, que debe tenerse en cuenta por los jueces y árbitros de todos los demás países.

No obstante la validez de los trabajos preparatorios debe limitarse en el caso de que conduzca a interpretaciones contrarias a los principios de uniformidad e internacionalidad.

También debe tenerse en cuenta la evolución de la norma, aplicada en la realidad del comercio internacional e interpretada de acuerdo con la buena fe,

²¹²DIEDRICH, FRANK. "Maintaining Uniformity...p. 320.

concepto amoldable a la realidad social en que se aplique. Esta variable se manifiesta en la jurisprudencia internacional que la interpreta.

Además, acudir a los trabajos preparatorios es especialmente problemático. Aunque están publicados oficialmente por la UNCITRAL, que ha establecido un sistema de distribución a precio de coste, el acceso a los materiales no es fácil para un juez de instancia. Además sólo se hallan disponibles en un número determinado de lenguas.

Por otra parte, las decisiones del Grupo de Trabajo se adoptaban por consenso, sin votos formales. Algunas propuestas no eran explícitamente ni aceptadas ni rechazadas, lo que crea dudas sobre el contorno del artículo finalmente adoptado²¹³. En las decisiones de la Comisión y de la Conferencia son más frecuentes las votaciones formales, pero en ocasiones las decisiones no se adoptaron de forma clara, dada la existencia de malentendidos y ambigüedades, consentidas o no, en aras de la consecución de un texto definitivo. Ello implica el peligro de que cuando el texto deriva de una solución de compromiso entre dos posiciones contradictorias, las jurisdicciones de cada uno de los países en su momento enfrentados puedan interpreten la CCIM de forma divergente, conforme a su tradición jurídica²¹⁴.

Si bien es cierto que la falta de concreción de determinados conceptos puede matizarse y solventarse mediante la consulta a los trabajos preparatorios, no es clara su vinculación por partes que no han tenido acceso a los mismos. (Aunque son accesibles en varios idiomas si se solicitan a UNCITRAL, o en diversas publicaciones, o en referencias a los mismos en numerosos comentarios, en ningún caso han sido objeto de publicación oficial).

²¹³HONNOLD, John O. "Uniform Laws for International Trade: Early "Care and Feeding" for Uniform Growth", en *International Trade and Business Law Journal*, Vol.1, May 1995, p. 5.

²¹⁴NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises...p. 98-99.

4.3. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

La interpretación gramatical es básica en la interpretación de las normas de todos los sistemas jurídicos. En especial si aparece que los términos en que se expresa son claros. Ello no implica que una interpretación pueda basarse exclusivamente en este tipo de interpretación, al menos en materia de CCIM.

No es admisible una interpretación exclusivamente literal de la CCIM. El aforismo *in claris no fit interpretatio*, que prohíbe la interpretación de un texto claro, no es aceptable desde el momento en que la justificación del mismo desaparece. La base de esta regla es la doctrina de la soberanía parlamentaria que partiendo de la división de poderes mantenía en el legislador la prerrogativa de crear el derecho²¹⁵.

Tampoco es admisible una interpretación estricta de los preceptos de la CCIM como se realiza en derecho anglosajón. En este derecho la principal fuente normativa es el precedente judicial. La jurisprudencia contiene los principios generales de ordenamiento, mientras que la ley escrita tiene una función correctora de la misma para casos concretos, de ahí que se interprete literal y restrictivamente²¹⁶.

Como se manifiesta en la tramitación de la CCIM, no se dan en esta los mismos presupuestos: el texto final es fruto de numerosos compromisos, que no pueden conocerse con una mera interpretación literal; la existencia de versiones oficiales en diversas lenguas puede dar lugar a conflictos entre versiones oficiales; no existe un acervo de conceptos jurídicos predeterminados por un ordenamiento jurídico concreto, de ahí la tendencia a adoptar términos lo más descriptivos posibles, de tal forma que no tuvieran sentidos preconcebidos en alguno de los idiomas y sistemas jurídicos de los países partes y cuya aplicación no pusiera en

²¹⁵DIEDRICH, FRANK. "Maintaining Uniformity...p. 315.

²¹⁶MANN, F. A. "Uniform statutes in English Law", en *The Law Quarterly Review*, Vol.99, July 1983, p. 376-406.

peligro la uniformidad e internacionalidad interpretativas. Un ejemplo es la transmisión del riesgo, que no se vincula al concepto jurídico de entrega o de propiedad, sino a un concepto físico de puesta en poder de la mercadería.

Para facilitar el acceso a una interpretación adecuada la disposición final de la CCIM establece seis idiomas oficiales en pie de igualdad: inglés, francés, español, árabe, ruso y chino. A ellos se añaden, sin carácter oficial, (discutible respecto de sus propios países), traducciones al alemán, italiano, finlandés, danés, yugoslavo, noruego, sueco y húngaro...²¹⁷.

La existencia de varios textos oficiales puede resultar útil para resolver ambigüedades, ya que los textos se apoyan entre sí. Así, cuando un proyecto planteaba problemas de traducción a las otras lenguas, sonaban las alarmas en las delegaciones de otros sistemas jurídicos y lingüísticos²¹⁸. Una vez aprobados, no se debe abandonar este método de comparación con las demás versiones oficiales, ya que en caso de divergencia entre ellas, también funcionan a modo de alarma, para insistir en otros métodos interpretativos que nos permitan aclarar el sentido exacto del concepto.

No obstante, la existencia de varios textos oficiales genera problemas. La interpretación literal tomada en exclusiva es peligrosa. Es difícil que los seis textos tengan expresiones iguales. Los conceptos que no tienen equivalente legal en otros sistemas son difíciles de traducir. Las estructuras sintácticas son bastante diferentes.

Un ejemplo son las discrepancias que, una vez aprobada la CCIM, se observaron entre los textos inglés y francés, en la Conferencia que los países germano hablantes tuvieron en 1982, para la redacción de la versión alemana, y que se reproducen en el libro de Volken²¹⁹.

²¹⁷HERBER, Rolf/ CZERWENKA, Beate. *Internationales Kaufrecht. UN-Übereinkommen über die Verträge über den internationalen Warenkauf. Kommentar*. Ed. Beck's. München, 1991. p. 12-13.

²¹⁸HONNOLD, John O. "Uniform Laws for International Trade: Early "Care and Feeding" for Uniform Growth", en *International Trade and Business Law Journal*, Vol.1, May 1995, p. 3.

²¹⁹FLECHTNER, Harry M. "The Several Texts of the CISG ...p. 190.

Otro ejemplo es la distinción entre los artículos 72 y 73. Algún autor, acudiendo únicamente a la versión inglesa señalaba una pretendida distinción entre los conceptos de sustancialidad y esencialidad, que, sin embargo, no se daban en la versión francesa en que se identificaba ambos conceptos con el adjetivo "*essentielle*"²²⁰.

Una perfecta interpretación gramatical nos llevaría a la comparación entre todos los textos oficiales, lo que es prácticamente imposible. Pocas serán las personas que conociendo las seis lenguas estén dotadas de la capacidad suficiente como para comprender los matices jurídicos que tengan las palabras empleadas en cada uno de los países en las que dichas lenguas sean oficiales.

Algunos autores afirman que el texto justo será el resultante de comparar la versión francesa y la inglesa, ya que estos fueron los idiomas utilizados en las negociaciones y deliberaciones por los representantes de los Estados Contratantes, por lo que debe presumirse que estas dos versiones son las que representan con mayor exactitud la intención de los representantes en la Conferencia Diplomática²²¹.

Otros autores restringen la interpretación admisible al texto inglés, ya que en este idioma exclusivamente se desarrollaron las negociaciones del Grupo de Trabajo²²².

Parte de la doctrina entiende que en caso de contradicción debería prevalecer el texto inglés, dado que fue el idioma generalmente utilizado en las discusiones, y el empleado por el Comité de Redacción²²³.

²²⁰FLECHTNER, Harry M. "The Several Texts of the CISG ...p. 1190-191.

²²¹DIEDRICH, FRANK. "Maintaining Uniformity...p. 318.

²²² HERBER, Rolf . "Artículo 7. Auslegung des Übereinkommens und Lückenfüllung", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München. 1995, p. 96.

²²³HERBER, Rolf/ CZERWENKA, Beate. *Internationales Kaufrecht*...p. 48-49.

No obstante, entendemos más conforme con la intención del "legislador" dar el mismo peso a todos los textos oficiales, dado que los representantes de países con tradiciones jurídicas distintas a la anglosajona tenían un conocimiento más que limitado del contenido semántico y jurídico de los términos empleados en sus intervenciones²²⁴.

Dar preferencia a una versión oficial sobre las demás puede generar conflictos. Por ejemplo, China puede sorprenderse si conoce que el texto en chino en el que se basó para firmar la CCIM, se subordina en la práctica a la versión francesa o inglesa²²⁵.

Parece que la solución más adecuada en caso de contradicciones entre las diferentes versiones oficiales, es acudir a los trabajos preparatorios o a otros métodos de interpretación, e incluso a las consideraciones de derecho comparado que constituyeron su fundamento²²⁶. El artículo 33 de la Convención de Viena sobre Tratados de 1969 establece que en este caso la interpretación debe ser la más acorde con la intención real o normativa de la Conferencia Diplomática, que se encuentra en los trabajos preparatorios²²⁷.

Uno de los problemas que plantea la interpretación literal es la tendencia de los tribunales a interpretar los conceptos de acuerdo con su propia tradición jurídica, cuando los términos no tienen porqué tener el sentido al que habitualmente se le da en un derecho nacional, sino que su interpretación es autónoma. Este criterio de interpretación universalista es esencial para garantizar

²²⁴NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises...p. 100-101.

²²⁵FLECHTNER, Harry M. "The Several Texts of the CISG ...p. 1208.

²²⁶NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises...p. 99.

²²⁷DIEDRICH, FRANK. "Maintaining Uniformity...p. 317.

la uniformidad de interpretación, que no viene garantizada por el mero hecho de la existencia de un único texto.

La existencia de versiones en otros idiomas no oficiales también debe ser tomada en cuenta. Aunque no sean versiones oficiales, sí serán las versiones manejadas por los jueces y tribunales del país respectivo, que serán fundamentales para averiguar el porqué de sus decisiones en caso de que no parezcan acordes con la interpretación de las de otros países. La versión a considerar será la oficialmente publicada. En el caso de la versión alemana se trata de una versión pactada por los países de habla alemana, especialmente interesante por la trascendencia que las delegaciones de la dos Alemanias y de Austria tuvieron en la CCIM, incluyéndose instituciones como el *Nachfrist*, así como por la especial atención de los representantes suizos a la hora de adecuar la versión alemana no solamente con la inglesa, sino también con la francesa, lo que supuso poner de manifiesto algunas incongruencias entre ambas versiones oficiales. Con todo, en caso de colisión entre una versión oficial y una quasi oficial, prevalece aquella sobre esta.

La existencia de estas versiones en otros idiomas no oficiales, pero influyentes en las decisiones de los tribunales, agrava el riesgo de interpretaciones divergentes, sobre todo al no existir un veto o una aprobación oficial de las mismas por parte de la UNCITRAL²²⁸.

La sentencia del Oberlandesgericht Köln de 26 de agosto de 1994²²⁹, ha aplicado expresamente el método de comparación de diferentes versiones oficiales. Se trataba de determinar si un estudio de mercado se podía considerar como objeto susceptible de compraventa dentro del ámbito material de la CCIM. El concepto alemán de "Waren" permite incluir dicho estudio como objeto de compraventa, sin embargo, tras analizar el sentido de "goods" y de "merchandise" en las versiones inglesa y francesa, el tribunal entiende que los estudios de mercado no se regulan por la CCIM.

²²⁸FLECHTNER, Harry M. "The Several Texts of the CISG ...p. 193.

²²⁹ Primera instancia: Landgericht Köln, de 11 de noviembre de 1993. Segunda instancia: Oberlandesgericht Köln, de 26 de agosto de 1994. (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1994, p.970-972).

4.4. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

La interpretación conforme al contexto es especialmente útil en los supuestos de términos no claramente especificados conforme a los métodos anteriores. Un ejemplo es el concepto de establecimiento, que no se define directamente en la CCIM, pero que se deduce del artículo 10²³⁰. Otro ejemplo es si el concepto de mercaderías es equivalente al de objetos mobiliarios corporales. Conforme a los antecedentes remotos (LUCI) el concepto "*goods*" fue traducido por "*objets mobiliers corporels*". Sin embargo, no es así en la CCIM. ¿Quiere esto decir que "*marchandises*" no implica que se trate de objetos mobiliarios corporales?. La respuesta no se encuentra en los trabajos preparatorios. Sin embargo una interpretación sistemática nos indica que sí, ya que, según el artículo 35, una de las características de una entrega conforme es el adecuado embalaje de los bienes, que por consiguiente deberán ser bienes muebles corporales, ya que ni los inmuebles, ni los derechos incorporales son susceptibles de embalaje.

4.5. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

Se corresponde con los criterios del Preámbulo. Es una interpretación que no debe olvidarse de facto, ya que se tiene en cuenta por los tribunales a la hora de resolver.

En teoría no debería dar lugar a problemas. Se debe tener en cuenta que la realidad social es la de un grupo concreto a los que va dirigida la norma: los sujetos del comercio internacional: importadores y exportadores.

²³⁰HONNOLD, John O. "Uniform Laws for International Trade: Early "Care and Feeding" for Uniform Growth", en *International Trade and Business Law Journal*, Vol.1, May 1995, p.3-4.

Es un método peligroso, dado que puede dar entrada a criterios nacionales, en especial si tenemos en cuenta la diferencia de intereses entre los comerciantes de los países desarrollados y en desarrollo, dada la estructura de su comercio exterior.

La mayoría de los países Partes de la CCIM son países ex-socialistas, países desarrollados o países latinoamericanos. Solamente unos pocos países africanos, árabes y Singapur en el sur de Asia lo han ratificado.

No deja de ser curioso que la jurisprudencia sea exclusivamente de países desarrollados y socialistas. Esto puede indicar la falta de igualdad a la hora de acceder a medios de defensa jurídica.

La diferente posición de los países en desarrollo respecto a la de los desarrollados ha sido evidenciada en varias ocasiones a lo largo de la historia de la unificación del derecho de compraventa internacional. La creación de la UNCITRAL con la participación de países en vías de desarrollo es una evidencia. En la UNCITRAL los países del Sur estaban ampliamente representados. No obstante, tal representación no era tan mayoritaria como pudiera parecer, ya que la adopción de decisiones por consenso hacía que los países que participaran como observadores, en su mayoría desarrollados, tuvieran la misma influencia que los países miembros de la Comisión. Lo que está claro es que los países en vías de desarrollo tuvieron la oportunidad de proteger sus intereses²³¹.

Los empresarios de los países en desarrollo, suelen ser exportadores de materias primas e importadores de productos manufacturados, tienen una posición negociadora más débil, pero no olvidan que a largo plazo se pretende la industrialización²³². Los países en desarrollo exportan materias primas y productos agrícolas, los desarrollados exportan tecnología y productos terminados, los países desarrollados son conscientes de la tecnología relativamente menos

²³¹DATE-BAH, S.K. "Vienna Sales Convention 1980 - Developing Countries Perspectives", en *Current Developments in International Transfers of Goods and Services*, The Faculty of Law. National University of Singapore.1994, p. 88.

²³²DATE-BAH, S.K. "Vienna Sales Convention... p.90.

desarrollada y de las condiciones legales de los países en desarrollo, mientras que estos desconfían de los países desarrollados²³³.

Estas posiciones dieron lugar a enfrentamientos en las discusiones de determinados artículos de la CCIM:

- la obligación del comprador de notificar la falta de conformidad al vendedor es perjudicial para los países en desarrollo, dado que son los que importan los productos más sofisticados, en los que la detección de faltas de conformidad es más difícil y que el acceso a medios de comprobación de dichos defectos es más limitado. Para contrarrestar esta exigencia se aprobó una acción *quantiminoris*, en caso de existir una excusa razonable en la falta de tal notificación.
- la suspensión del cumplimiento en el caso de que la otra parte sea insolvente o tenga dificultades en el cumplimiento de sus obligaciones, se objetivizó relativamente al exigir una notificación de dicha suspensión a la parte sospechosa de incumplimiento. Se trata de una norma que, no obstante la notificación, obligatoria pero con excepciones, es perjudicial para las empresas con empresas financieramente débiles.
- la transmisión del riesgo se planteó como un problema de Norte-Sur, cuando en realidad era un problema de aseguramiento y de usos internacionales de comercio.

Las diferencias también pueden manifestarse en la aplicación práctica de la CCIM:

- los usos de comercio internacional tienen una gran importancia a la hora de integrar el contenido del contrato. Estos usos han sido establecidos principalmente por los países en desarrollo, por lo que reflejan los intereses de la parte más poderosa, además de poder ser desconocidos por la parte de un país en desarrollo. Ello hace que países como los socialistas tiendan a interpretar que su

²³³EÖRSI, Gyula. "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the international Sale of Goods", en *American Journal of Comparative Law*, n °31, 1983, p.333-350.

aplicabilidad debe estar expresamente pactada en el contrato, so pena de nulidad de los mismos²³⁴.

- la forma escrita es normalmente exigida en los países en desarrollo. La libertad de forma favorece nuevamente a la posición negociadora más fuerte²³⁵.

- los contratos a precio abierto, son perjudiciales para los países en desarrollo por la tendencia creciente en los precios de los productos manufacturados, frente a la tendencia decreciente de los precios de las materias primas²³⁶. Su aceptación o no o el riesgo de que sean nulos conforme a las reglas de derecho nacional hacen que la ambigua redacción de los artículos 14 y 55 de la CCIM haya generado interpretaciones diversas.

- en la práctica la notificación de la falta de conformidad será menos exigente en los países en desarrollo, dado su menor nivel de sofisticación comercial, el desigual acceso a la información y a los recursos.

- la fuerza mayor se interpreta de forma más amplia en los países en desarrollo dada la fragilidad de su situación política y económica, mientras que en los países desarrollados se incluyen en el concepto de fuerza mayor o en las cláusulas *hardship* supuestos de exoneración que no lo serían para el contratante perteneciente a un país en vías de desarrollo, con lo que casos que supondrían exoneración de aplicar las normas internas de los países en desarrollo, no serían exonerables en los países desarrollados²³⁷.

²³⁴RYAN, Lisa M. "The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: divergent interpretations", en *Tulane Journal of International and Comparative Law* Vol.4, Winter 1995, p. 104.

²³⁵RYAN, Lisa M. "The Convention on Contracts...p. 105.

²³⁶RYAN, Lisa M. "The Convention on Contracts...p. 108.

²³⁷ CHEW-MING CHANG, Canice. "In the Aftermath of Tiananmen Square", en *International Financial Law Review*, August, 1989, p. 13-15. Pone el ejemplo de los sucesos de Tiananmen, que conforme a la ley China habrían justificado una exoneración por las restricciones que, como consecuencia de las revueltas, las autoridades impusieron a algunos contratos.

- el diferente acceso a la información de la jurisprudencia, menor en los países en desarrollo (en China se da más importancia a las decisiones del Ministerio de Comercio y Relaciones Económicas con el Extranjero), el diferente acceso a la información y diferente nivel de sofisticación (la presencia en internet de los países desarrollados es superior al 90%)...

4.6. INTERPRETACIÓN TRANSNACIONAL

Aunque no existe una interpretación auténtica merece especial atención la Nota Informativa de la Secretaría de UNCITRAL acerca de la CCIM²³⁸. No se trata de un comentario oficial sobre la Convención de Viena. La trascendencia de dicha Nota es relativa, ya que no se puede considerar como una interpretación auténtica. No obstante, tiene cierta relevancia al indicar los principios interpretativos que la Secretaría considera esenciales.

La interpretación de las disposiciones de la CCIM deja un amplio margen al intérprete, porque se pretende conseguir una uniformidad en la interpretación de unas normas que son incompletas, y cuya interpretación e integración no depende de un ordenamiento jurídico determinado. La única sujeción de los jueces son los principios inmediatos de internacionalidad, uniformidad y buena fe y los mediatos contenidos en el Preámbulo. Para seguir estos principios, los jueces deben tener en cuenta lo interpretado por jueces de otros países.

La jurisprudencia ha tenido en cuenta pocas veces las sentencias de países extranjeros. De las más de 600 sentencias y laudos arbitrales sobre la CCIM de los que se tiene constancia²³⁹, en solamente tres se cita jurisprudencia extranjera: una del Tribunale Civile di Cuneo, de 31 enero

²³⁸ Documento A/CN.9/307, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Vol. XIX, 1988, Nueva York, 1989, p. 117-121.

²³⁹ WILL, Michael R. *International Sales Law under CISG. The First 555 or so Decisions*. Genève. 1999. En este volumen se recogen más de 560 casos.

de 1996; una de la Cour d'Appel de Grenoble, de 23 de octubre de 1996 y una de la U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, de 17 de mayo de 1999.

La sentencia del Tribunale Civile di Cuneo, de 31 enero 1996²⁴⁰. Cita una sentencia suiza (Pretura di Locarno-Campagna, de 27 de abril de 1992²⁴¹, en italiano) y otra alemana (Landgericht Stuttgart, de 31 de agosto de 1989²⁴²), para justificar la pérdida del derecho a resolver el contrato por el comprador que no ha denunciado los vicios de la cosa recibida a causa de no haber realizado el examen de la mercadería regulado en el artículo 38 en un tiempo razonable, entendiendo este en un sentido restrictivo.

La sentencia de la Cour d'Appel de Grenoble, de 23 de octubre de 1996²⁴³, que cita la sentencia de la Oberlandesgericht Düsseldorf, de 2 de julio de 1993²⁴⁴, como apoyo a la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación de pago, que es el domicilio del vendedor.

La sentencia de la U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, de 17 de mayo de 1999, (Caso Medical Marketing International, Inc. versus Internazionale Medico Scientifica, S.R.L.)²⁴⁵, cita la sentencia del Bundesgerichtshof de 8 de marzo de 1995²⁴⁶, pero no sigue su

²⁴⁰ Tribunale Civile di Cuneo, de 31 enero 1996. Un amplio resumen en *UNILEX Database 1996*, 1996-3.

²⁴¹ Pretura di Locarno-Campagna, de 27 de abril de 1992, en *UNILEX Database 1994*, 1992-10.

²⁴² Landgericht Stuttgart, de 31 de agosto de 1989, en *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1989, p.984-985.

²⁴³ Cour d'Appel de Grenoble, de 23 de octubre de 1996, en *Revue critic de droit international privé* 1997, p. 756-762. Primera instancia: Tribunal de Grande Instance de Valence, de 19 de abril de 1994.

²⁴⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf, de 2 de julio de 1993, en *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1993, 845-846. Primera instancia: Landgericht Krefeld de 15 de diciembre de 1992.

²⁴⁵ U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, de 17 de mayo de 1999, (Caso Medical Marketing International, Inc. versus Internazionale Medico Scientifica, S.R.L.), en 1999 U.S. Dist. LEXIS 7380.

²⁴⁶ Bundesgerichtshof de 8 de marzo de 1995, en *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1995, p.595-597.

doctrina, al entender que la entrega de mercaderías que no se ajusten a las normativas administrativas del país de recepción es un supuesto de entrega no conforme.

La mayoría de la jurisprudencia no tiene en cuenta expresamente la doctrina o jurisprudencia internacionales. Esto no implica necesariamente que esta no sea correcta, ya que puede haber integrado la doctrina internacional. Un ejemplo es la sentencia de la U.S. Court of Appeals, 11th Circuit, de 29 de junio de 1998, sobre el caso MCC-Marble Ceramic Center, Inc. versus Ceramica Nuova D'Agostino, S.P.A.²⁴⁷. En este caso se da un vuelco²⁴⁸ al principio de la aplicación de la regla "*parol evidence rule*" a las compraventas internacionales reguladas por la CCIM, declarándolo inaplicable por ser contrario al principio de libertad de forma recogido en la misma.

No se trata de una jurisprudencia centralizada en un Tribunal Mundial, sino que son los mismos tribunales los que realizan la interpretación sujetándose a la CCIM mediante una toma en consideración de la jurisprudencia de tribunales extranjeros sobre la materia controvertida.

Se rechazó la propuesta de que la Comisión fuera la que resolviera los problemas que se plantearan por los tribunales para resolver un caso concreto porque ello correspondía a las jurisdicciones nacionales o a las internacionales en su caso.

La existencia de un órgano superior, aunque fuera meramente consultivo, hubiese planteado diversos problemas: su composición y método de elección de sus miembros, la dificultad de evitar sus respectivas visiones regionales, la posibilidad de consulta previa a la decisión de los tribunales, la incertidumbre de que sus decisiones fueran más profundas que otros textos sobre la CCIM, etc²⁴⁹.

²⁴⁷ U.S. Court of Appeals, 11th Circuit, de 29 de junio de 1998, sobre el caso MCC-Marble Ceramic Center, Inc. versus Ceramica Nuova D'Agostino, S.P.A., en 1998 U.S. App LEXIS 14782.

²⁴⁸ Este principio se había aplicado en el caso Beijing Metals versus ABC resuelto por la sentencia de la U.S. Court of Appeals, 5th Circuit, de 15 de junio de 1993.

²⁴⁹ HONNOLD, John O. "Symposium - Ten Years of the United Nations Sales Convention. The Sales Convention: From Idea to Practice", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol.17, 1998, p. 185.

Sobre todo, la existencia de un Tribunal Internacional podría llevar a considerables retrasos en las controversias internacionales²⁵⁰.

La experiencia del derecho de los Estados Unidos es especialmente esperanzadora: en Estados Unidos se redactó el *Uniform Commercial Code* por instituciones no oficiales. Posteriormente este fue incorporado por todos los Estados (excepto Louisiana, cuyo derecho ya estaba codificado), como derecho interno. El Tribunal Supremo Norteamericano no tiene competencia para corregir interpretaciones divergentes de los tribunales de los distintos Estados en materia mercantil. Ello no ha conducido a interpretaciones divergentes, salvo en casos contados, ya que los tribunales de cada uno de los Estados han considerado la necesidad de mantener criterios uniformes en la interpretación del *Uniform Commercial Code*, por lo que han tenido en consideración sentencias de jurisdicciones de otros Estados. Es más, una sentencia razonada que contradiga la jurisprudencia de otros Estados proporciona una oportunidad para reconsiderar decisiones dudosas, lo que supone un contrapunto a la quiebra de la uniformidad que supone²⁵¹.

Con todo, se ha demostrado la eficacia de que un tribunal unifique la interpretación y aplicación de un Convenio, dentro de un marco regional más reducido: la Unión Europea. El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980²⁵² en su artículo 18 establece que "Para la interpretación y la aplicación de las reglas uniformes que preceden, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la conveniencia de conseguir que se interpreten y apliquen de manera uniforme". Esta interpretación y aplicación uniforme viene garantizada por los Protocolos relativos a la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia, hechos el 19

²⁵⁰HONNOLD, John O. "Uniform Laws for International Trade: Early "Care and Feeding" for Uniform Growth", en *International Trade and Business Law Journal*, Vol.1, May 1995, p. 8.

²⁵¹HONNOLD, John O. "Uniform Laws for International Trade: Early "Care and Feeding"... p. 8.

²⁵²BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993; corrección de errores BOE de 9 de agosto de 1993).

de diciembre de 1988²⁵³. Según estos, los órganos jurisdiccionales que decidan en apelación o casación (o equivalente) podrán solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la interpretación de la Convención en un punto determinado que pueda afectar al fallo. Sistema que no ha supuesto grandes retrasos procesales y que ha unificado la aplicación de dicha Convención.

En la interpretación de la CCIM los tribunales deben tener en consideración las sentencias de tribunales de otros países. Para ello, se necesita un cambio de metodología de los mismos, que atienda más a la casuística, y que adopte una perspectiva de derecho comparado.

Esta exigencia incluye tener en consideración las decisiones de los árbitros. La aplicación uniforme exige una cultura jurídica comercial transnacional, que se da especialmente en los árbitros²⁵⁴. El sistema de resolución de conflictos de los árbitros en comercio internacional sigue criterios más flexibles que el de los tribunales jurisdiccionales. En primer lugar aplican la normativa elegida por las partes, en su defecto, la regla material común a las partes en litigio. A falta de esta, recurren a las normas de conflicto, siempre que las de ambos países sean próximas, y en su defecto aplican la *lex mercatoria*²⁵⁵.

Se ha sostenido por algunos autores, que a la jurisprudencia extranjera se le debe atribuir valor de precedente, e incluso la constitución de un *stare decisis* al modo de los ordenamientos anglosajones, pero a nivel mundial. Sin embargo, la creación de un *stare decisis* no está justificada en los trabajos preparatorios, ni supone una garantía de que las decisiones adoptadas anteriormente sean las adecuadas al caso, ni es estructuralmente viable dada la inexistencia de jerarquía

²⁵³ DOCE núm. L 48, de 20 de febrero de 1989, p. 1 y ss.

²⁵⁴BERAUDO, Jean-Paul. "La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage", en *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la Cámara de Comercio Internacional*, Vol. 5 / N ° 1-Mai 1994, p. 63.

²⁵⁵BERAUDO, Jean Paul. "La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux", en *Revue de droit uniforme*, 1998-2/3, p. 267.

entre los tribunales de los diferentes países partes. Se plantearían también los problemas de determinar el puesto de los tribunales que no siendo de países Parte, hayan resuelto conforme a la CCIM, como Israel²⁵⁶, y Vietnam²⁵⁷, y, sobre todo, el lugar de las decisiones arbitrales, que sí se consideraron en los trabajos preparatorios²⁵⁸.

Frente a la a la jerarquía funcional se impone la jerarquía moral de la experiencia y poder de convicción de los argumentos. Esta es la solución más acorde con la discusión del Grupo de Trabajo y demás trabajos preparatorios, así como con la dicción literal del artículo 7.1. Lo importante es el poder de convicción argumental de la decisión. El mero hecho de que un tribunal haya decidido en primer lugar una materia, no es suficiente para que se le conceda una mayor importancia, y mucho menos que se le dé el valor de precedente. Ello permite que la decisión de un árbitro, más entendido en temas de comercio internacional, pueda ser más relevante que la de un Tribunal, aunque sea el supremo. Lo mismo en el caso de decisiones de tribunales de países que no son parte. Como dice

²⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Israel C.A. 3912/1990, en <http://www.biu.ac.il/law/CISG/eximinEng.htm>. Se trata de un caso de compra por un belga, de botas vaqueras fabricadas por un israelita conforme a las instrucciones de aquel, bajo una marca registrada, para ser vendidas en los Estados Unidos. La venta no puede realizarse por infracción de la ley americana sobre marcas. El Tribunal reparte la responsabilidad derivada del incumplimiento entre comprador y vendedor. Es una sentencia que no cumple con el principio de autonomía de la interpretación, ya que considera el principio de buena fe como generador de daños y perjuicios en los términos de la ley israelita, modificando los términos de responsabilidad derivada del artículo 42 de la CCIM.

²⁵⁷ Sentencia de la People's Supreme Court in Ho Chi Minh City, en el caso n ° 28 / KTPT, de 1995, Ng Nam Bee Pte Ltd. contra V. Tay Ninh Trade Co, en *Unilex Database 1999*, 1995. Admite la validez de una "merger clause", o cláusula de exclusión de toda evidencia extrínseca al contrato, dando preferencia absoluta a su literalidad frente al contenido de una letra de cambio con la que se había instrumentado el pago.

²⁵⁸FERRARI, Franco. "Brevi considerazioni critiche in materia di interpretazione autonoma ed applicazione uniforme della Convenzione di Viena", en *Riv. dir.civ.* 1998, 95-96.

Ferrari, la jurisprudencia extranjera se impone *imperio rasonis* y no *razone imperio*²⁵⁹.

Para que la jurisprudencia y los laudos arbitrales sean conocidos es necesario que se permita su conocimiento. Cosa que no ocurre en gran número de resoluciones arbitrales. En algunos países tampoco se puede tener conocimiento de las decisiones jurisprudenciales por no existir repertorios de jurisprudencia publicados. Sin embargo, respecto de la jurisprudencia accesible se deben instrumentar medios adecuados de difusión internacional.

Para facilitar el conocimiento de las resoluciones que en esta materia recaigan en todo el mundo, y como paso previo para su conocimiento y aplicación, la sesión de la UNCITRAL del 11 al 22 de abril de 1988 propuso un sistema de intercambio de jurisprudencia y comunicación por UNCITRAL, el CLOUT: *Case Law On UNCITRAL Texts*)²⁶⁰. Se creó en la Sesión 21, en 1988²⁶¹, por la Comisión, como sistema de recogida y disseminación de las decisiones arbitrales y judiciales sobre las Convenciones de Leyes Modelo emanadas de la misma. Es la respuesta de la Comisión al mandato de uniformidad e internacionalidad de la interpretación contenido no solamente en el artículo 7 de la CCIM. Actualmente contiene jurisprudencia de la Convención de Prescripción y de su texto enmendado, de la CCIM, de las reglas de Hamburgo y de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial. Se organiza mediante corresponsales nacionales que seleccionan las sentencias y realizan resúmenes que se traducen a los seis

²⁵⁹FERRARI, Franco. "Brevi considerazioni critiche in materia di interpretazione autonoma ed applicazione uniforme della Convenzione di Viena", en *Riv. dir.civ.* 1998, 97.

²⁶⁰BAZINAS, Spiros V. "Case Law on UNCITRAL Texts", en *International Business Lawyer*, July-August, 1996, p.333-335. Sobre la historia, función y funcionamiento de CLOUT escrita por el Secretario del Grupo de Trabajo.

²⁶¹Documento A/43/17 en *Yearbook UNCITRAL, 1988, Vol. XIX*, New York, 1989, p.15.

idiomas oficiales y se distribuyen a los Estados Parte y a los interesados a precio de coste²⁶².

Otra iniciativa que merece comentarse es UNILEX. Se trata de una base de datos sobre jurisprudencia y bibliografía referente a la Convención de Viena. Contiene un resumen de las sentencias en inglés y la reproducción del texto íntegro en el idioma original. Se elabora por el "*Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*" de Roma, un órgano del *Consiglio Nazionale delle Ricerche* de la Universidad "*La Sapienza*" de Roma y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)²⁶³.

Internet puede ofrecer gran utilidad²⁶⁴, ya que permite el conocimiento internacional e instantáneo de la información contenida en la página web correspondiente. Se trata de un sistema que permite en teoría una misma y rápida información, hasta ahora gratuita²⁶⁵. No obstante en la práctica encontramos la dificultad de acceso para los países en vías de desarrollo²⁶⁶.

²⁶² La sigla identificativa de los documentos CLOUT es "A/CN.9/SERV/ABSTRACT/...". Se puede solicitar una copia a la Secretaría de UNCITRAL, Viena International Center, P.O. Box 500, A-14300 Vienna, o acceder por vía internet a la dirección <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>, para la versión en español.

²⁶³ Se distribuye por la Editorial Transnational Juris Publications, Irvington, New York.

²⁶⁴ AMISSAH, Ralph. "On the Net and the Liberation of Information that "wants" to be free". p. 67-74. Sobre los métodos de internacionalización de la información sobre la CCIM.

²⁶⁵ Diversas direcciones de *internet*, entre las que se encuentran: *CISG-Rabel Website* <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/CISG> con jurisprudencia internacional, pero insistiendo más en al alemana, UNCITRAL <http://www.uncitral.org> en la que se contienen los resúmenes de CLOUT, *Center for Comparative and Foreign Law Studies* http://soi.cnr.it/~crdcs/crdcs/case_law.htm y <http://www.unilex.info/> que contienen la jurisprudencia italiana, *CISG-France database* <http://Witz.jura.uni-sb.de/CISG/> con la jurisprudencia francesa, *Pace University School of Law database* <http://www.cisg.law.pace.edu/> con la jurisprudencia internacional y un sistema de búsqueda de sentencias por fechas, países y texto, aunque con frecuentes inexactitudes y de funcionamiento imperfecto, *CISG-España y Latinoamérica database* <http://www.uc3m.es/cisg/> con jurisprudencia de Argentina, México y España, *CISG-Finland database*

Algunos juristas ingleses entienden que este mandato de internacionalidad puede dar influencia a determinados países en el desarrollo del cuerpo de jurisprudencia y de las reglas del comercio internacional. De ahí que entiendan que es necesaria la incorporación de su país, para influir en esta jurisprudencia²⁶⁷.

Existe una descompensación en cuanto al volumen de sentencias dictadas si las consideramos país por país. Constan en las fuentes antes citadas más de 180 sentencias publicadas en Alemania, 53 en Holanda, o 46 de Suiza. Tal abundancia se explica por la inercia de la aplicación de una normativa unitaria en compraventa internacional, ya que en los dos primeros se aplicó la LUCI y la LUFC, pero sobre todo por el gran volumen de comercio de estos países entre sí y con otros de Europa. Si tenemos en cuenta las más de 560 sentencias y laudos conocidos hasta ahora, en sólo 27 ninguna de las partes tiene su establecimiento en Europa, si incluimos en este concepto los países de la Unión Europea y los países del Este. Detrás de estos países se hallan Francia, con 28 sentencias, Austria, con 25, Bélgica, con 18, España con 7, Hungría, con 7, Finlandia, con 3 y Dinamarca, con 3. El caso más curioso es el de Italia: solamente constan 8 sentencias dictadas por tribunales italianos, sin embargo, existen 161 sentencias y

<http://www.law.utu.fi/xcisg/cisg.htm> con la jurisprudencia finlandesa, *CISG-Israel database* <http://www.biu.ac.il/law/cisg/> con las sentencias en que se acudió a la CCIM pero también las de la LUCI y LUFC, *CISG-Brasil database* <http://www.uff.br/cisgbrasil/> , *CISG-Japan* <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~sono/cisg/english.htm> con doctrina sobre la CCIM pero sin jurisprudencia (Japón no es Parte, pero cabe la posibilidad de aplicar la CCIM en virtud de una norma de conflicto), Universidad de Tromsø database <http://lexmercatoria.net> o <http://www.jus.uio.no/lm/> que contiene toda la normativa de derecho mercantil internacional, no solamente sobre la CCIM, etc.

²⁶⁶ Informe del Programa de las NU para el Desarrollo, resumido en *El País* de 12 de julio de 1999 y en *El Mundo*, de misma fecha.

²⁶⁷BRIDGE, Michael G. "The Bifocal World of International Sales: Vienna and Non-Vienna", en *Making Commercial Law-Essays in Honour of Roy Goode*, R. CRANSTON (ed.), Oxford 1997, p.278.

laudos en las que una de las partes tiene su establecimiento es Italia (87 de ellas resueltas en Alemania). Desde este punto de vista se podría decir que la CCIM ha sido asumida especialmente en el ámbito europeo.

Fuera de Europa la aplicación de la CCIM es menor. La causa puede ser su desconocimiento por los comerciantes y los juristas, o bien, por la dificultad de acceso a dichas resoluciones. Todo ello sin perjuicio de que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes excluyan su aplicación. Constan 37 sentencias de tribunales no europeos repartidas así: 17 de Estados Unidos, 8 de Argentina, 7 de China, dos de Australia, y una de Canadá e Israel, respectivamente. De ellas, sólo en 17 ninguna de las partes es europea, lo que demuestra esa débil influencia de la CCIM en la jurisdicción no europea. No deja de llamar la atención la ausencia total de sentencias de países africanos o de Oriente Medio, a pesar de que en algunos de ellos, como Egipto o Guinea, la CCIM entró en vigor en 1988.

Frente al peligro de influencia excesiva de la jurisprudencia de unos pocos países sobre la jurisprudencia internacional, se impone la precaución a la hora de tenerla en consideración. Debe atenderse a que su importancia es argumental, de carácter persuasivo y no vinculante, en cuanto a que es jurisprudencia extranjera. Su estudio debe tener en cuenta los rangos de los diversos tribunales a la hora de tomar en consideración la importancia de sus argumentos y la probabilidad de que estos sean seguidos por otros tribunales del mismo país. También debe estarse atento al conocimiento de las sentencias extranjeras, que, en la práctica pueden no haberse tenido en cuenta en la confusión y prisas del litigio y a la consecuente tendencia a acudir al derecho propio (*homeward trend*), que se considera en ocasiones superior²⁶⁸. El riesgo al *homeward trend* se incrementa con la ratificación de la CCIM por nuevos países²⁶⁹.

²⁶⁸BRIDGE, Michael G. "The Bifocal World of International Sales: Vienna and Non-Vienna", en *Making Commercial Law-Essays in Honour of Roy Goode*, R. CRANSTON (ed.), Oxford 1997, p. 286.

²⁶⁹DIEDRICH, FRANK. "Maintaining Uniformity...p. 304.

Un análisis de los laudos arbitrales nos conduce a diferenciar dos tipos de tribunales arbitrales: los que actúan a modo de órgano estatal dirimente en materia de Comercio Exterior, como la COPROMEX de México, o los de los países comunistas, como China y Vietnam, y ex-comunistas, como Rusia, Bulgaria y Hungría, y los tribunales arbitrales a cuya decisión se someten libremente las partes, como el de la Cámara de Comercio Internacional.

En aquellos la aplicación de la CCIM se ve influida por la normativa interna del país al que pertenecen. Un ejemplo son algunas de las 66 resoluciones dictadas por el MKAS ruso, en las que la reserva de realización del contrato en forma escrita realizada por Rusia implica que la falta de cualquiera de las formalidades exigidas por la ley interna rusa anula el contrato²⁷⁰, doctrina que quiebra el principio de internacionalidad y uniformidad en la interpretación, según la cual, debería bastar que el contrato constara por escrito para que fuera considerado válido conforme la CCIM.

Los laudos de los tribunales arbitrales constituidos por las partes, como el de la sentencia del tribunal de arbitraje de Estocolmo²⁷¹, o a los que las partes se vinculan libremente²⁷², como el de la Cámara de Comercio Internacional o el de la *Internationales Schiedgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft* de Viena, tienen una mayor trascendencia para la interpretación de la CCIM, dada su especialización y su independencia real, lo que hace que acudan a ellos partes de muy distintos países, y que puedan adoptar soluciones más adecuadas al

²⁷⁰ Tribunal Arbitral MKAS. Caso 451/1991 de 25 de enero de 1995. Se declara nulo un contrato por no cumplir las normas imperativas rusas sobre firma de los contratos internacionales, al haber firmado sólo uno de los dos órganos competentes.

²⁷¹ Laudo del Tribunal Arbitral de Estocolmo, de 5 de junio de 1998.

²⁷² Una prueba evidente de la independencia del Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional es la total variedad en el origen de las partes litigantes, cosa que no ocurre en ninguna de las 66 resoluciones del MKAS ruso, de las 9 resoluciones del CIETAC chino, de las 5 del BTPP búlgaro, o en 5 de las 6 del Tribunal Arbitral de Budapest, en las que una de las partes es siempre del mismo país que el tribunal.

comercio internacional, sin el corsé de normativas nacionales. Un ejemplo sería la aplicación de los Principios UNIDROIT para la resolución del problema de la determinación del tipo de interés aplicable, ante las múltiples alternativas que habían adoptado los tribunales estatales²⁷³.

A pesar de lo expuesto, existen autores que sí consideran que la jurisprudencia extranjera tenga el carácter de precedente. Roth entiende que los criterios de interpretación de los Tratados recogidos en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969 son aplicables a los instrumentos de legislación uniforme. Ello le lleva a considerar como método interpretativo la subsiguiente práctica de los Estados en la aplicación de la Convención. Las decisiones de los tribunales se entienden como práctica que deberá ser tenida en cuenta por los tribunales de los demás países en la interpretación de la CCIM. No obstante existen dos limitaciones: una de hecho que es la posibilidad de conocimiento de dichas sentencias, y otra de derecho, que es que dicha práctica tendrá que sujetarse en todo momento al objeto y finalidad de la CCIM. La conclusión es que existe una obligación de tener en cuenta las decisiones relevantes de tribunales extranjeros, siempre que sean accesibles, y no desviarse de ellas a menos que exista una buena razón para ello, por ir en contra de la finalidad de la CCIM para el caso concreto. No obstante, el mismo autor suaviza el sentido de precedente, señalando que se trata de un precedente relativo, al menos en términos de su valor persuasivo²⁷⁴. Esta teoría no aclara qué valor deben tener los laudos arbitrales o las sentencias de tribunales pertenecientes a países que no son Parte de la Convención.

La apreciación de sentencias extranjeras también debe tener en cuenta otros riesgos como las diferentes reglas procesales aplicables, según el juez

²⁷³ Laudos de la Internationales Schiedgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien SCH 4318 y 4366, de 15 de junio de 1994. (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1995, p.590-592), y laudo n ° 8128 de 1995, de la Cámara de Comercio Internacional (*Journal du Droit International* 1996, p. 1024-1028).

²⁷⁴ ROTH, Marianne / HAPP, Richard. "Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law", en *RDU / ULR*, 1997-4, p. 709-710.

competente sea de uno u otro país, lo que implica tener en cuenta los diferentes filtros procedimentales a la hora de resolver el caso concreto. Son especialmente importantes las normas sobre la prueba de los hechos y de la ley aplicable, así como sobre el principio de *iura novit curia*, reconocido restrictivamente en derecho anglosajón.

Todo ello no supone necesariamente una modificación del concepto de jurisprudencia del artículo 1.6 del Código Civil, que sigue siendo válido a la hora de determinar la vinculación de los argumentos del Tribunal Supremo respecto a las Audiencias y a los Jueces de Instancia españoles. La escasa jurisprudencia española sobre la CCIM no se pronuncia sobre la consideración de la jurisprudencia extranjera, simplemente no la ha tenido en cuenta hasta ahora. La jurisprudencia española sobre la CCIM es la siguiente: una sentencia y dos *exequaturs* del Tribunal Supremo²⁷⁵, tres sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona²⁷⁶, y una de la Audiencia Provincial de Córdoba²⁷⁷.

Los comentarios doctrinales pueden servir de ayuda a posibles argumentaciones, con ejemplos o elaboraciones doctrinales. La doctrina se ha considerado de forma diferente por los tribunales. En algunos países, lo mismo que en la jurisprudencia arbitral internacional, es frecuente su mención expresa en las sentencias²⁷⁸, en atención a lo persuasivo de sus argumentos. En otros, como

²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1997 (*La Ley*, 7 de abril de 1997, p.9-12), autos de 17 de febrero de 1998 (*Base de Datos Aranzadi Jurisprudencia* n ° RJ 1998\972 y RJ 1998\760).

²⁷⁶ Sentencias de la Audiencia de Barcelona de 4 de febrero, (*obiter dicta*), (*Base de Datos Aranzadi Jurisprudencia* n ° AC 1997\340), 20 de junio (*Revista Jurídica de Catalunya* 1997. p. 110-111) y 3 de noviembre de 1997 (*Revista Jurídica de Catalunya* 1998, p. 411-412).

²⁷⁷ Sentencia de la Audiencia de Córdoba, de 31 de octubre de 1997 (*Revista General del Derecho*, 1998, p. 12077-12078).

²⁷⁸ Como ejemplos la sentencia suiza de la seconda Camera civile del Tribunale d'appello del Ticino, de 15 de diciembre de 1998; o la sentencia alemana de la Hanseatisches Oberlandesgericht, de 5 de octubre de 1998.

en España o en Francia, la referencia se obvia. En todo caso su influencia será importante en tanto que es base de la formación de juristas, y en tanto que sus argumentos sean lo suficientemente persuasivos como para que los jueces los acojan.

Pero en ciertos temas ni la doctrina ni la jurisprudencia tienden a una interpretación uniforme, ni siquiera dentro de un mismo sistema jurídico. Los ejemplos doctrinales son numerosos²⁷⁹. Los ejemplos jurisprudenciales que llevan a soluciones contradictorias también se dan. Son especialmente polémicos las cuestiones sobre la exclusión implícita de la CCIM por voluntad de las partes, la calificación de un contrato como compraventa si el vendedor está obligado a cumplir con las instrucciones de fabricación del comprador, la determinación de los tipos de interés, la razonabilidad del plazo de examen y denuncia de la falta de conformidad de las mercaderías, la calificación de un incumplimiento como esencial, la aplicabilidad de la CCIM a los contratos de compraventa de software, etc. La existencia de divergencias jurisprudenciales no implica que no se debe tener en cuenta tal jurisprudencia, sobre todo porque a la larga se tiende a una uniformidad en muchos de estos temas.

Una interpretación que ha conseguido ser uniforme es la cuestión de si la elección de la ley de un país supone implícitamente la inaplicabilidad de la CCIM: el laudo del Tribunale arbitrale, ad hoc, de Firenze, 19 abril 1994²⁸⁰ y la sentencia de la Cour d'Appel de Colmar, 26 septiembre

²⁷⁹ Uno de los problemas de la amplia literatura sobre la CCIM es que se pueden encontrar autores que defienden casi todo tipo de interpretaciones. LOEWE, Roland. "Kaufrechtsübereinkommen - Lückenfüllung durch nichtamtliche Kodifikationen", en *Transport und Vertriebsrecht 2000, Festgabe für Professor Dr. Rolf Herber*, Luchterhand, p.7-19.

²⁸⁰ Tribunale arbitrale ad hoc, Firenze, 19 de abril de 1994, (*Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, 861-867). En un contrato de compraventa entre un italiano y un japonés, se declara no aplicable la CCIM, dado que Japón no es Parte de la CCIM, y sobre todo porque una cláusula contractual establecía que se sometería únicamente a la ley italiana, lo que supone una exclusión implícita de la CCIM conforme al artículo 6 de la misma Convención. Se confirma en este laudo no polémico de esta solución, ya que uno de los miembros del Tribunal formuló un voto particular, al

1995²⁸¹ fueron las últimas resoluciones que adoptaron esta postura. En contra de esta solución, considerando aplicable la CCIM, como parte del ordenamiento interno del país cuya regulación rige el contrato por acuerdo de las partes: *Chambre de Commerce Internationale*, caso n° 7660 de 1994²⁸²; *Oberlandesgericht München*, 8 febrero 1995²⁸³; *Hof Arnhem*, 7 mayo 1996²⁸⁴; entre otras muchas, de diferentes países y de tribunales arbitrales, han asumido este criterio como el correcto.

Un ejemplo de uniformidad progresiva es el de la calificación del plazo de razonabilidad de examen y denuncia de la falta de conformidad de las mercaderías recogido en los artículos 38 y 39 de la CCIM: en un principio la jurisprudencia alemana, por influencia de su derecho interno, exigía

entender que la CCIM forma parte del ordenamiento interno italiano, por lo que no debe entenderse excluida en este caso.

²⁸¹ Primera instancia: Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, 17 de noviembre de 1993. Segunda instancia: Cour d'Appel de Colmar, 26 septiembre 1995. <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/260995v.htm>, según la cual, el pacto de las partes, una empresa irlandesa y otra francesa, de aplicar el derecho francés, excluye la aplicabilidad de la CCIM por ser esta una norma dispositiva. La sentencia de la Cour de Cassation de 17 de diciembre de 1996 (*Revue critique de droit international privé*), no se pronuncia sobre el particular.

²⁸² Cámara de Comercio Internacional, n° 7660/1994, (*Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale*, Noviembre 1995, p.68). Las partes, un vendedor italiano y un comprador checoslovaco, pactan que la ley del contrato será la austríaca. El Tribunal arbitral entiende que en esta se incluye la CCIM, al haberse celebrado el contrato después de la entrada en vigor de la Convención en Austria.

²⁸³ Primera instancia: *Lancgericht München I*, 8 de noviembre de 1993. Segunda instancia: *Oberlandesgericht München*, sentencia n° 7 U 3758/94, 8 de febrero de 1995 <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/CISG>. Se entiende que la remisión al derecho alemán sin exclusión de la CCIM, implica la aplicabilidad de la Convención.

²⁸⁴ Primera instancia: *Rb. Almelo*, 26 de abril de 1995. Segunda instancia: *Hof Arnhem*, 7 de mayo de 1996, (*Netherlands Internationaal Privaatrecht*, 1996/397), a falta de pacto de las partes, las normas de derecho internacional privado remiten a la ley austríaca, que ya había incorporado la CCIM en el momento de celebración del contrato.

un denuncia detallada y en plazos muy breves: el Landgericht Aachen, 3 de abril de 1990²⁸⁵ exigió que la inspección se realizara el día de la entrega, el Landgericht Biefeld, 18 de enero de 1991²⁸⁶ exigió que la notificación se realizara tres días después del descubrimiento, Oberlandesgericht Düsseldorf, 12 de marzo de 1993²⁸⁷, considera insuficiente un plazo de 21 días a contar desde la entrega, Oberlandesgericht München, de 8 de febrero de 1995²⁸⁸ considera que el plazo debe concretarse caso por caso, considerando adecuado uno general orientativo de 8 días ; sin embargo, a partir de la sentencia del Bundesgerichtshof de 8 de marzo de 1995²⁸⁹, y en consideración a las diferentes tradiciones legales internacionales, se entiende como orientativo el plazo de un mes., lo que se siguió en otras sentencias como la de Oberlandesgericht Stuttgart, 21 de agosto 1995²⁹⁰, Oberlandesgericht Köln, 21 de agosto de 1997²⁹¹. El plazo de un mes, como orientativo, es el seguido en países como Austria, Oberlandesgericht Innsbruck, de 1 de julio de 1994²⁹², Suiza, Obergericht Kantons Luzern, 8 de enero de 1997²⁹³. En Francia se han admitido plazos superiores (tres meses) en el caso de que la mercadería fuera maquinaria, Cour d'Appel de

²⁸⁵ Landgericht Aachen, 3 de abril de 1990, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1990, p. 491-492).

²⁸⁶ Landgericht Biefeld, 18 de enero de 1991. La sentencia de segunda instancia modificó tal criterio. Oberlandesgericht Hamm, 22 de septiembre de 1992, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1997, p. 153-156).

²⁸⁷ Oberlandesgericht Düsseldorf, 12 de marzo de 1993, (*UNILEX 1996/ I*, 1993-6.1).

²⁸⁸ Oberlandesgericht München, de 8 de febrero de 1995, (*UNILEX 1995-II*, 1995-3).

²⁸⁹ Bundesgerichtshof, 8 de marzo de 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, 595-597).

²⁹⁰ Oberlandesgericht Stuttgart, 21 de agosto de 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, p.943-944).

²⁹¹ Oberlandesgericht Köln, 21 de agosto de 1997, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/CISG/urteile/text/290.htm>.

²⁹² Oberlandesgericht Innsbruck, 1 de julio de 1994, (*UNILEX 1995/II*, 1994-17).

²⁹³ Obergericht Kantons Luzern, 8 de enero de 1997, (*UNILEX 1997/I*, 1997-2).

Versailles, 29 de enero de 1998²⁹⁴. La Cámara de Comercio Internacional también ha acogido este plazo en el caso n ° 7331/94²⁹⁵. También es común es considerar que no es suficiente la comunicación posterior a las denuncias de los consumidores, Arrondissementsrechtbank Roermond, 19 de diciembre de 1991²⁹⁶, Pretura di Locarno-Campagna, 27 de abril de 1992²⁹⁷, Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de junio de 1997²⁹⁸.

Respecto a supuestos que no tienden a una unificación, el más claro y que ha generado la más abundante jurisprudencia es la determinación del tipo de interés. Se han seguido normas de lo más diverso: la ley nacional del acreedor²⁹⁹, las normas de derecho internacional privado³⁰⁰, el establecido para la moneda en que se ha de pagar³⁰¹, el LIBOR³⁰², el tipo de los pagarés del

²⁹⁴ Cour d'Appel de Versailles, 28 de enero de 1998, <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/29011998v.htm>.

²⁹⁵ Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7331/1994, (*Bulletin CCI*, November 1995, p. 73-76).

²⁹⁶ Arrondissementrechtbank Roermond, 19 de diciembre de 1991, (*Netherlands Internationaal Privaatrecht*, 1992/394).

²⁹⁷ Pretura di Locarno-Campagna, 27 de abril de 1992, (*UNILEX 1994*, 1992-10).

²⁹⁸ AP Barcelona, 20 de junio de 1997, (*Revista Jurídica de Catalunya* 1997. p.110-111).

²⁹⁹ Landgericht Stuttgart 31-8-89 (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1989, p.984-985), Oberlandesgericht München, 8-2-95, 7 U 1720/94, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1997, p.153-155).

³⁰⁰ Pretura di Locarno-Campagna, 16 de diciembre de 1991, (*UNILEX 1994*, 1991-13), Oberlandesgericht Hamm, 22 de septiembre de 1992, (*UNILEX 1995/I*, 1992-18), Fővárosi Bíróság Budapest, 24 de marzo de 1992 (*UNILEX 1994*, 1992-8).

³⁰¹ Arrondissementrechtbank Arnhem, 30 de diciembre de 1993, (*Netherlands Internationaal Privaatrecht* 1994, n °268), Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7585/92 (*Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Interntionale*, Noviembre 1995, p.59-66).

Tesoro de los Estados Unidos³⁰³, el determinado para los dólares americanos por ser uso internacional³⁰⁴, etc.

Diedrich propone un nuevo instrumento dentro del método transnacional: la comparación de derechos nacionales de forma que se deduzca de ella una solución de compromiso que no favorezca el concepto de un determinado sistema jurídico³⁰⁵. El propio autor lo considera como último recurso, pero entendemos que incluso como tal este método es peligroso, pues lleva consigo una restricción en el estudio transnacional, ínsita en las propias limitaciones del investigador. Por ejemplo, Diedrich se limita al estudio de dos sistemas jurídicos: el de Estados Unidos y el alemán, como paradigmas de los sistemas anglosajones y de derecho continental, lo cual es una peligrosa reducción, pues deja de lado sistemas como el francés o el australiano, que dentro de la misma familia son notablemente distintos.

5. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, DE 23 DE MAYO DE 1969

La internacionalidad, se trata de un *pium desiderium*. Según algunos autores la internacionalidad es imposible, aunque existen mimbres de los que

³⁰² Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 6653 de 1993(*Journal du Droit International* 1993, p.1040-1047).

³⁰³ U.S. Northern District Court of New York de 9 de septiembre de 1994 (1994 U.S. Dist. LEXIS 12820).

³⁰⁴ Juzgado de primera instancia en lo Comercial n ° 10 de Buenos Aires, 23 de octubre de 1991(*UNILEX* 1996/I, 1991-10.1).

³⁰⁵ DIEDRICH, FRANK. "Maintaining Uniformity...p . 313.

partir: los criterios interpretativos codificados en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (BOE de 13 de junio de 1980).

Parece que la doctrina está de acuerdo en que la Convención sobre los Tratados es aplicable a la Parte IV de la CCIM, al menos entre los Estados que son Partes de ambas Convenciones, mientras que no son aplicables a esta Parte IV las normas de interpretación contenidas en la Parte General, ya que estas se dirigen no a los Estados sino a las partes contratantes o a los jueces y tribunales³⁰⁶.

Según algunos autores, al no existir omisión ni referencia expresa a dicha Convención, se debe entender esta aplicable por remisión tácita a la misma³⁰⁷.

No obstante la mayoría de la doctrina afirma que dicha Convención solamente se puede aplicar a la parte IV de la CCIM³⁰⁸, mientras que la interpretación del resto de la CCIM debe hacerse de acuerdo exclusivamente con los criterios del artículo 7, en especial, atendiendo al mandato de la interpretación autónoma.

Para Diedrich, el hecho de que esta Convención se dirija a los Estados y se refiera solamente a las obligaciones de los Estados contratantes entre sí en derecho internacional Público, hace que su aplicación a la CCIM se limite a la parte IV (89-101), referente a los procedimientos de adhesión y denuncia, así como las reservas permitidas. Por contra, las disposiciones de las Partes I a III de las CCIM se dirigen a las partes del contrato, sin constituir obligaciones de los Estados. Son obligaciones nacidas de los contratos privados, gobernados por normas específicas de interpretación: las contenidas en el artículo 7. Un ejemplo

³⁰⁶ HONNOLD, John O. "Uniform Laws for International Trade: Early "Care and Feeding"... p. 3.

³⁰⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, "Artículo 7" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario ...p. 104.

³⁰⁸ VOLKEN, Paul. "The Vienna Convention - Scope, Interpretation and Gap-filling", en SARCEVIC, Petar / VOLKEN, Paul. *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*, New York, London, Rome, 1986, p. 38.

es que la Convención obre Tratados impone la interpretación estricta de los mismos, mientras que el artículo 6 de la CCIM da absoluta libertad a la autonomía de la voluntad de las partes³⁰⁹.

No obstante, el mismo autor afirma que en caso de contradicción entre las versiones oficiales, se deben acudir a las reglas del Tratado de Viena de 1969.

Roth considera que los principios de interpretación de la Convención de 1969 son aplicables a la interpretación de los instrumentos de derecho uniforme:

Los criterios de interpretación de la Convención de 1969 se contienen en los artículos 31 a 33. Se recogen los criterios de buena fe, interpretación conforme al sentido ordinario de las palabras, de acuerdo con el contexto y de acuerdo con el propósito y objeto del Tratado. El contexto incluye el texto, preámbulo y anexos, además de acuerdos o instrumentos con ellos conectados, considerando también acuerdos y prácticas posteriores, otras reglas relevantes de derecho internacional que sean aplicables a las relaciones entre los Estados contratantes. Con especial atención al significado especial que las partes hayan querido dar a algún término. Como criterios suplementarios de interpretación se recogen los trabajos preparatorios y las circunstancias de la conclusión del Tratado, pero solamente para confirmar el significado obtenido conforme a los criterios anteriores, o en el caso de que estos sean ambiguos, oscuros, o lleven a resultados absurdos o no razonables. Respecto a los tratados multilingües, se afirma la igualdad de todas las versiones oficiales, salvo que los Estados hayan acordado la prevalecida de uno de los textos, establece la presunción de igualdad de significado de todas las versiones auténticas. En caso de que la comparación entre textos auténticos lleve a contradicciones que los criterios anteriores no resuelvan, se dará preferencia al significado que mejor reconcilie ambos textos, atendiendo al objeto e intención del Tratado.

Aunque no todos los países partes de la CCIM han ratificado la Convención de 1969, (Estados Unidos, Francia,...), Roth afirma que los criterios de interpretación en ella contenidos se pueden aplicar como derecho consuetudinario internacional.

³⁰⁹ DIEDRICH, FRANK. "Maintaining Uniformity...p. 314.

Como se puede observar, ninguno de estos criterios son contrarios a la interpretación autónoma de la CCIM, propuesta por la doctrina. Sin embargo, la aplicación de los mismos a la CCIM como costumbre internacional exige a los tribunales nacionales que tengan en cuenta cualquier acuerdo implícito derivado de la práctica subsiguiente de los Estados Contratantes (como la existencia de decisiones coincidentes de los tribunales), lo que promueve la interpretación uniforme³¹⁰.

Existen otras reglas específicas de derecho internacional consuetudinario en materia de interpretación de Tratados: la interpretación restrictiva, la reciprocidad y la prohibición de interpretar análogamente. Sin embargo, estos principios se aplican sólo si se justifica su uso para llegar a un resultado razonable, y nunca en contra del objeto e intención del Tratado. Normalmente estos principios son contrarios al objeto de una Ley Uniforme como la CCIM, por lo que no cabe su aplicación³¹¹.

6. CONCLUSIÓN: PROPUESTA METODOLÓGICA

Si bien son numerosísimos los autores que han escrito sobre la CCIM, pocos se han planteado de forma rigurosa un análisis del método adecuado para su interpretación. Por lo general se hacen referencias puntuales a los métodos que no deben ser utilizados, o a la diferente concepción y valoración de los mismos en las diferentes familias jurídicas, por ejemplo llamar la atención sobre la inaplicabilidad de una interpretación gramatical restrictiva en el sentido de los sistemas anglosajones.

³¹⁰ROTH, Marianne / HAPP, Richard. "Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law", en *RDU / ULR*, 1997-4, p. 704-705.

³¹¹ROTH, Marianne / HAPP, Richard...p. 703-704.

Los siguientes autores que han propuesto expresamente un método hermenéutico:

- Diedrich propone una interpretación escalonada que parte de la interpretación literal, siguiendo la interpretación histórica en el caso de que la literal no sea suficiente, en su defecto la transnacional, dando preferencia a la doctrina y jurisprudencia extranjera, frente al estudio comparado de sistemas jurídicos representativos de diversas familias jurídicas, buscando una solución común a todos o una solución de compromiso que no favorezca al concepto configurado en un determinado sistema jurídico. Finalmente el resultado debe contrastarse con el objetivo determinado en el Preámbulo³¹².

- Herber propone una interpretación gramatical y sistemática en primer lugar, y si se mantiene lo equívoco de tal interpretación, pasar a la interpretación conforme al objeto y propósito de la CCIM acudiendo a los trabajos preparatorios. El papel de la jurisprudencia es meramente aclaratorio del sentido prevalente de los términos³¹³.

- Roth entiende aplicables los criterios interpretativos de la Ley de Tratados.

En la jurisprudencia internacional pocas son las sentencias que han propuesto métodos hermenéuticos. Ya nos hemos referido a algunas al tratar de los principios de uniformidad e internacionalidad. A ellas hay que añadir una sentencia de la Cour de Cassation francesa³¹⁴, que señala que en caso de interpretaciones divergentes de una ley uniforme se aplican las normas de Derecho Internacional Privado³¹⁵.

³¹²DIEDRICH, FRANK. "Maintaining Uniformity...p. 303-338.

³¹³ROTH, Marianne / HAPP, Richard...p. 703.

³¹⁴ Caso Y. Loussouarn & J.D.Bredin, *Droit de commerce international*, n °445. Citada en THIEFFRY, Patrick. "Sale of Goods Between French and U.S. Merchants: Choice of Law Considerations Under the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *International Law Review*, 1988, n °22, p. 1017-1021.

³¹⁵RYAN, Lisa M. "The Convention on Contracts...p. 117.

Frente a estas propuestas metodológicas, en el método aquí propuesto se dará preferencia a la interpretación teleológica de la norma, teniendo en cuenta el mandato del artículo 7 de la CCIM, que impone los principios interpretativos de internacionalidad, uniformidad y buena fe, así como los principios del Preámbulo, (desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo, supresión de barreras sociales, jurídicas y económicas que obstaculizan el comercio internacional, en el marco del nuevo orden económico internacional).

Para decantar los principios aplicaremos el método histórico, pero en tanto que discrimine claramente una solución al problema planteado o bien descarte alguna de las soluciones pretendidas. Para ello tendremos en cuenta las discusiones de la Conferencia y en menor medida a los trabajos de UNCITRAL. Las referencias a la LUCI y a la LUFC serán excepcionales.

En determinados casos el legislador ha dejado en manos de los tribunales la concreción de algunas instituciones, (como la determinación de lo que es un plazo razonable), en estos casos la interpretación transnacional adquiere plena relevancia y los criterios de razonabilidad de tribunales y árbitros extranjeros deben tenerse en cuenta.

Si siguen siendo varias las posibles soluciones a la situación de hecho analizada, se interpretará sistemáticamente la CCIM, de tal forma que se adoptará una solución que no genere contradicciones en el sistema.

La interpretación literal será la que tenga menor importancia, ya que es la que ofrece más peligros para la uniformidad de la interpretación, sobre todo teniendo en cuenta que será imposible contrastar todas las versiones oficiales.

Muchas veces de la aplicación de estos métodos no se puede deducir claramente un principio, o bien se puede deducir de forma excesivamente general, sin posibilidad de aplicarlo a un supuesto de hecho concreto sobre el cual existen dudas. En estos casos el principio de interpretación uniforme e internacional nos obliga a tener en cuenta la jurisprudencia internacional. Sería posible que la solución a la que lleguemos aplicando la interpretación conforme a los métodos anteriores sea contradictoria con la jurisprudencia internacional mayoritaria. En ese caso la solución puede separarse de la tendencia general hasta la fecha, pero

esta debe ser tenida en cuenta y su refutación debidamente justificada. Si no existe un consenso, será conveniente analizar tanto los argumentos como la solución concreta dada en cada caso, y valorar la importancia de los tribunales en sus respectivos países a la hora de predecir si tales argumentaciones van a ser seguidas en el futuro, así como denunciar la influencia de la *lex fori* no uniforme en el caso de que exista. Los laudos arbitrales de tribunales no vinculados al comercio exterior de ningún país en concreto, serán considerados especialmente relevantes, tanto por su independencia como por su especialización en la materia. La ingente doctrina internacional se tendrá en cuenta en tanto incorpore nuevos argumentos o trate de problemas no resueltos por la jurisprudencia.

CAPÍTULO TERCERO. INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

La interpretación conforme a los criterios anteriores no resuelve todos los supuestos de hecho que se plantean en la práctica de la compraventa internacional. Sin embargo, estos supuestos sí entran dentro del ámbito de la CCIM, dentro del plan en el que el legislador internacional se basó. Estas cuestiones no excluidas por la Convención pero tampoco reguladas en ella son las lagunas *praeter legem*, y serán objeto de autointegración a partir de los principios generales deducidos del párrafo segundo del artículo 7 de la CCIM, y solamente en defecto de los mismos se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado.

Otras cuestiones escapan a la interpretación autónoma, bien por su misma naturaleza, bien por estar expresamente excluidas de la CCIM. Estas cuestiones, que son lagunas *intra legem* de la CCIM, se integran de forma heterónoma, acudiendo a los derechos nacionales, bien el del foro, bien el que corresponda de acuerdo con las reglas de derecho internacional privado.

En este Capítulo se señalan primero las excepciones a la interpretación autónoma estudiada en el Capítulo anterior. En segundo lugar se delimitan los aspectos de la compraventa internacional que entran dentro del ámbito de la CCIM, por lo que pueden ser objeto de autointegración conforme a las reglas del artículo 7, y cuáles se regularan por los respectivos derechos nacionales por estar fuera del ámbito de la CCIM. Para ello se interpretan los artículos de la CCIM relativos al ámbito de

aplicación. En tercer lugar, una vez centrados los aspectos que pueden ser objeto de una integración externa, determinamos los métodos de integración de las lagunas *praeter legem*, detallando los principios generales de la CCIM, concretando los que serán útiles para la integración del artículo 25. En cuarto lugar analizamos la relevancia relativa de los Principios UNIDROIT y de los Principios de la Unión Europea como criterios de integración de las lagunas de la CCIM . Finalmente se considera el juego de las normas de Derecho internacional privado como fuente integradora de último grado.

2. EXCEPCIONES A LA INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA

Que los conceptos contenidos en la CCIM se deban interpretar de forma autónoma, de tal forma que no se identifiquen con ningún sistema jurídico, para poderse integrar en todos ellos, no implica que todos los términos deban interpretarse autónomamente³¹⁶. Existen expresiones que deben interpretarse desde una perspectiva nacional. Tal es el caso del concepto de Derecho internacional privado citado en el artículo 1.1.b y en el artículo 7.2³¹⁷.

No se puede hablar de un concepto de Derecho internacional privado idéntico en los distintos países. En algunos países, el Derecho internacional privado da absoluta preferencia a la voluntad de las partes a la hora de determinar la ley aplicable, en otros esta elección carece de relevancia. A diferencia de estos, en los países en que la voluntad de las partes puede determinar la ley aplicable estas pueden acordar la aplicación de la CCIM, aunque de acuerdo con la propia normativa de la CCIM, en virtud de la aplicación del artículo 1.1.b, esta no sería de

³¹⁶FERRARI, Franco. "Brevi considerazioni critiche in materia di interpretazione autonoma ed applicazione uniforme della Convenzione di Vienna". *Riv. dir. civ.* 1998, p. 81-98.

³¹⁷FERRARI, Franco. "Brevi considerazioni... p. 87.

aplicación. Así, en las sentencias de la Oberlandesgericht Köln, de 22 de febrero de 1994³¹⁸; de la Oberlandesgericht Düsseldorf, de 8 de enero de 1993³¹⁹.

Otro ejemplo que manifiesta que la interpretación de Derecho internacional privado no puede ser autónoma es que si bien en la mayoría de países se ha eliminado la posibilidad de reenvío, sin embargo, en países como Austria la conservan, como manifiesta el laudo de la Bezirksgericht für Handelssachen Wien, de 20 de febrero de 1992.

En ningún documento de la Conferencia se pone de manifiesto que el concepto de Derecho internacional privado se refiera exclusivamente a un derecho sustancial. Y la CCIM no ofrece criterio alguno que solucione este problema, por lo que el criterio de interpretación autónoma no es suficiente para garantizar la uniformidad de la CCIM³²⁰.

3. LAGUNAS INTRA LEGEM

Se trata de las cuestiones excluidas de la CCIM, bien expresamente, las contenidas en el artículo 4, bien por estar fuera de su ámbito territorial y material, contenido en los artículos 1, 2 y 3. Estas cuestiones se regulan conforme a las

³¹⁸ Oberlandesgericht Köln, de 22 de febrero de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1994, p. 972-973). En un contrato entre una empresa nigeriana y una empresa alemana, en el que existía una cláusula que declaraba aplicable la ley alemana, se entendió que esta incluía la CCIM, aunque de aplicar las normas de derecho internacional privado, esta no hubiese sido aplicable.

³¹⁹ Oberlandesgericht Düsseldorf, de 8 de enero de 1993, (*Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1993, p.412-413). Una empresa alemana interpone una demanda contra la vendedora turca. En primera instancia las partes acuerdan la aplicación de la ley alemana, aunque aplicando las normas alemanas de derecho internacional privado sería otra la ley aplicable. El tribunal entiende aplicable la CCIM como norma reguladora de la compraventa internacional de mercaderías en Alemania.

³²⁰ En el mismo sentido, FERRARI, Franco. "Brevi considerazioni... p. p. 90.

normas de derecho internacional privado. Aunque tales cuestiones no se regulan por la CCIM, la definición de los términos de exclusión sí se realiza conforme a la interpretación autónoma de la CCIM.

Así, los conceptos de establecimiento y compraventa, del artículo 1; compra de consumo, de ventas de subasta, judiciales, valores mobiliarios, buques, electricidad, del artículo 2; servicio y parte principal en los contratos mixtos, del artículo 3; validez, propiedad, usos y responsabilidad, de los artículos 4 y 5, se interpretarán conforme a los criterios de internacionalidad, uniformidad y buena fe, sin tener en cuenta los conceptos similares en derecho interno.

3.1. CONCEPTOS INTERPRETADOS AUTÓNOMAMENTE

La jurisprudencia y la doctrina han interpretado autónomamente los estos conceptos para delimitar el ámbito de aplicación de la CCIM, separando los supuestos que, dentro de su ámbito, se regularán por las normas contenidas en esta, supletoriamente por sus principios generales y, en su defecto, por las normas de derecho internacional privado, y excluyendo de la aplicación de la CCIM otros supuestos que se regularán directamente por las normas de derecho internacional privado.

31.1. CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO

La CCIM sujeta su aplicación a que los contratantes tengan sus establecimientos en países distintos pero no define el concepto de establecimiento. Este debe deducirse de la interpretación autónoma de la Convención. Especialmente relevantes para la determinación del concepto son las interpretaciones sistemática e histórica, dado que son las que han sido adoptadas por la jurisprudencia.

La interpretación sistemática permite construir el concepto de establecimiento a partir del artículo 10, previsto para el caso de diversidad de establecimientos. Este es el criterio que se deriva de los Trabajos Preparatorios, que en ningún momento discutieron el concepto de establecimiento reconocido en los artículos 1 de la LUCI y de la LUFC.

Por establecimiento debe entenderse el lugar permanente, regular y estable de la actividad comercial de una parte, es decir, el lugar habitual de producción de bienes y servicios, dotado de una organización propia diferenciada, duradera por cierto tiempo. No es necesario que sea la sede social, puede ser una agencia o una filial. Es necesario que haya una conexión real entre la parte contratante y el lugar, no basta un mero registro³²¹. Se debe tener especial consideración al lugar de cumplimiento del contrato, según los términos del artículo 10³²². Por contra, no son establecimientos el mero lugar donde se haya celebrado el contrato, o donde se haya realizado la negociación o preparado el contrato³²³.

Supuestos conflictivos analizados por la doctrina y la jurisprudencia confirman esta conceptualización autónoma del concepto de establecimiento:

³²¹NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. *La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*. Edité par François Dessemontet. Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne. Lausanne, 1993. p. 41-42.

³²²La doctrina insiste en que es más relevante para las partes el lugar de cumplimiento del contrato que el lugar de su celebración. HONNOLD, John. *Uniform Law for international Sales. Under the 1980 United Nations Convention*. Ed. Kluwer. Deventer, The Neetherlands, 1982. p. 81. En este sentido coinciden también el Tratado de Roma de 1980, y los de La Haya de 1955 y 1986.

³²³JAYME, Erik. "International Sales Contracts", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987. p.30.

- Persona física. No tiene establecimiento entendido como sede social. Se le aplica la regla subsidiaria del artículo 10. b. Es decir, será al lugar de residencia habitual³²⁴.
- Filial. Es todo establecimiento real que participa en nombre propio en el comercio, en relación con el contrato de compraventa en cuestión, disponiendo de facultades de decisión reales, y establecido por cierto tiempo concreto³²⁵. Se considera como establecimiento a los efectos de la CCIM. Si el negocio se realiza con la matriz y esta tiene su sede en el extranjero, la compraventa se rige por la CCIM³²⁶.
- Establecimiento sin competencias propias para la celebración y ejecución de contratos, no son establecimiento³²⁷.
- Oficinas de negocios (*liaison offices*), simplemente establecen contactos con posibles clientes y su ampliación, sin llegar a la celebración independiente de contratos, no son filial³²⁸. En este sentido se ha pronunciado la Cour d'Appel de Paris, en sentencia de 22 de abril de 1992³²⁹, confirmada por la Cour de Cassation, en sentencia de 4 de enero de 1995.

³²⁴El problema es que tampoco se establece en la CCIM un criterio para la determinación de lo que es residencia habitual. En todo caso antes de adoptar criterios de derecho interno, parece que lo más adecuado es interpretar el término de forma similar al de establecimiento, dando preferencia a la cuestión fáctica de prestación o cumplimiento de las obligaciones antes que al lugar de celebración del contrato.

³²⁵PILTZ, Burghard. "El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n.º 3 (1992), p. 946.

³²⁶MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 39.

³²⁷PILTZ, Burghard. "El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n.º 3 (1992), p. 946.

³²⁸PILTZ, Burghard. "El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n.º 3 (1992), p. 946.

³²⁹ Primera instancia: Tribunal de commerce de Paris, 6 de noviembre de 1991. Segunda instancia: Cour d'Appel de Paris, 22 de abril de 1992, (*UNILEX 1995/II*, 1992-9.1). Casación: Cour de Cassation, 4 de enero de 1995, <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/040195v.htm>. Un comprador

- No es establecimiento el lugar de estancia durante horas o días de una persona con facultades de decisión en un despacho, que ponga a su disposición sala de juntas, personal auxiliar y medios de comunicación.
- Ferias. La presencia temporal en una feria no da lugar a establecimiento.
- La pluralidad de establecimientos. Es normal que una empresa que contrata con el extranjero, en general una multinacional, tenga varios establecimientos en distintos países. Muchas veces no existirá problema, la matriz se relaciona con los terceros a través de las filiales en el país correspondiente, aplicándose el derecho interno³³⁰. Otras veces la matriz estará interesada en establecer relaciones directamente, aplicando el derecho internacional³³¹. En estos casos surge el problema de a cuál de los establecimientos de la multinacional debe entenderse vinculada la operación, lo que es esencial tanto para la determinación de la aplicabilidad de la CCIM, como para otras referencias al concepto de establecimiento que en la misma se establecen en los artículos 12, 20, 24, 31, 42, 96, 57. Este problema fue tratado en la Convención sobre prescripción (artículo 2) y fue resuelto mediante una norma de interpretación expresa que opta por el criterio de la proximidad con el contrato y con su ejecución. Esta solución fue recogida jurisprudencialmente a raíz de un problema similar surgido en la aplicación de la LUCI³³². La CCIM recoge este criterio en su artículo 10.a.

francés encargó al vendedor alemán una serie de pedidos de componentes electrónicos. El pedido se formuló por medio de la oficina de la empresa alemana en Francia. La Corte entiende que la oficina de la empresa alemana en Francia carecía de personalidad jurídica por lo que el contrato era un contrato de compraventa internacional entre la empresa alemana y la francesa.

³³⁰ OLAVO BAPTISTA, Luiz. "Unificação internacional e harmonização do direito no campo das sociedades multinacionais", en *Revista de Direito Civil. Imobiliário, Agrário e Empresarial*, ano 6 Julho/Setembro/1982.

³³¹La jurisprudencia demuestra que no es algo frecuente, ya que la mayoría de casos incumben a medianas empresas.

establece que en ese caso será de aplicación el establecimiento que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración. Se trata de un criterio que ha sido seguido por Convenciones posteriores, como la de Roma de 1980, y por legislaciones nacionales, como el EGBGB alemán³³³. Según esto se tiene en cuenta el lugar de cumplimiento del contrato pero tal y como se concibió en el momento de la celebración o en algún momento anterior, nunca en virtud de relaciones posteriores a la celebración del contrato³³⁴. El problema se plantea en saber qué debe entenderse por "relación más estrecha". La CCIM aporta un elemento de flexibilidad en la interpretación, a la vez que de ambigüedad³³⁵. Por una parte habla del lugar de celebración, pero por otra del lugar de cumplimiento del contrato. Además se debe tener en cuenta la voluntad de las partes en el momento de la celebración, pero también en cualquier momento anterior, lo que introduce un elemento más de flexibilidad. En la compraventa la prestación más característica se considera la entrega de la cosa, de acuerdo con la jurisprudencia internacional: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n ° 7 de Buenos Aires, en sentencia de 20 de mayo de 1991³³⁶, en este caso manifestado por la dirección que constaba en la factura emitida por el vendedor.

³³²Bundesgerichtshof de 2 de febrero de 1982, en *IPrax*, 1983, p. 228. En ella se establece que el contrato realizado por una empresa alemana y corporación americana, (a través de su filial en Holanda), se entiende realizado entre la empresa alemana y la filial holandesa.

³³³CALVO CARAVACA, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.p. 145.

³³⁴RAJSKI, Jerzi. "Establecimiento" en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary...* p. 117.

³³⁵RAJSKI, Jerzi. "Establecimiento" en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary...*p. 117.

- ausencia de establecimientos. En este caso se aplica el lugar de residencia habitual según el artículo 10.b. Este ha sido el criterio residual adoptado también por Convenciones posteriores, como la de Roma de 1980, o la de La Haya de 1986. Es un criterio que sustituye al de domicilio, que era susceptible de diversas interpretaciones por las distintas definiciones del mismo según los países. El criterio de residencia habitual tampoco se define³³⁷ en la CCIM, aunque parece menos conflictivo pues hace referencia a una situación fáctica³³⁸. No obstante también puede dar lugar a discrepancias puesto que algunos autores entienden que el criterio de determinación de la residencia debe ser únicamente objetivo, presencia física durante un determinado periodo de tiempo, mientras que otros entienden que junto a esa presencia física debe existir un elemento subjetivo, al ánimo de continuar en ese lugar residiendo. En todo caso parece que los elementos de los que no se puede prescindir para la calificación de establecimiento son que exista una larga estancia, una situación fáctica capaz de ser conocida objetivamente, que implique un alto grado de estabilidad. Para averiguarlo se debe atender a las circunstancias personales o profesionales de las partes, y en especial a la intención de vincularse a ese lugar, siempre que sea reconocible o inferible por las circunstancias del hecho³³⁹.

³³⁶ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n°7 de Buenos Aires, 20 de mayo de 1991, (BETTSCHART, Sébastien (ed.), *Les ventes internationales*. Lausanne, CEDIDAC, Vol.6, 1998, p.32-33). Un contrato entre un vendedor estadounidense y un argentino está sujeto a la CCIM en virtud de su artículo 1.1.a. De acuerdo con la factura el vendedor tenía su establecimiento en Ohio. Las cuestiones no tratadas en la CCIM se sujetan a la ley del vendedor, dado que la ley aplicable es la ley del domicilio del responsable de la prestación más característica, de acuerdo con las normas de derecho internacional privado.

³³⁷ Parece que de forma deliberada para permitir una determinación según los casos, que en todo caso deberá atender a la uniformidad e internacionalidad de las soluciones. RAJSKI, Jerzi. "Establecimiento" en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary...p. 120.

³³⁸ RAJSKI, Jerzi. "Establecimiento" en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary...p. 119.

31.2. CONCEPTO DE PARTE

Las partes son comprador y vendedor. otras personas a las que la CCIM hace referencia pero que no son parte, son: transportista, subcontratista, recomprador, tercero.

Es indiferente la nacionalidad de las partes y que estas tengan naturaleza civil o mercantil. Con ello se evitan conflictos de calificación de derecho internacional privado no resueltos³⁴⁰. Aunque lo normal es que la transacción que se regula por la CCIM sea claramente mercantil, teniendo en cuenta la exclusión de las compraventas de consumo recogida por el artículo 2. Cabe la posibilidad de que algún caso de compraventa civil, tal como la califica *sensu contrario* los artículos 325 y 326 del Código de Comercio³⁴¹ español, pueda regularse por la CCIM.

En los trabajos preparatorios se estableció claramente que un agente no podía ser considerado como parte en el contrato de compraventa, aunque se discutió si un agente podía considerarse establecimiento del comisionista. Los mismo argumentos se reprodujeron en los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra sobre el contrato de Agencia en compraventa internacional de mercaderías de 1983, en la que se establece la importancia de la conexión real del

³³⁹RAJSKI, Jerzi. "Establecimiento" en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary...p. 120.

³⁴⁰CALVO CARAVACA, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p. 51.

³⁴¹ Por ejemplo, la exclusión de las compraventas de agricultores y ganaderos de la calificación de mercantil, del artículo 326 del Código de Comercio. Exclusión que se da en otros ordenamientos. PIERRE, Vivica. "What do Farmers impliedly Warrant when they sell their Livestock: a Comparison of the Uniform Commercial Code, the Louisiana Civil Code, and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Southern University Law Review*, Vol.19, 1992, p. 357-402.

agente con el negocio, de tal forma que el mero hecho de que un agente tenga poder para contratar en nombre de otro no es suficiente para considerarlo establecimiento de este³⁴². Por otra parte, la misma redacción de la Convención Ginebra sobre el contrato de Agencia en compraventa internacional de mercaderías distingue entre el contrato de compraventa y el de agencia, excluyendo que el agente sea parte en el contrato de compraventa.

El problema más importante en la calificación de una persona como parte es el de la determinación del concepto de representante. El representante comercial, que actúe en nombre ajeno con efectos por y contra el representado no se constituye como filial del representado³⁴³. El problema de la representación nos plantea la pregunta de qué domicilio debe entenderse como válido a efectos de la calificación de la compraventa, ¿el del representante o el del representado?. Ante el silencio de la CCIM la doctrina afirma que se debe acudir al derecho nacional³⁴⁴.

La jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones: El Landgericht Hamburg, en sentencia de 26 de septiembre de 1990³⁴⁵, el Kammergericht Berlin, el 24 de enero de 1994³⁴⁶,

³⁴² BONELL, Michael Joachim. "Una nuova disciplina in materia di rappresentanza: La Convenzione di Ginevra del 1983 sulla rappresentanza nella compravendita internazionale di merci", en *Rivista di diritto commerciale*, 1983, p. 273-315.

³⁴³ PILTZ, Burghard. "El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n.º 3 (1992), p.946. Por contra en MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 40. se establece que en caso de que el contrato se realice a través de representante que se manifiesta como tal actuando abiertamente en nombre del representado, debe entenderse que el establecimiento a considerar es el del representante. Otra cosa es que se deba tener en cuenta la validez de la representación, lo que corresponde determinar a la ley nacional.

³⁴⁴ CALVO CARAVACA, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p. 50.

³⁴⁵ Landgericht Hamburg, 26 de septiembre de 1990, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1990, p.1015-1019). Una compañía italiana reclama el pago del precio de las mercaderías entregadas a una compañía alemana que actuó en representación de otra compañía alemana que no se llegó a constituir legalmente. Se condena al pago a la compañía alemana, en virtud de la aplicación de las normas de derecho internacional privado alemán.

Amtsgericht Alsfeld, el 12 mayo 1995³⁴⁷, Tribunal d'Appellazione di Ticino, 12 de febrero de 1996³⁴⁸, no califican de forma autónoma el concepto de representante, sino conforme a las reglas de derecho internacional privado. Sin embargo, a efectos de determinación del lugar de establecimiento, la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n ° 18 de Buenos Aires, de 20 de octubre de 1989³⁴⁹, asertó que la compraventa realizada mediante un representante se ha realizado no con el establecimiento del representante sino con el del representado.

31.3. CONCEPTO DE COMPRAVENTA

En el artículo 1 de la CCIM se afirma que la CCIM se aplica a los contratos de compraventa, si bien no define el concepto de compraventa.

La calificación de un contrato como contrato de compraventa es una cuestión previa a analizar por los tribunales o árbitros a la hora de determinar la aplicación de la CCIM³⁵⁰.

³⁴⁶ KG Berlin, 24 enero 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1994, p. 683-684).

³⁴⁷ AG Alsfeld 12 mayo 1995, (*Neue Juristische Wochenschrift-RR* 1996, p. 120-121), afirma que la representación derivada de un contrato de agencia no es una materia comprendida dentro de la CCIM, por lo que será el derecho nacional el que determine la validez de las modificaciones de las condiciones del contrato realizadas por el representante.

³⁴⁸ Tribunal d'Appellazione di Ticino, 12 de febrero de 1996. (*UNILEX 1997/I*, 1996-3.1.1). Aplica la ley nacional porque el contrato de agencia se excluye de la CCIM en virtud del artículo 4.

³⁴⁹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n ° 18 de Buenos Aires, de 20 de octubre de 1989, (*UNILEX 1995/II*, 1989-7).

³⁵⁰ Un ejemplo es el laudo de la Cámara de Comercio Internacional n ° 8128 de 1995. *Journal de Droit International* 1996, 1024-1028. La primera cuestión analizada por el árbitro es si el contrato sobre el que versa el litigio es o no una compraventa, si bien llega a tal conclusión sin definir el contrato sino que se remite a la designación realizada por las partes dada en el preámbulo del contrato, según la cual "el vendedor vende y el comprador compra el producto siguiente en las

Existen diversas definiciones dadas por diversos autores, de las que aquí se exponen las siguientes a modo de ejemplos:

- PILTZ³⁵¹- "la Convención se aplicará en principio a todos los contratos cuyo objeto sea el suministro de mercancías ligado a la obligación de cesión de la propiedad sobre la mercancía contra el pago de precio".

- SAMSON³⁵²- Parte de la definición del Código Civil de Quebec, (artículo 1708), y extrae de la CCIM los derechos y obligaciones del artículo 30 y 53. Define la compraventa como el contrato por el que el vendedor se obliga a entregar las mercaderías y a transmitir la propiedad, y el comprador se obliga a pagar el precio y recibir las mercaderías.

- NEUMAYER / MING³⁵³, los contratos de compraventa se definen de la forma clásica por las obligaciones del comprador y el vendedor de los artículos 30 y 53: en el sistema de la CCIM, la compraventa es el contrato por el cual una parte se obliga a entregar una cosa, a transmitir la propiedad, y, en su caso, a entregar cualesquiera documentos relacionados con aquellas, mientras que la otra se compromete a pagar un precio y recibirla.

condiciones siguientes". No estoy de acuerdo con este argumento, puesto que el contrato será o no de compraventa según el contenido de derechos y obligaciones de las partes, el contrato es el que es no el que las partes dicen que es. Esto debe ser tanto más cierto en la compraventa internacional, en la que la tendencia debe ser precisamente la de abandonar calificaciones y formulas jurídicas y atender a la realidad, a la naturaleza jurídica real del contrato.

³⁵¹PILTZ, Burghard."El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n °3 (1992), p.944.

³⁵²SAMSON, Claude." Exportation de biens et de services: La convention des nations unies sur la vente interationale de marchandises". en *Conférence Meredith Lectures 1993. Les transactions transfrontalières de marchandises*. Faculté de droit, Université McGill. Cowansville, Québec. 1994. p.42.

³⁵³NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p.38. En el mismo sentido, mencionando el 433 BGB, en HERBER, Rolf/ CZERWENKA, Beate. *Internationales Kaufrecht. UN-Übereinkommen über die Verträge über den internationalen Warenkauf. Kommentar*. Ed. Beck's. München, 1991. p.16.

De la propia CCIM se puede definir la compraventa a que se refiere, atendiendo a los derechos y obligaciones que corresponden a comprador y vendedor y que del texto se deducen como obligaciones principales de las partes. Atendiendo a los artículos 30, (obligaciones del vendedor), y 53, (obligaciones del comprador), puede definirse como compraventa el contrato por el que una persona, vendedor, se obliga a entregar mercaderías, transmitir su propiedad y entregar todo tipo de documentos relacionados con aquellas, a cambio de un precio por parte de otra, comprador, obligada a la recepción de las mismas.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el concepto de compraventa en el laudo de la Cámara de Comercio Internacional n °8128 de 1995³⁵⁴, en él el árbitro califica el contrato como contrato de compraventa porque las partes, de mutuo acuerdo, lo califican como tal. La sentencia del Oberlandesgericht Köln, de 26 de agosto de 1994³⁵⁵, afirma que la compraventa de mercaderías se caracteriza por la transmisión de la propiedad sobre un objeto, por lo que no es compraventa el contrato por el que una parte se obliga a la entrega de un estudio de mercado a cambio de precio, aunque el estudio se incorpore a un papel.

³⁵⁴ Cámara de Comercio Internacional, laudo n ° 8128 de 1995, (*Journal de Droit International* 1996, 1024-1028). La primera cuestión analizada por el árbitro es si el contrato sobre el que versa el litigio es o no una compraventa, si bien llega a tal conclusión sin definir el contrato sino que se remite a la designación realizada por las partes dada en el preámbulo del contrato, según la cual "el vendedor vende y el comprador compra el producto siguiente en las condiciones siguientes". No estoy de acuerdo con este argumento, puesto que el contrato será o no de compraventa según el contenido de derechos y obligaciones de las partes, el contrato es el que es no el que las partes dicen que es. Esto debe ser tanto más cierto en la compraventa internacional, en la que la tendencia debe ser precisamente la de abandonar calificaciones y fórmulas jurídicas y atender a la realidad, a la naturaleza jurídica real del contrato.

³⁵⁵ Oberlandesgericht Köln, de 26 de agosto de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1994, p. 970), en ella un centro suizo de investigación de mercados elaboró y entregó un estudio a una empresa alemana, que no lo pagó por entender que no se había realizado conforme a lo pactado. El tribunal entendió que la entrega del estudio contra el pago del precio no era un contrato de compraventa, porque la compraventa de mercaderías se caracteriza por la transmisión de la propiedad sobre un objeto, y en este caso, aunque el informe se fijó en un papel, el objeto pactado por las partes no era la entrega del papel sino la transmisión del derecho a usar las ideas escritas en él.

Según la doctrina³⁵⁶, basada en el articulado de la CCIM, quedan incluidas en el concepto de compraventa las realizadas a distancia, el contrato de suministro, (artículo 73), las compras en que el objeto debe ser especificado por el comprador, contándolo, pesándolo o midiéndolo, (artículo 65), y las compras bajo prueba, (artículo 35.2.c).

31.4. CONTRATOS MIXTOS

También se regulan como compraventa, aunque sean contratos mixtos de compraventa y obra o prestación de servicios.

Se pueden regular por la CCIM los contratos de suministro industrial del artículo 3.1, es decir, el suministro de mercaderías que hayan de ser fabricadas o producidas. Son los contratos en el que una parte (comprador) asume la obligación de proporcionar una parte sustancial³⁵⁷ de los materiales necesarios para la manufactura o producción de las mercancías, artículo 3.1. in fine. En estos casos se trata más de un contrato de obra que de suministro³⁵⁸. Para saber si un contrato de este tipo se halla en el ámbito de la CCIM se debe realizar una valoración cuantitativa ponderada de todos los materiales necesarios para llegar a

³⁵⁶HERBER, Rolf, en von CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Ed. Beck's. München, 1990, p. 47. De hecho este mismo criterio había seguido la jurisprudencia de los tribunales alemanes a la hora de aplicar la ULIS.

³⁵⁷"Parte sustancial" no quiere decir parte esencial ni tampoco necesariamente la mayor parte, basta con que sea una parte considerable. Por este motivo se eliminó la referencia a "parte esencial" existente en el artículo 6 de la ULIS. *UNCITRAL Yearbook, Vol.II, 1971, New York, 1972, p.64.* KHOO, Warren. "Goods to be produced and services", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary...*p. 43. (Atención a la versión alemana que ha mantenido "einen wesentliche Teil"(una parte esencial) en vez del requisito menos exigente que supone "sustancial".

³⁵⁸PILTZ, Burghard."El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley.* n °3 (1992), p.945.

la atribución final³⁵⁹. Lo que no es pacífico en la doctrina es si en la determinación de lo que es parte sustancial se deben incluir las partes técnicamente necesarias por el vendedor que deban ser suministradas por el comprador³⁶⁰. Sin embargo estos contratos entran en el ámbito de la CCIM si el vendedor ha adquirido del comprador los materiales necesarios en virtud de un contrato jurídicamente diferenciable³⁶¹.

Los contratos en que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios, (artículo 3.2), también pueden ser regulados por la CCIM. En los contratos de entrega y contratos de montaje, en los que la parte principal³⁶² sea realizar trabajos suplementarios u otros servicios que no sean obligaciones típicas de la compraventa la valoración de los bienes y de los servicios prestados deviene fundamental. En principio, parte esencial significa más del 50 por ciento del valor total del contrato, si bien se debe proceder con cautela a la hora de determinar este valor, puesto que la práctica del mercado internacional de suministros es que

³⁵⁹GARRO/ZUPPI. *Compraventa internacional de mercaderías*, 1990, p.74. Afirma que sería conveniente establecer si a la hora de valorar se debe atender a una valoración objetiva según criterios de mercado, o una valoración subjetiva relativa, es decir la que cada una de las partes tuvo en cuenta y dio a conocer a la otra, o la otra no pudo desconocer.

³⁶⁰Parte de la doctrina las considera como no sustanciales en el sentido del artículo 3.1, PILTZ, Burghard."El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n ° 3 (1992), p.944. No obstante, otro sector doctrinal considera que el concepto "sustancial" es vago, por lo que permite la flexibilidad de interpretación, con lo que deberá estarse al caso concreto, poniendo como ejemplo el caso de que la parte, no siendo cuantitativamente importante, sí sea técnicamente necesaria, considerando que en este caso sí es parte sustancial. ENDERLEIN, Fritz/ MASKOW, Dietrich/ STATGARD, Monika. *Kaufrecht Konvention der UNO*. Ed. Staatsverlag der Deutschen Demokratik Republik. Berlin. 1986. p. 39. Se puede añadir aquí la regulación similar al CC español sobre lo que es parte principal y accesoria en los supuestos de comixión y especificación.

³⁶¹PILTZ, Burghard."El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n °3 (1992), p. 945.

³⁶²Aquí sí se habla de parte principal y no de parte sustancial ni de parte esencial.

por razones aduaneras o de control de cambios se efectúen facturaciones por valor distinto a la valoración realmente realizada por las partes. En estos casos lo decisivo será atender a la voluntad de las partes y a la naturaleza y objeto del contrato³⁶³.

La jurisprudencia ha interpretado este artículo 3 caso por caso, siendo esencial la valoración objetiva de los servicios o de las materias primas a la hora de determinar si la parte preponderante de estos contratos mixtos, normalmente de fabricación o de compraventa con instalación, es la compraventa o bien la prestación de servicios:

- Oberlandesgericht Frankfurt, de 17 de diciembre de 1991³⁶⁴. En un contrato de suministro de zapatos de acuerdo con un diseño aportado por el comprador, se entiende que es aplicable la CCIM, ya que la actividad de diseño no era parte preponderante del negocio jurídico.
- Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7153 de 1992³⁶⁵. El contrato de compraventa de material para la construcción de un hotel que incorporaba los costes de ensamblaje, se rige por la CCIM, ya que en la factura constaba que el precio de dichos materiales era muy superior al del montaje.
- Cour d'Appel de Chambéry, de 25 de mayo de 1993³⁶⁶. El tribunal entendió que el contrato en virtud del cual el vendedor se comprometió a fabricar componentes electrónicos con base en los diseños proporcionados por el comprador y ensayados conforme a los estándares de calidad de este no entraban dentro del concepto de compraventa regulado por la CCIM, dado que la parte ordenante de la compra había suministrado una parte sustancial de los materiales necesarios para la manufactura de los productos.

³⁶³ GARRO/ZUPPI. *Compraventa interancional de mercaderías*, 1990, p. 75.

³⁶⁴ Oberlandesgericht Frankfurt, 17 de septiembre de 1991, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, p.950).

³⁶⁵ Cámara de Comercio Internacional, caso n °7153 de 1992, (*Journal du Droit International*, 1992, p.1005).

³⁶⁶ Cour d'Appel de Chambéry, de 25 de mayo de 1993, (*Revue de jurisprudence commerciale*, 1995. p. 242-244).

- Richteramt Laufen des Kantons Berne, de 7 de mayo de 1993³⁶⁷. Entiende aplicable la CCIM a un contrato de suministro de bienes para ser manufacturados, considerando que las obligaciones de prestar determinados servicios por el vendedor no eran obligaciones preponderantes.
- Handelsgericht Zürich, 9 de septiembre de 1993³⁶⁸. En ella se declara aplicable la CCIM a un contrato de fabricación de mobiliario en el que el comprador no ha aportado una parte importante materias primas.
- Cámara de Comercio Internacional, de 23 de agosto de 1994³⁶⁹. El contrato obligaba al vendedor a producir, consignar e instalar maquinaria industrial, con obligaciones adicionales de mantenimiento de la maquinaria y formación de personal responsable de su mantenimiento. El Tribunal no entra en al consideración si la prestación de los servicios de mantenimiento y formación supone una parte preponderante de las obligaciones asumidas por el vendedor.
- Oberstergerichtshof, de 27 de octubre de 1994³⁷⁰. Entendió que la CCIM no era aplicable porque el comprador había suministrado al vendedor una parte sustancial de los materiales necesarios para la producción de los bienes que le encargó, así como porque la obligación del vendedor consistía principalmente en aportar trabajo y servicios consistentes en la transformación de los productos suministrados previamente por el comprador.
- Oberlandesgericht München, n ° 7 U 3758/94, de 8 de febrero de 1995³⁷¹. La razón de la aplicación de la CCIM en una compraventa de productos químicos se fundamenta en que el comprador no suministra ninguna materia prima para la fabricación de los mismos.
- Cour d'Appel de Grenoble, de 26 de abril de 1995³⁷². En una compraventa de almacén usado por 500.000 Francos Franceses, se considera que los costes de desmantelamiento y entrega del

³⁶⁷ Richteramt Laufen des Kantons Berne, de 7 de mayo de 1993, (*Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1995, p.277).

³⁶⁸ Handelsgericht Zürich, 9 de septiembre de 1993 (*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1995, p.278).

³⁶⁹ Cámara de Comercio Internacional, n °7660, (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1995, n °6, p.69).

³⁷⁰ Obergerichtshof, 27 de octubre de 1994. (*ZfRV*, Vol.36, 1995, p.159-162).

³⁷¹ Oberlandesgericht, 8 de febrero de 1995, n °7 U 3758/94, (*UNILEX 1995/II*, 1995-4).

³⁷² Cour d'Appel de Grenoble, de 26 de abril de 1995, (*UNILEX*, 1996/I, 1995-15).

mismo (118.200 Francos Franceses) son parte del contrato de compraventa, sin que tal importe se considere como parte preponderante de las obligaciones contractuales.

- Corte Suprema di Cassazione, de 9 de junio de 1995³⁷³. Cambia el criterio objetivo de valoración por un criterio subjetivo. Un contrato de fabricación y suministro de prendas de cuero que debían ser grabadas con la marca del comprador, se considera no como un contrato de compraventa sino como un contrato de prestación de servicios, dado que los materiales son simplemente medios para cumplir con la intención esencial de las partes, que es la producción de los bienes.

31.5. PERMUTA Y CONTRATOS COLIGADOS

La permuta (*barter*)³⁷⁴, queda fuera de la aplicación de la CCIM, ya que la contraprestación no se realiza en metálico, sin embargo incluyen en el ámbito de la CCIM contratos que tienen una naturaleza jurídica similar como son las *counter purchase*, o compraventas recíprocas³⁷⁵. La Secretaría analizó el problema y llegó a la conclusión de la concertación de un contrato que sea estrictamente de permuta es poco frecuente en comercio internacional, por lo que la Secretaría recomendó que no fuera objeto de uniformización³⁷⁶. Lo que sí es frecuente en

³⁷³ Corte Suprema di Cassazione, de 9 de junio de 1995, (*Foro Italiano*, 1997, p. 562).

³⁷⁴ Problema de la aplicación del 1446 del CC, si parte es precio y parte intercambio de bienes.

³⁷⁵ PILTZ, Burghard. "El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n °3 (1992), p. 944.

³⁷⁶ Documento A/CN.9/159, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Vol.X, 1979, Nueva York, 1980, p. 37.

comercio internacional son contratos complejos en los que existe una compensación de saldos entre los comerciantes, que cumplen una finalidad económica similar a la permuta. También concluye que no se pueden calificar a estos tipos de contratos de una forma unitaria lo que según WINSHIP debe entenderse como una sugerencia de que no deben entrar en el ámbito de la CCIM³⁷⁷.

En algunas legislaciones nacionales los contratos de permuta se regulan como si fuera una compraventa, en otras, no. Ciertamente es que las partes deben cumplir con todas las obligaciones de comprador y vendedor excepto la del pago. Ningún artículo de la CCIM se establece que el pago deba hacerse en dinero³⁷⁸ o en signo que lo represente³⁷⁹. Sin embargo, el pago es una obligación esencial del comprador que se recoge en el artículo 53 de la CCIM. Además, de admitirse la permuta en el ámbito de la CCIM, sería difícil la aplicación del artículo 58 sobre el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de las partes. Magnus³⁸⁰ excluye la permuta del ámbito de la CCIM porque una de las obligaciones del comprador es el pago del precio que debe hacerse con dinero u otros medios de pago, entre los que no se encuentra otra mercadería. En la Conferencia de la Haya se decidió excluir del LUCI. En la Conferencia de Viena el tema no fue objeto de cambio, es más, la UNCITRAL entró a discutir una propuesta de reglas para la regulación de la permuta de forma separada a la compraventa. Todo ello lleva a la conclusión de

³⁷⁷ WINSHIP, Peter. "The Scope of the Vienna Convention on the International Sale Contracts" en GALSTON, Nina M./SMIT, Hans. (ed.) *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Ed. Mathew Bender & Co. New York. 1984. p. 24.

³⁷⁸ KRITZER, *Guide to practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods*, New York. 1990. p. 70.

³⁷⁹ A diferencia de nuestro art. 1445 del Código Civil español.

³⁸⁰ MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 32.

que la permuta no entra en el ámbito de la CCIM, por lo que se regulará por el derecho doméstico.

Congruente con esta idea, Magnus entiende que las *counterpurchase* y las *compensation* tampoco entran en el ámbito de la convención siempre que se pruebe que las compras realizadas forman parte de un único contrato en el que el precio no ha sido pagado en dinero. En la práctica depende de la voluntad de las partes la aplicación de la CCIM, ya que si deciden establecer un equivalente en precio de las respectivas compraventas de compensación se aplica la CCIM, mientras que si no quieren tal aplicación bastará con que realicen una permuta pura y simplemente. La doctrina³⁸¹ admite dentro del ámbito de la CCIM las operaciones de pago por compensación (*compensation*). Se equipara a la compraventa el contrato en el que en dos operaciones contrapuestas se pacta el suministro contra el pago, pudiendo estar estos contratos ligados entre sí legalmente de forma que el resultado económico constituya un intercambio mutuo de suministros de mercancías (*counter purchase*). Se trata de dos contratos que entran en el ámbito de la CCIM en sentido estricto, pero que en realidad suponen una permuta en sentido económico, (y no debemos olvidar que la CCIM es fruto de una necesidad de unificación jurídica a partir de criterios eminentemente prácticos dirigidos a una mayor eficiencia del comercio internacional).

En todo caso la solución deberá ser individualizada, según la estructura de cada contrato³⁸².

La jurisprudencia no ha tratado el tema de los intercambios mutuos de mercaderías, pero sí el de contratos coligados de licencia, fabricación y compraventa de mercaderías.

La resolución del Richteramt Laufen des Kantons Berne, de 7 de mayo de 1993³⁸³, asertó que la reclamación del saldo resultante de un contrato de esas características se regulaba por el

³⁸¹NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p. 38.

³⁸²ENDERLEIN, Fritz/ MASKOW, Dietrich/ STATGARD, Monika. *Kaufrechtkonvention der UNO*. Ed. Staatsverlag der Deutschen Demokratik Republik. Berlin. 1986. p. 34-35.

artículo 3.2 de la CCIM, incorporando esos servicios como parte no preponderante dentro del contrato de compraventa.

La jurisprudencia alemana y la holandesa han tratado el tema de la compensación de créditos en las siguientes sentencias: en Holanda, las de Arrondissementsrechtbank Roermond, de 6 de mayo de 1993³⁸⁴ y Arrondissementsrechtbank Middelburg, de 25 de enero de 1995³⁸⁵; en Alemania, las de Oberlandesgericht Hamm, 9 de junio de 1995³⁸⁶, Amtsgericht München, 23 de junio de 1995³⁸⁷, Oberlandesgericht Stuttgart, de 21 de agosto de 1995³⁸⁸, Oberlandesgericht Düsseldorf, de 11 de julio de 1996³⁸⁹. En todas ellas, se afirma que la compensación, con cargo al precio, de los gastos que el comprador ha realizado en la reparación o sustitución de las mercaderías quedan fuera del ámbito de la CCIM.

La compraventa *nummo uno* es poco frecuente en compraventa internacional, si bien ha sido tratado por la doctrina. MAGNUS³⁹⁰, incluye en esta las compraventas con precio simbólico y las de precio notoriamente bajo, concluyendo que se hallan fuera del ámbito de la CCIM. No obstante, si la

³⁸³ Richteramt Laufen des Kantons Berne, de 7 de mayo de 1993 (*Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1995, p. 277)

³⁸⁴ Arrondissementrechtbank Roermond, 6 mayo 1993, (*UNILEX 1995/II*, 1993-14).

³⁸⁵ Arrondissementrechtbank Middelburg, 25 enero 1995, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol.14, 1996, p. 197).

³⁸⁶ Oberlandesgericht Hamm, 9 junio 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 689-690).

³⁸⁷ AG München 23 junio 1995, (*UNILEX 1996/I*, 1995-17.3).

³⁸⁸ Oberlandesgericht Stuttgart, 21 agosto 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, p. 943-944).

³⁸⁹ Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 julio 1996, (*DZWir*, 1997, p. 77-81).

³⁹⁰ MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 32.

liberalidad es parcial, se debe distinguir la parte onerosa, que se sujeta a la CCIM, de la liberalidad, que se regula por el derecho interno.

La doctrina alemana afirma que los contratos marco se regulan por la CCIM siempre que reúnan las condiciones del artículo 14.1. in fine. tanto ellos como los contratos singulares a que den lugar.

No obstante, la jurisprudencia entiende que los contratos marco en los que se integran varios contratos de compraventa no se regulan por la CCIM, mientras que los derivados de las entregas concretas entran en su ámbito de aplicación, en este sentido se pronuncia la Hof Amsterdam, 16 de julio de 1992³⁹¹ y Arrondissementsrechtbank Arnhem, 25 de febrero de 1993³⁹².

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia alemana en relación con los contratos de exclusiva: la Oberlandesgericht Koblenz, en sentencia de 17 de septiembre de 1993³⁹³, afirma que los contratos de exclusiva quedan excluidos de la CCIM, aunque no los concretos contratos de compraventa que de ellos se deriven.

Respecto del contrato de distribución, la doctrina se había inclinado por considerarlo incluirlo dentro del ámbito de la CCIM, ya que numerosos artículos de esta le son aplicables³⁹⁴, excluyendo solamente los que se centren más en cómo realizar y estructurar la distribución antes que en las obligaciones del comprador y vendedor³⁹⁵.

No obstante, la jurisprudencia ha optado por no aplicar la CCIM para el contrato de distribución, pero sí a cada una de las entregas de mercaderías derivadas de dicho contrato:

³⁹¹ Hof Amsterdam, 16 de julio de 1992, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1992, p. 420).

³⁹² Arrondissementsrechtbank Arnhem, 25 febrero 1993, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol.11, 1993, p. 686-689).

³⁹³ Oberlandesgericht Koblenz 17 septiembre 1993, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1993, Heft 11, p. 934-938).

³⁹⁴ THIEFFRY, Jean. "La convention de Vienne et les contrats de distribution", en *D.C.P.I.*, 1993, Tome 19, n.1, p. 62-68.

³⁹⁵ GARRO/ZUPPI. *Compraventa interancional de mercaderías*, Buenos Aires, 1990, p. 75.

Oberlandesgericht Koblenz, 17 de septiembre de 1993³⁹⁶, Fővárosi Bíróság de Budapest, 19 de marzo de 1996³⁹⁷, Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 de julio de 1996³⁹⁸, Obergericht des Kantons Luzern, de 8 de enero de 1997³⁹⁹, Fővárosi Bíróság de Budapest, 17 de junio de 1997⁴⁰⁰. La sentencia del Obergericht des Kantons Luzern, de 8 de enero de 1997⁴⁰¹, da la misma solución para los contratos de franquicia.

La jurisprudencia ha tratado también supuestos de contratos de compraventa y agencia coligados en el laudo n.º VB/96038 de la Corte Arbitral vinculada a la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, de 8 de mayo, en el que decidió diferenciar la parte del contrato correspondiente a un contrato de compraventa de la parte reguladora de la agencia, aplicando la CCIM sólo a aquella.

La calificación de un contrato como único se hará según la voluntad de las partes, regulada por los artículos 6, 8 y 9 de la CCIM, siempre teniendo en cuenta la interpretación autónoma de estos preceptos. En caso de que el tratamiento sea el de considerarlo como un contrato único (o mixto), se aplicarán a todo el contrato los preceptos de la CCIM. Si se consideran dos contratos coligados, se

³⁹⁶ Oberlandesgericht Koblenz, 17 de septiembre de 1993 (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1993, p. 934).

³⁹⁷ Fővárosi Bíróság de Budapest, 19 de marzo de 1996, (*UNILEX 1996/II*, 1996-3.3).

³⁹⁸ Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 de julio de 1996, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 958).

³⁹⁹ Obergericht des Kantons Luzern, de 8 de enero de 1997, (*Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1997, p. 132).

⁴⁰⁰ Fővárosi Bíróság de Budapest, 17 de junio de 1997, (*CLOUT*, N.º 173).

⁴⁰¹ Obergericht des Kantons Luzern, de 8 de enero de 1997, (*Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1997, p. 132).

fragmentará la regulación, *depêçage*⁴⁰², aplicando la CCIM al contrato de compraventa, y el derecho nacional correspondiente al contrato coligado.

31.6. COMPRAVENTAS EXCLUIDAS

Tanto si se trata de contratos genuinos de compraventa, como si son los contratos que la interpretación autónoma de la CCIM asimila a la compraventa, si versan sobre los siguientes puntos, deberán ser excluidos:

- las compraventas de consumo. (artículo 2.1). Salvo que el vendedor no hubiera tenido conocimiento del uso de las mercaderías ni hubiera tenido motivos para tenerlo. La exclusión de las compraventas de consumo no existía en la LUCI. Se introdujo por el Grupo de Trabajo de una forma casi absoluta⁴⁰³, ya que se una compraventa se presumía de consumo según la cantidad o tipo de los bienes. Este criterio objetivo fue muy discutido, hasta que se consiguió su sustitución por otro más subjetivo: que la exclusión no fuera válida en caso de desconocimiento por el vendedor de que los bienes fueran destinados a un uso personal o familiar⁴⁰⁴. La razón de la exclusión de las ventas de productos para el consumo es que estas mercaderías se hallan normalmente sujetas a normas de derecho interno de carácter imperativo⁴⁰⁵. Pueden surgir problemas cuando el ámbito de

⁴⁰² PEDAMON, Michel. "Exposé introductif", en PEDAMON (dir.) *La vente éclatée. La diversité de régimes juridiques dans les ventes de marchandises. Colloque de Deauville organisé les 7 et 8 juin 1997 par l'association Droit et Commerce*. p. 8-17.

⁴⁰³ *UNCITRAL Yearbook, Vol.II, 1971, New York, 1972*, p. 55.

⁴⁰⁴ *UNCITRAL Yearbook, Vol.VI, 1975, New York, 1976*, p. 51.

⁴⁰⁵ KHOO, Warren. "Exclusions from Convention", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary*...p. 37.

protección del derecho interno no coincida con el ámbito de la CCIM demarcado para este tipo de compraventas. En todo caso deberá tenerse en cuenta el artículo 4. a de la CCIM. La distinción del carácter profesional o doméstico del uso es esencial: así son comerciales la compra de máquinas de escribir para la secretaria de un abogado, o de cristales para la reparación del despacho, o incluso la de la obra de arte comprada para la decoración del mismo. No lo será la compra de ese mismo objeto de arte para una colección particular. Este uso no comercial o no profesional lo debe ser en el momento de la conclusión del contrato y ser conocido por el vendedor en ese momento. De ahí que la compra de un objeto por un profesional o comerciante realizada para uso personal, v. gr. un coche, deba ser advertida al vendedor en el momento de la conclusión del contrato si no se quiere que esté regida por el CCIM, en la que los derechos del vendedor se protegen más que en el ámbito de la protección del consumidor⁴⁰⁶.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el particular: la sentencia de Oberster Gerichtshof austríaco, de 11 de febrero de 1997⁴⁰⁷, excluyó de la aplicación de la CCIM la compra de un coche deportivo comprado para un uso personal, sin embargo puntualizó que se habría aplicado la CCIM en el caso de que el vendedor hubiere probado que no supo ni podría haber sabido ese destino del bien comprado; un caso similar fue resuelto en el mismo sentido por el Kantonsgericht Nidwalden, en sentencia de 5 de junio de 1996⁴⁰⁸. No obstante la sentencia del Landgericht Düsseldorf, de 11 de octubre de 1995⁴⁰⁹, declaró aplicable la CCIM a la compraventa de un generador eléctrico destinado al sistema de refrigeración de un yate de crucero, uso claramente personal.

⁴⁰⁶ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p. 52-56.

⁴⁰⁷ Primera instancia: Landgericht Klagenfurt, 28 de diciembre de 1992. Segunda instancia: Oberlandesgericht Graz, 2 de diciembre de 1993. Casación: Obergerichtshof, 11 de febrero de 1997.

⁴⁰⁸ KG Nidwalden, 5 de junio de 1996, (*Scweizerische Zeitschrift für internatioanles und europäisches Recht*, 1/1998).

⁴⁰⁹ Landgericht Düsseldorf, 11 de octubre de 1995, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/CISG/urteile/text/180.htm>.

- las compras en subasta, ya que no parece adecuado hacer que la aplicación de la CCIM dependa de un acto tan aleatorio como el del remate, ya que hasta que este no se produjera el vendedor no sabría el establecimiento del comprador⁴¹⁰. Da igual que sean públicas o privadas.

- las efectuadas como consecuencia de ejecuciones forzosas u otras medidas judiciales. (artículo 2. c). En este caso el motivo de la exclusión es que se rigen por normas de derecho interno de carácter especial, de forma muy diversa según los Estados. Precisamente la regulación de cada Estado determinará cuáles son las compraventas afectadas por esta excepción⁴¹¹. Se trata de ventas realizadas por una autoridad judicial o cuasi judicial, en la versión inglesa se habla de venta "by authority of law", mientras que en la francesa y en la española, de venta judicial. Pueden ser ejecuciones singulares, así como concursales.

Se han tratado por la jurisprudencia supuestos de concurrencia de procedimientos concursales y de reclamación del precio en las resoluciones de:

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n °7, de Buenos Aires, de 20 de mayo de 1991⁴¹², y Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n ° 10, de Buenos Aires, de 23 de octubre de 1991⁴¹³. En ambas se incluyen en la masa los créditos derivados de la falta de pago del precio por el comprador que se ha declarado en quiebra. Aunque el procedimiento de la quiebra no se ve afectado por la CCIM, sí se rigen conforme a esta los pactos referentes al aplazamiento del pago y al devengo de intereses pactados o determinados por los usos de comercio internacional.

⁴¹⁰KHOO, Warren. "Exclusions from Convention", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary...p. 37.

⁴¹¹CAFFARENA LAPORTA, Jorge, en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.p. 64.

⁴¹² ZUPPI, Alberto. "La jurisprudence sur la Convention de Vienne en Amérique latine", en BETTSCHART, Sébastien. *Les ventes internationales*. Lausanne. CEDIDAC. Vol. 36. 1998, p. 32-33.

⁴¹³ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N ° 10, de Buenos Aires, de 23 de octubre de 1991, (*UNILEX*, 1996// , 1991.1-10.1).

- Oberlandesgericht Koblenz, de 16 de enero de 1992⁴¹⁴. En esta se reclamaba que la mercadería entregada y no pagada, y transmitida, a pesar de la reserva de dominio constituida sobre la misma, a un tercero, que era testafiero del comprador y que se declaró en quiebra, fuera restituida sin incluirse en la masa pasiva de la quiebra del comprador. La sentencia afirma que la CCIM no regula este derecho de separación, y resuelve según la ley aplicable conforme a las normas de derecho internacional privado.

Se trata de ventas que han tenido lugar dentro de un procedimiento legal imperativo. La venta de bienes en una ejecución de un documento que dé poder a un acreedor para la ejecución en caso de incumplimiento del deudor, sin intervención de una autoridad pública, sí se rige por la CCIM, así como la realización privada de un objeto gravado o de una prenda⁴¹⁵.

31.7. EL OBJETO DEL CONTRATO: LAS MERCADERÍAS

El concepto de mercadería se debe entender en un sentido amplio. En la versión inglesa se habla de *goods*, en la alemana de *Waren*, en la francesa de *marchandises*, en todos los supuestos se observa la modificación de la antigua alusión en LUCI a *objets mobiliers corporels*. Este último término tenía un contenido técnico concreto, mientras que el de mercaderías descriptivo⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Oberlandesgericht Koblenz, 16 de enero de 1992, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1992, p.1019-1021).

⁴¹⁵NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p. 57. Debe plantearse qué ocurre en caso de ejecución de una prenda por vía notarial. Atendiendo al espíritu de la norma deberían excluirse de la regualción de la CCIM. Por otra parte, no se debe olvidar que los temas de validez se hayan excluidos de la Convención, por lo que los pactos comisorios pueden ser anulados.

⁴¹⁶WINSHIP, Peter. "The Scope of the Vienna Convention on the International Sale Contracts" en GALSTON, Nina M./SMIT, Hans. (ed.) *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Ed.Mathew Bender & Co. New York. 1984. p. 1-24.

La CCIM no define el concepto de mercaderías. Según la historia legislativa de la Convención deben incluirse como mercaderías los objetos muebles corporales.

El momento de determinación de la corporeidad es el de la entrega, no el de la celebración del contrato.⁴¹⁷

Se equiparan a la compraventa de mercancías la compraventa de documentos representativos de las mismas.

También se consideran mercaderías los semovientes, así como los miembros y órganos de los mismos⁴¹⁸.

Problemas surgidos de compraventa de animales se han resuelto en la sentencia de la Hof Arnhem, de 22 de agosto de 1995⁴¹⁹, sobre compra de ganado ovino, en la del Arrondissementsrechtbank Roermond, de 30 de noviembre de 1995⁴²⁰, sobre vaquillas, y la sentencia de la Cour d'Appel de Paris, de 14 de enero de 1998, sobre la compraventa de elefantes entre un español y un francés.

La exclusión de algunas mercaderías se justifica por el carácter especial de estos bienes, que llevaría a problemas en la aplicación de la CCIM, sin embargo sólo la inercia de los primeros proyectos y la voluntad de la Conferencia de no excluir más bienes, justifica la exclusión de bienes como la electricidad , y , sin embargo la inclusión de bienes como el petróleo⁴²¹, el gas o el ganado.

⁴¹⁷CALVO CARAVACA, en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998. p. 48.

⁴¹⁸MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 36.

⁴¹⁹ Primera instancia: Arrondissementsrechtbank Arnhem, 30 diciembre 1993, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1994, p. 268). Segunda instancia: Hof Arnhem, 22 de agosto de 1995, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1995, p. 683-685).

⁴²⁰ Arrondissementsrechtbank Roermond, de 30 de noviembre de 1995.

⁴²¹En la Conferencia fue derrotada una proposición de excluir el petróleo. *Off. Rec.* p. 200-201.

Según el artículo 2, letras d, e y f quedan excluidas explícitamente las compraventas de:

valores mobiliarios, títulos y efectos de comercio y dinero.

La Corte Arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Budapest, en laudo de 20 de diciembre de 1993⁴²², ha entendido que se incluyen en este concepto todas las transferencias de partes sociales, que suponen una transferencia de derechos, y no de mercaderías, por lo que quedan fuera del ámbito de la CCIM.

- buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves. Su exclusión se justifica por el diverso tratamiento de estos bienes en diferentes países, ya que en muchos se asimilan a bienes inmuebles⁴²³. El artículo 5 LUCI adoptaba el criterio de excluir a los que debían ser objeto de inmatriculación, pero este criterio fue abandonado explícitamente por el Grupo de Trabajo en 1975⁴²⁴. Existe una amplia polémica sobre el criterio que debe seguirse para determinar qué embarcaciones deben entenderse incluidas. Durante la elaboración del Borrador del Grupo de Trabajo se propuso el establecimiento de un límite de tonelaje, pero la propuesta fue rechazada. Parte de la doctrina entiende que las aeronaves se excluyen sin excepciones, y que las naves de pequeñas dimensiones deben excluirse también, en pro de una interpretación uniforme de la CCIM⁴²⁵. Según otra parte de la doctrina se rigen por la CCIM las embarcaciones de pequeñas dimensiones si bien se discute cómo determinar esas dimensiones mínimas: bien entendiendo

⁴²² Corte Arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Budapest, 20 de diciembre de 1993, (*IPrax*, 1995, p. 52-53).

⁴²³ Según GARRO Y ZUPPI la exclusión no tiene sentido, ya que el contenido de derechos y deberes derivados de la compraventa de estos buques contenida en la regulación de los distintos países no difiere de la contenida en la CCIM. CAFFARENA LAPORTA, Jorge, en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998. p. 66.

⁴²⁴ *UNCITRAL Yearbook, Vol. VI, 1975*, New York, 1976, p. 51.

⁴²⁵ HONNOLD, John. *Uniform Law for international Sales. Under the 1980 United Nations Convention*. Ed. Kluwer. Deventer, The Neetherlands, 1982. p. 89.

excluidos los botes de remos, de vela, piraguas y botes neumáticos, porque no son embarcaciones sino que su comercio es como instrumentos deportivos⁴²⁶, o bien entender excluidas únicamente las embarcaciones y aeronaves de grandes dimensiones⁴²⁷. Son mercaderías las partes separadas de las mismas, así como los otros cuerpos huecos aptos para la navegación. No obstante si las partes vendidas son esenciales, o si se trata de una nave en construcción que esté en fase tal que tenga ya el aspecto típico de nave, se entienden excluidos de la CCIM⁴²⁸. En el caso de compraventa de partes de una nave, se ha de tener en cuenta el artículo 3.2 en el caso de que el contrato implique una prestación de servicios complementaria (como en los contratos "llave en mano")⁴²⁹. Las aeronaves, se excluyen todas, incluidos los globos aerostáticos y los dirigibles. No obstante, se rigen por la CCIM las compraventas de aeromodelos, porque no son medios usuales de transporte⁴³⁰.

- electricidad. Sin embargo sí son mercaderías el petróleo y el gas⁴³¹.

⁴²⁶ HERBER, Rolf/ CZERWENKA, Beate. *Internationales Kaufrecht. UN-Übereinkommen über die Verträge über den internationalen Warenkauf. Kommentar*. Ed. Beck's. München, 1991. p. 26.

⁴²⁷ HERBER, Rolf. "Anwendungsauschlüsse", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München, 1995. p. 66.

⁴²⁸ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p. 60.

⁴²⁹ PUGUET, Fanny. "Le navire et la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Quelques reflexions", en *Annuaire de droit maritime et aéro-spatial. Études en hommage au Professeur Mircea Mateesco-Matte*. Tome XII, 1993, p. 299-305.

⁴³⁰ CAFFARENA LAPORTA, Jorge, en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998. p. 67.

⁴³¹ En contra, por entender que ni la energía, ni el petróleo, ni el gas son cosas corporales, CZERWENKA, en HERBER, Rolf/ CZERWENKA, Beate. *Internationales Kaufrecht. UN-Übereinkommen über die Verträge über den internationalen Warenkauf. Kommentar*. Ed. Beck's. München, 1991. p. 27.

La sentencia de la Corte di Appello di Genova, de 24 de marzo de 1995⁴³², aplica la CCIM a una compraventa de petróleo. La sentencia de la Oberstergerichtshof austríaca de 6 de febrero de 1996⁴³³, aplica la CCIM a una compraventa de gas propano.

Implícitamente se excluyen las compraventas de:

- derechos incorporeales, incluidos derechos sobre inmuebles y derechos sobre propiedad industrial e intelectual. Sin embargo sí son mercaderías los objetos en que estos derechos son incorporados. No es mercadería el papel que contiene unas ideas, cuando en realidad son las ideas lo que es objeto de transmisión.

Por ejemplo, no es mercadería un estudio de mercado, como afirma la Oberlandesgericht Köln, en sentencia de 26 de agosto de 1994⁴³⁴.

inmuebles. Sin embargo sí son mercaderías los elementos a separados de un inmueble. Con todo deben estar separados en el momento de la entrega, por lo que se entiende que son inmuebles (por incorporación) hasta ese momento⁴³⁵. No se excluyen de la CCIM las compraventas de elementos que vayan a ser incorporados a un inmueble de forma fija.

La Cour d'Appel de Grenoble, en sentencia de 26 de abril de 1995⁴³⁶ declaró aplicable la CCIM a una compraventa de un hangar o almacén usado.

- las *res extracommercium*, como los órganos humanos inseparables, o que tengan restricciones de tráfico, como los bienes culturales protegidos, especies

⁴³² Corte d'Appello di Genova, 24 de marzo de 1995, (*Il Diritto Marittimo*, 1995, p. 1054-1059).

⁴³³ Obergerichtshof, 6 de febrero de 1996, (*Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 1996, p. 248-254).

⁴³⁴ Oberlandesgericht Köln, 26 agosto 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1994, p. 970-972).

⁴³⁵ MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 36-37.

⁴³⁶ Cour d'Appel de Grenoble, de 26 de abril de 1995, (*UNILEX*, 1996/I, 1995-15).

animales protegidas, obras de arte protegidas, etc⁴³⁷. La exclusión de estos bienes de la CCIM se justifica por el artículo 4, ya que se trata un problema de nulidad de dichos contratos por contravenir normas imperativas nacionales.

Casos dudosos son las compraventas de:

- empresas. La compraventa de empresa es compraventa de una universalidad que no incluye solamente muebles⁴³⁸, sino también inmuebles, bienes inmateriales y derechos⁴³⁹. Debe atenderse al valor preponderante de los bienes muebles, inmuebles o inmateriales en ella comprendidos. La solución de este problema debe seguir la misma argumentación que el supuesto de aplicación de la CCIM para los contratos mixtos, es decir, el tratamiento del contrato como único o como separable.

- los muebles incorporeales como la venta de programas de ordenador *software*⁴⁴⁰. Siempre que sea *software* estándar, o levemente modificado para el comprador, (ya que una modificación sustancial podría entenderse excluida de la

⁴³⁷MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 36.

⁴³⁸ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p. 65.

⁴³⁹MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 36.

⁴⁴⁰Parte de la doctrina entiende que caben dentro de la interpretación amplia de mercaderías. PILTZ, Burghard. "El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. n °3 (1992), p. 945. Sin embargo otros autores se inclinan por excluirla. GARRO/ZUPPI. *Compraventa interacional de mercaderías*, Buenos Aires, 1990, p.78. También HERBER, Rolf/ CZERWENKA, Beate. *Internationales Kaufrecht. UN-Übereinkommen über die Verträge über den internationalen Warenkauf. Kommentar*. Ed. Beck's. München, 1991. p. 17. Alegando que es la práctica de la jurisprudencia alemana. Y sobre todo: FAKES, Arthur. *The application of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods to Computer, Software, and Database Transactions*. en *Software Law Journal* 1990, p. 583 y ss. En este artículo se justifica la aplicación de la CCIM a las compraventas que se hayan realizado a través de computador, e incluso a las realizadas a través de redes. p. 581-582.

CCIM en virtud del artículo 3). En todo caso se debe tener en cuenta el artículo 43 respecto a la transmisión de los derechos de propiedad industrial o intelectual. Al *software* se equipara la venta de bases de datos en *compact disc* bajo licencia. Sin embargo, es discutible si las bases de datos electrónicas a las que se accede por medios de transmisión electrónica están cubiertas por la CCIM.

En la sentencia de la Oberlandesgericht Koblenz de 17 de septiembre de 1993⁴⁴¹ se calificó como mercadería a un *chip* de computadora, interpretando ampliamente el concepto de mercadería, al incluir todos los elementos que pueden ser objeto de transacción material, incluyendo el software. No obstante, en este caso era un software estándar, de haber sido un software personalizado, la resolución habría sido diferente, por el valor del servicio prestado en su elaboración.

3.2. CUESTIONES JURÍDICAS EXCLUÍDAS

Siempre que el negocio esté incluido en los supuestos antes mencionados se aplicará la CCIM.

No obstante, la Convención no regula todos los aspectos jurídicos de la compraventa, sino que excluye algunos expresamente. En el artículo 4 manifiesta cuál es su contenido positivo, (las materias que incluye en todo caso, y que se regulan por las normas de la CCIM, incluidas las de autointegración del artículo 7):

- la formación del contrato. Debe entenderse por formación del contrato la comprendida en la parte II, tanto en lo referente a la mecánica de formación de la voluntad de las partes como en la libertad de forma del artículo 11. No obstante no incluye la validez de los acuerdos a los que lleguen las partes⁴⁴².
- los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, (Parte III). Se incluyen los derechos y obligaciones esenciales del contrato: obligación de entrega por el

⁴⁴¹ *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1993, p. 934-938.

⁴⁴² MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 79.

vendedor y de recepción y pago por el comprador, pero también derechos y obligaciones accesorios como el derecho de retención de las mercaderías, el de indemnización de daños, el de percibir intereses, la obligación de minimizar los daños, el derecho al cumplimiento específico, o el de resolución del contrato. Se incluyen también los derechos y obligaciones colaterales siempre que formen partes de un único contrato, como la obligación de montaje, de no-competencia, de dar instrucciones, o la de enseñanza del trabajo⁴⁴³.

- las materias que se traten expresamente en la CCIM en materias excluidas con carácter general, como las de validez del contrato, de sus cláusulas o de los usos, así como los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías vendidas, p. ej. las normas sobre la validez del contrato no escrito en el artículo 11, 12 y 96, sobre la transmisión de la propiedad contenidas en los artículos 41 y 42, sobre la transmisión del riesgo de los artículos. 66 a 70, etc.

- otras no incluidas expresamente, pero sí implícitamente, en virtud de los principios generales derivados de la CCIM, p. ej. normas procesales sobre forma (la "*parol evidence rule*").

Expresamente no se regulan por la CCIM⁴⁴⁴, sino por el derecho interno aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado:

- la validez del contrato, de sus estipulaciones, ni la de un uso.

- los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

- tampoco se regula la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías. (artículo 5)

Sobre el resto de posibles materias que afectan a los contratos de compraventa (ej. responsabilidad precontractual) no se pronuncia.

Los problemas que se plantean los tratamos en los epígrafes siguientes.

⁴⁴³MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 79-80.

⁴⁴⁴La causa es la imposibilidad de llegar a un consenso sobre estas materias, las concepciones nacionales muy diversas sobre la materia o el evitar conflictos con otros Tratados Internacionales.

32.1. LA DEFINICIÓN DE VALIDEZ Y LAS MATERIAS QUE COMPRENDE

El contenido de la validez no se define en la CCIM, por lo que para su determinación se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 7. Acudir a los criterios nacionales de validez llevaría indefectiblemente a la interpretación de la CCIM en contra del criterio de universalidad. En todo caso las materias que afectan a la validez del contrato se excluyen de la CCIM en tanto que esta no contenga regulación alguna al respecto.

Algunos autores afirman que la validez del contrato no se define en la CCIM, por lo que se deberá estar al derecho doméstico correspondiente⁴⁴⁵. Sin embargo, es más conforme a la interpretación autónoma de la CCIM el calificar la validez como cuestión previa que debe dirimirse en los términos de la propia CCIM. La cuestión será aplicar la CCIM siempre que esta aplicación permita solucionar el problema planteado. Solución que pueden deducirse también de sus principios generales, que actúan como fuentes supletorias de primer grado. Sólo en caso de que la CCIM no ofrezca soluciones, se aplica el derecho nacional.

Desde un punto de vista histórico, teniendo en cuenta que el Convenio sobre Validez en los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1974 fue elaborado por el Grupo de Trabajo de UNCITRAL paralelamente al Proyecto de Convenio de Compraventa internacional de mercaderías, podemos considerar como temas incluidos en el concepto de validez:

- Cuestiones que afectan a la prestación del consentimiento:

1.- la capacidad para contratar y los problemas de legitimación. Ambas se regulan conforme al derecho internacional privado. En materia de falta de legitimación, especialmente los problemas de representación y agencia, se ha conseguido redactar un texto uniforme: la Convención de Ginebra del Contrato de Agencia en la Compraventa Internacional de Mercaderías, de 17 de febrero de 1983. Hasta la

⁴⁴⁵ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p.68.

entrada en vigor de dicha Convención se aplican las reglas de derecho internacional privado⁴⁴⁶.

La jurisprudencia ha manifestado reiteradamente que los problemas de representación y agencia no se regulan por la CCIM: Landgericht Biefeld, 23 de junio de 1989⁴⁴⁷, Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, 8 de mayo de 1997⁴⁴⁸.

2.- la inmoralidad o ilegalidad. Es la materia de orden público reservada a los Estados. Son las normas imperativas nacionales que pueden afectar a la validez de la compraventa haciéndola nula. Existen numerosos ejemplos: la compra en la que se pacte un pago contrario a una norma imperativa de control de cambios, o la que verse sobre mercaderías prohibidas (especies animales protegidas, personas, drogas, bienes culturales protegidos, etc.). También cabe la posibilidad de que las normas sobre condiciones generales de contratación nacionales se apliquen en tanto imperativas con carácter preferente a la CCIM, aunque será poco frecuente, dada la exclusión de los contratos de consumo, y que la naturaleza de estas normas imperativas es la de proteger a los consumidores, no es imposible su confrontación con la CCIM, dado que la definición del artículo 2.a y la del derecho nacional de compra de consumidores no tienen porqué coincidir. Son supuestos en regresión dada la tendencia internacional a la unificación de mercados, con la eliminación de las barreras arancelarias, sanitarias y técnicas que se instrumentan a través de Tratados Internacionales de ámbito regional, como el de la Unión

⁴⁴⁶MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 84-85.

⁴⁴⁷ Landgericht Biefeld, 23 de junio de 1989, (*Iprax* 1990, p. 315-316). En esta el demandado es representante u órgano de la empresa compradora, que es fingida, al no existir en realidad tal empresa. El Tribunal aplica las normas de derecho internacional privado.

⁴⁴⁸ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, 8 de mayo de 1997, (*CLOUT* N °174). En un contrato con elementos de compraventa y de agencia, regula por la CCIM los primeros y por la norma de derecho internacional privado los últimos.

Europea, la NAFTA, Comunidad Andina, ASEAN, APIC o Mercosur, o a nivel mundial, como los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio⁴⁴⁹.

La jurisprudencia ha tratado supuestos de nulidad por incumplimiento de normas de policía: la China International Economic And Trade Arbitration Commission, en laudo de 27 de febrero de 1993, anuló un contrato realizado para evadir tasas de Aduana, declarando válido un primer contrato celebrado entre las mismas partes en la misma fecha.

3.- el error.

Según el laudo de la Fővárosi Bíróság de Budapest, 1 de julio de 1997⁴⁵⁰, Las cuestiones de error y de valor desproporcionado entre las prestaciones de las partes se resolvieron conforme al derecho civil húngaro, ya que no entran en el ámbito de la CCIM.

Es discutido si el error en la calidad de la mercancía es tema de validez. La doctrina alemana entiende que es un tema regulado implícita pero suficientemente en la CCIM en los artículos 45 y siguientes, al hablar de mercaderías no conformes. En los trabajos preparatorios se rechazó la posibilidad de que la CCIM regulara que el comprador pudiera anular el contrato en caso de error en la mercadería ya que podía proteger sus intereses rechazando mercaderías no conformes. En derecho nacional no es lo mismo el error en la mercadería que el rechazo de la no conforme, ya que mientras en este caso el contrato ya está perfeccionado, en aquel se plantea un problema de formación de la voluntad contractual⁴⁵¹. La CCIM defiende que los supuestos de error en la cosa y de saneamiento por evicción se traten igual que los de entrega de la cosa con falta de conformidad, con lo que se plantea un conflicto que debe resolverse en favor de la CCIM⁴⁵².

⁴⁴⁹ En el ámbito del comercio internacional de mercaderías, en el seno de la Organización Mundial del Comercio se han desarrollado acuerdos sobre eliminación de barreras técnicas al comercio, normas anti-dumping, normas sobre la determinación del origen de los productos, normas específicas en materia de productos textiles, así como respecto a medidas sanitarias y fitosanitarias en productos agrícolas.

⁴⁵⁰ Fővárosi Bíróság de Budapest, 1 de julio de 1997, (*CLOUT*, N ° 172).

⁴⁵¹ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p. 71-72.

⁴⁵² ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p. 78.

La sentencia de 20 de junio de 1997, de la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁵³, afirma que en la CCIM no existe regulación específica de los vicios ocultos sino que impone la obligación de entregar las mercaderías conformes, siendo la inexistencia de vicios uno de los requisitos de conformidad de la entrega.

El error en la persona sí supone la aplicación del derecho interno⁴⁵⁴. Un aspecto de este, el error en la solvencia del comprador, es conflictivo. Según la doctrina alemana se debe entender regulado por la CCIM desde que en ella se regula el incumplimiento previsible en el artículo 71.1; pero otros autores consideran que debe quedar excluido de la CCIM⁴⁵⁵.

4.- la intimidación y el dolo. La exclusión del dolo no impide que algunos aspectos fronterizos sí se regulen, como en el artículo 32. La CCIM no se dirige a situaciones fácticas de dolo, ya que sólo regula los derechos y obligaciones derivados del contrato. Por otra parte la ubicación de la buena fe como mero criterio interpretativo impide que con base en un incumplimiento de una pretendida obligación de buena fe se dé lugar a una acción de dolo en general⁴⁵⁶.

5.- la lesión. En derecho español no se considera un tema de validez, en tanto que no genera una acción de nulidad o anulabilidad, sino una acción rescisoria para los supuestos regulados en el artículo 1291 del Código Civil. En derecho comparado sí puede ser tema de validez. La sentencia de la

Fóvárosi Bíróság de Budapest, de 1 de julio de 1997⁴⁵⁷, insiste en que las cuestiones de valor desproporcionado entre las prestaciones de las partes quedan al margen de la CCIM. Sea o no un tema de validez, el legislador internacional entendió que los supuestos de lesión debían

⁴⁵³ Audiencia Provincial de Barcelona, 20 de junio de 1997, (*Revista jurídica de Catalunya*, 1997, p.110-111).

⁴⁵⁴ ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p. 79.

⁴⁵⁵ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p. 71-72.

⁴⁵⁶ ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p. 78.

⁴⁵⁷ Fóvárosi Bíróság de Budapest, de 1 de julio de 1997, (*CLOUT* N° 172).

regularse fuera de la CCIM, dado que se trató la misma en la Convención sobre la Validez de los contratos de compraventa internacional de 1974.

- Cuestiones que afectan a la falta de objeto. La imposibilidad objetiva inicial sí entra dentro de la CCIM, que trata de la entrega imposible y sus efectos en el artículo 68 y de la exoneración en el 79⁴⁵⁸.

- Cuestiones relativas a la falta de causa.

La frustración del contrato por desaparición de la causa se analizó en la sentencia de la Oberlandesgericht Köln, de 22 de febrero de 1994⁴⁵⁹. En este caso el comprador que debiera haber sido condenado al pago del precio de los productos defectuosos, por no haberlos inspeccionado en un tiempo razonable, fue absuelto de dicho pago por interpretarse que esa actitud se debió a un acuerdo mutuo y tácito de anulación del contrato.

- Cuestiones relativas a la falta de forma.

La forma de celebración del contrato se rige por la CCIM que permite libertad de forma, sin perjuicio de admitir reservas. Otros requisitos formales no se incluyen, como la normativa sobre el control de cambios. Una de las consecuencias principales de la falta de validez es la nulidad o anulabilidad del contrato. Al tratar de la interpretación uniforme ya hemos tratado el problema, aparentemente resuelto de la inaplicabilidad de la regla de la "*parol evidence rule*" en derecho norteamericano, y por extensión, en derecho anglosajón.

El caso Beijing Metals Import Export Corporation v. American Business Center, Inc. (sentencia de la 5th Circuit Court of Appeals de 15 de junio de 1993) establecía la aplicabilidad de la doctrina de la *parol evidence rule* a una compraventa sometida a la CCIM. Decisión criticada por parte de la doctrina norteamericana, por contraria al principio de uniformidad interpretativa del artículo 7⁴⁶⁰; mientras que otra parte de la doctrina defendió la aplicabilidad de la *parol evidence*

⁴⁵⁸MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 86-87.

⁴⁵⁹ Oberlandesgericht Köln, de 22 de febrero de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1994, p. 972).

⁴⁶⁰FLECHTNER, Harry M. "Recent developments: CISG. More US decisions on the U. N. Sales Convention. Scope, *parol evidence*, "validity" and reduction of price under artículo 50". *Journal of Law and Commerce* Vol.14: 153. 1995. p. 153-169.

rule, aunque en su forma menos estricta, amparándose en una interpretación de la voluntad tácita de las partes conforme al artículo 6, confirmada por ser tal práctica un uso en la contratación estadounidense, artículo 9, además de ser consistente con los artículos 12 y 96, que permiten la libertad de forma⁴⁶¹. Parece que a partir de la sentencia del caso MCC versus D'Agostino dictada por la U.S. Court of Appeals, 11th Circuit, de 29 de junio de 1998, ha cambiado la tendencia, de tal forma que la "parol evidence rule" deja de considerarse un principio procesal sacrosanto en los contenciosos que versen sobre la CCIM y se resuelvan en los Estados Unidos.

También hemos tratado del problema de los países que efectuaron la reserva de forma escrita, en concreto de Rusia, donde no solamente se exigía forma escrita, sino también el cumplimiento de las farragosas formalidades exigidas en derecho interno para la válida constitución del contrato, como establece el MKAS de Moscú, en resolución 451/1991, de 25 de enero de 1995⁴⁶².

32.2. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS

Se entiende las que no se hallen protegidas por el derecho de los consumidores. En derecho internacional la protección a una de las partes es menor pues se entiende que el principio de autonomía de la voluntad prevalece

⁴⁶¹MOORE, David H. "The United States Parol Evidence Rule under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". *International Trade and Business Law Annual*. May 1997 Vol. III, p.57-79. Personalmente entiendo débiles las argumentaciones, en especial la última, al justificar la limitación de la libertad de forma a pesar de no haberse realizado la reserva del artículo 96.

⁴⁶² MKAS de Moscú, en resolución 451/1991, de 25 de enero de 1995. En 1991, un contrato de suministro de los materiales necesarios para la construcción de un edificio en Bielorrusia con un socio extranjero ha sido firmado solamente por el director de la fábrica. Resolución: Las normas imperativas rusas exigían que los contratos internacionales sean firmados por dos órganos dotados por el Estado con poderes para la firma. En este caso falta una de las firmas, por lo que el contrato se declara nulo. El juez declara que dicha nulidad es del contrato base, independientemente del derecho que las partes hayan elegido como aplicable. Como consecuencia de la nulidad, las partes deben restituirse las prestaciones realizadas, con el correspondiente abono de intereses moratorios a contar desde que la parte tenga conocimiento de la obligación de restitución.

sobre normas protectoras de derecho nacional, lo que es lógico si partimos del hecho de que se trata de una normativa dirigida a regular las transmisiones entre comerciantes. De ahí que se procure una interpretación amplia de la CCIM. Con todo en el caso de que la aplicación de las normas de derecho interno sean contrarias a la CCIM conviene aplicar esta con prudencia, aunque el contrato que sea contrario al derecho interno conforme a la CCIM tenga validez⁴⁶³.

Los conceptos jurídicos indeterminados utilizados en una cláusula contractual deben interpretarse conforme la CCIM y no conforme al derecho interno. Se persigue la restricción del derecho interno en el ámbito internacional. El problema es el de la complejidad de las normas protectoras que permiten la revocación o el desistimiento durante el periodo de gracia ya que según SCHLECHTRIEM se regulan por el derecho interno al ser normas de validez, mientras que HONNOLD afirma que son normas que entran en conflicto con la Parte II, por lo que no serán aplicables. ENDERLEIN llama la atención sobre los casos en que la nulidad de una cláusula suponga la nulidad de todo el contrato, en este caso parece que lo más adecuado es acudir al derecho interno para concretar las consecuencias jurídicas sobre todo el contrato (supuestos de ratificación o modificación del contrato)⁴⁶⁴.

32.3. LA VALIDEZ DE LOS USOS

Los requisitos que hacen a un uso aplicable se rigen por la CCIM. Con todo los efectos vinculantes de un uso internacional pueden ser obviados por el artículo 4.a. que permite a los Estados prohibir su reconocimiento si están en conflicto con su orden público o su derecho interno⁴⁶⁵.

⁴⁶³ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario... p. 84.

⁴⁶⁴ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario... p. 85-86.

⁴⁶⁵ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p. 86.

El incumplimiento de normas imperativas nacionales limitativas de la libertad de forma por parte de los usos no se tendrá en cuenta siempre que el país no haya formulado la reserva del artículo 96 de la CCIM⁴⁶⁶.

La sentencia de la Oberlandesgericht München; 7 U 4427/97, de 11 de Marzo de 1998⁴⁶⁷, rechazó una reconvencción efectuada por el comprador demandado, por ser contraria a las Condiciones Generales de la Industria Textil de Alemania, que las partes habían declarado aplicable al contrato. La validez de la reconvencción debía analizarse conforme al derecho internacional privado.

32.4. LA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD

No existe en la CCIM una definición de propiedad, dada la complejidad del término y la diversidad de sistemas legislativos. Simplificando, existen dos sistemas jurídicos: el derecho francés y el anglosajón, que siguen el principio de la transmisión de la propiedad mediante el mero consenso, y el germánico que exige consenso y tradición. La CCIM no regula la transmisión de la propiedad, ni la compraventa con reserva de dominio, como medio de seguridad del vendedor. Ambas se rigen por las reglas de derecho internacional privado⁴⁶⁸.

No obstante sí regula supuestos de transmisión del riesgo, conservación de las mercaderías, y la obligación de transmitir la propiedad libre de cargas. El derecho nacional es el que determina las condiciones de transmisión de la propiedad, y el tiempo en que debe hacerse, así como la protección de los derechos de terceras personas. La protección de los derechos de terceros

⁴⁶⁶MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 83.

⁴⁶⁷ Oberlandesgericht München; 7 U 4427/97, de 11 de Marzo de 1998, (*Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 549).

⁴⁶⁸MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 84.

adquirentes de buena fe no ha fructificado en derecho internacional, por lo que se regirá por el derecho interno. En derecho español los terceros están protegidos expresamente en virtud del artículo 1124 in fine del Código Civil⁴⁶⁹.

La reserva de dominio no excluye la aplicación de la Convención a la compraventa, pero sus efectos serán los del derecho interno⁴⁷⁰. En este sentido se ha pronunciado la Oberlandesgericht Koblenz, 16 de enero de 1992⁴⁷¹, y la Federal Court, South Australian District, Adelaide, 28 de abril de 1995, caso Roder versus Rosedown Park Pty Ltd, que trata de un contrato de compra financiada a plazos, con reserva de dominio.

32.5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS VENDEDORES POR LOS PRODUCTOS VENDIDOS

El artículo 5 ⁴⁷²excluye de la CCIM la responsabilidad por los daños personales. Se incluyen los daños personales causados al comprador.

Ello podría dar a entender que se incluyen los supuestos de daños materiales. En el artículo 74 se prevé que el vendedor sea responsable de las pérdidas previsibles sufridas por el comprador a consecuencia del incumplimiento.

Los daños causados por las cosas no son expresamente excluidos, es más, la Conferencia rechazó una enmienda que proponía exclusión⁴⁷³. En el mismo sentido se regulan por la CCIM los daños producidos a la propiedad. En algunos

⁴⁶⁹ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p. 86-87.

⁴⁷⁰ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p 87.

⁴⁷¹ Oberlandesgericht Koblenz, 16 de enero de 1992, (*Recht der internationalen Wirtschaft*, 1992, p. 1019).

⁴⁷²El artículo 5 se incluyó en la Conferencia a propuesta de Finlandia, Francia y USA.

⁴⁷³KHOO, Warren. "Product liability", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary...p. 50.

países los daños materiales se incluyen entre los supuestos de "claim of tort", es decir, de responsabilidad extracontractual. La solución dependerá de que esta se entienda incluida o no en el artículo 4.a. Eso ocurrirá si la interpretación de las materias regidas por la CCIM se hace restrictivamente, pero desde una interpretación amplia y universalista se debe entender incluido en la regulación de la CCIM los supuestos de responsabilidad por daños materiales⁴⁷⁴.

En la doctrina española se entienden estos daños personales y materiales como responsabilidad extracontractual. Los daños personales se deben regir por el derecho interno, evitando conflictos entre CCIM y derechos nacionales, e incluso otros convenios internacionales (Directiva Comunitaria sobre productos defectuosos de 25 de julio de 1985). Es más, suelen ser normas de derecho imperativo o de orden público. Para evitar conflictos en países en que se considera como responsabilidad contractual, se excluye expresamente. Respecto de los daños materiales se aplica la CCIM a la responsabilidad por daños materiales a los bienes del comprador, tal y como se haya previsto en el contrato, pero no a los daños causados a los bienes de un tercero⁴⁷⁵.

Un problema de la responsabilidad por los daños causados por los productos vendidos es el de la concurrencia de acciones. La calificación previa de la responsabilidad se hace conforme al CCIM. Así aunque el derecho interno califique los hechos como responsabilidad extracontractual si se puede solventar el problema acudiendo sólo a la CCIM será esta la que se aplique. Si a la responsabilidad de la no conformidad de los productos y a los daños causados se le añade la negligencia del vendedor se sigue aplicando la CCIM que considera irrelevante la negligencia a los efectos de determinar la responsabilidad. Pero si lo que se le añade es el dolo, entonces aparece un problema de validez que se rige por el derecho interno. Ya hemos visto que la cuestión de la preferencia del

⁴⁷⁴KHOO, Warren. "Product liability", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary...p. 50.

⁴⁷⁵ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p 88.

derecho uniforme sobre el derecho interno no es pacífica. Con todo, si la consideramos correcta, la conclusión será que los derechos reconocidos por la legislación interna son sustituidos por los de la CCIM, aunque aquel sea más beneficioso⁴⁷⁶.

Dado que la limitación a la aplicación de la CCIM afecta solamente a los daños personales, se entiende que los daños materiales no se hallan excluidos de la aplicación de la CCIM, por lo que se aplicará la Convención con preferencia a las normas nacionales, siempre que estas no sean de derecho imperativo. Si un acto susceptible de reclamación de daños, incluye daños derivados de una responsabilidad contractual y a la vez delictual, la CCIM regulará los primeros pero no los segundos, que se regirán por el derecho interno⁴⁷⁷. En caso de coexistencia de las dos reglas será el juez del foro el que decidirá la calificación, teniendo en cuenta la *ratio legis* del derecho nacional⁴⁷⁸.

En todo caso la CCIM regula sólo los daños causados entre comprador y vendedor, quedando excluidos los bienes de un tercero⁴⁷⁹.

También se excluyen los perjuicios derivados de un pleito entre el comprador y sus clientes, sobre todo si estos traen causa de daños personales. Así, la Oberlandesgericht Düsseldorf, 2 de julio de 1993⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p 87-88.

⁴⁷⁷NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p.81.

⁴⁷⁸NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p.81. No obstante, a favor de una aplicación lo más amplia posible de la CCIM, KHOO, Warren. "Product liability", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary...p. 50.

⁴⁷⁹NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p.81.

⁴⁸⁰ Oberlandesgericht Düsseldorf, 2 de julio de 1993, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1993, p.845-846). El comprador al que se le vendió máquina defectuosa paga daños personales causados por la máquina que revendió. Ahora reclama a vendedor los perjuicios materiales junto con los personales causados a terceros, aunque no como tales, sino como daños derivados del pleito anterior. El tribunal entiende que son personales no sujetos a CCIM.

El daño debe ser personal, y causado por la mercadería, lo que incluye en la CCIM a los daños materiales causados por un embalaje defectuoso, o por instrucciones defectuosas. No entra en los supuestos del artículo 5 los daños personales no causados por la cosa sino por obligaciones accesorias de la compraventa, como defectos en la entrega o en el montaje. Se trata de daños causados al comprador o a cualquier otra persona. De ello se deriva la responsabilidad del vendedor en cadena en caso de sucesivas ventas. La responsabilidad se da aunque el vendedor solamente lo sea de partes de un producto final que causó el daño. También alcanza a los daños causados a los trabajadores del comprador. La CCIM sí regula los daños causados por la mercadería a las cosas y a la propiedad, aunque no exista culpa. Tampoco se excepcionan los daños causados a la cosa misma⁴⁸¹.

32.6. LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

La responsabilidad del fabricante se restringe. No incluye el derecho de consumo ni los daños corporales, pero se regula por la CCIM. Aunque no es el vendedor el que tiene incidencia en la venta del producto, a través de la publicidad o del poder de control que le otorga el contrato de franquicia⁴⁸².

No obstante otra parte de la doctrina entiende que la responsabilidad del fabricante se rige por la CCIM solamente cuando es parte contratante con el comprador. El concepto de la extensión de los efectos del contrato a terceros, que es aproximadamente la figura del contrato con protección en beneficio de un

⁴⁸¹MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 95-96.

⁴⁸²ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p 88.

tercero, como por ejemplo la responsabilidad del fabricante por los productos vendidos, en ventas posteriores, es extraña a la CCIM.⁴⁸³

La Cour de Cassation, en sentencia de 5 de enero de 1999⁴⁸⁴, entiende que el contrato de compraventa de un camión frigorífico y su comprador solamente produce efectos entre comprador y vendedor, salvo que se incluya una cláusula de garantía del fabricante, en cuyo caso el comprador también tiene acción directa contra él. Sin embargo, en virtud de los artículos 1 y 4 de la CCIM, la relación de garantía existente entre el fabricante y el comprador, no se rige por la CCIM.

32.7. LA APLICACIÓN DE LA CCIM A LAS MATERIAS NO EXPLÍCITAMENTE INCLUÍDAS NI EXCLUÍDAS

De una interpretación literal del artículo 4, atendiendo a las palabras "en particular", se puede deducir que los supuestos de falta de regulación son *numerus apertus*, por lo que se puede entender que estas materias se rigen por el derecho interno determinado por las normas de derecho internacional privado. Ello siempre y cuando de una interpretación de los preceptos de la CCIM no se pueda entender que tal materia se regula por la CCIM⁴⁸⁵.

A pesar de que la delimitación entre materias incluidas y excluidas parece claro en teoría, en la práctica existen casos dudosos, que los tribunales han interpretado a favor de la no aplicación de la CCIM.

⁴⁸³MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 79.

⁴⁸⁴ Primera instancia: Tribunal de Commerce de Vienne 12 de octubre de 1993. Segunda Instancia: Cour d'appel de Grenoble 15 de mayo de 1996. Casación: Cour de Cassation, 5 de enero de 1999, <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/150596.htm>.

⁴⁸⁵KHOO, Warren. "Questions to be covered by Convention", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary...*p.45.

32.8. LA PRESCRIPCIÓN

Se rige por el Convenio de Nueva York de 1974, o bien por la legislaciones internas⁴⁸⁶. Esta Convención prevé un plazo de prescripción de cuatro años, susceptibles de interrupción, sin que el plazo total pueda exceder de los 10 años. A falta de ratificación de la Convención se aplican las normas de derecho internacional privado.

Resoluciones referentes a la prescripción:

- Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7660, de 23 de agosto de 1994⁴⁸⁷. El tribunal arbitral entiende válida la cláusula contractual que establece un plazo de prescripción de la acción de 18 meses. Tal validez se predica en virtud del artículo 6 de la CCIM y sólo respecto al plazo de dos años que el artículo 39 establece como tope máximo de reclamación por falta de conformidad en la entrega. Sin embargo, para determinar la validez de dicho plazo de prescripción como plazo prescriptivo de la acción, se debe acudir a la ley nacional aplicable, ya que la CCIM no trata los temas de prescripción.
- Oberlandesgericht Hamm, 9 junio 1995⁴⁸⁸. Se remite a la ley nacional aplicable en todo lo referente a la prescripción. En este caso era aplicable el derecho alemán, que exige una previa notificación de los defectos por parte del comprador. Esta reclamación sí se rige por la CCIM.
- Landgericht Düsseldorf, 11 octubre 1995⁴⁸⁹. Insiste en que la prescripción se regula por la ley nacional aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

⁴⁸⁶ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p.76.

⁴⁸⁷ Cámara de Comercio Internacional, caso n °7660, de 23 de agosto de 1994, (*ICC-Bulletin*, 6, 1995, N °2, p.69-72).

⁴⁸⁸ Oberlandesgericht Hamm, 9 junio 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1996, P.689-690).

⁴⁸⁹ Landgericht Düsseldorf, 11 octubre 1995, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/CISG/urteile/text/180.htm>.

Pueden surgir problemas si el plazo de prescripción nacional es más breve que el plazo límite de dos años para la reclamación de falta de conformidad del artículo 39⁴⁹⁰.

Este problema se ha planteado en Suiza, donde no se ha encontrado una solución definitiva. En el caso *Société Moulinages Poizat versus Filinter S.A.*⁴⁹¹, las soluciones de la primera y la segunda instancia eran opuestas, y no fueron resueltas por el Tribunal Fédéral Suisse que, en sentencia de 3 de julio de 1998, eludió pronunciarse amparándose en un defecto formal del recurso de revisión interpuesto ante él. El problema era que el plazo de prescripción de la acción de reclamación por vicios en derecho suizo es de 1 año desde la entrega, mientras que la CCIM permite que la reclamación por falta de conformidad se realice en un máximo de dos años (siempre que sea razonable), con lo que ambas disposiciones son incompatibles. La sentencia del Tribunal de Première Instance de Genève, de 14 de marzo de 1997, aplicó la regla general de prescripción del derecho suizo (10 años), y no la regla especial para la acción de garantía, ya que esta solamente puede aplicarse a la acción de garantía prevista en el derecho suizo, y no a la prevista en la CCIM, dado que se trata de una regla especial del derecho suizo no aplicable en derecho internacional (que se deducen de otra fuente de derecho, el derecho uniforme), por lo que denegó la excepción de prescripción. No obstante la lógica de este argumento, la Cour de Justice de Genève, 10 de octubre de 1997⁴⁹², adoptó una solución similar a la del artículo 3 de la ley alemana

⁴⁹⁰ Este problema se se puede plantear en Grecia. No surgió el problema en Argentina gracias a la ratificación de la Convención, mientras que en Alemania se modificó por el artículo 3 de la ley de Adhesión en previsión del mismo. Will, Michael R. Comentario de la Sentencia n ° C/21501/9 6-10 del Tribunal de Première Instance de Genève (Suiza) de 14 de marzo de 1997, y de la Sentencia n ° ACJC/1230/1997 de la Chambre Civile de la Cour de Justice de Genève (Suiza), en *Schweizerische Juristen Zeitung* 94 (1998) n ° 6, p. 146-147.

⁴⁹¹ Primera instancia: Tribunal de Première Instance de Genève, de 14 de marzo de 1997. Segunda instancia: Cour de Justice de Genève, 10 de octubre de 1997, (en Bettschart, Sébastien, *Les ventes Internationales. Journée d'étude en l'honneur du Professeur Karl H. Neumayer. Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre de Droit de l'entreprise le 3 octobre 1997 à l'Université de Lausanne.*. CEDIDAC, Lausanne, 1998, p. 141-144).

⁴⁹² Sentencia n ° ACJC/1230/1997 de la Chambre Civile de la Cour de Justice de Genève (Suiza), en Bettschart, Sébastien, *Les ventes Internationales. Journée d'étude en l'honneur du Professeur Karl H. Neumayer. Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre de Droit de l'entreprise le 3 octobre 1997 à l'Université de Lausanne.*. CEDIDAC, Lausanne, 1998, p. 141-144.

de transposición de la CCIM: ampliar el plazo de prescripción de 1 año establecido por la ley suiza a un plazo de dos años, coincidente con el del artículo 39, que es norma posterior a la ley interna suiza, y amparándose en el poder “quasilegislativo” de los tribunales suizos.

32.9. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL (CULPA IN CONTRAHENDO)

En derecho español se distingue entre dolo causante y dolo incidental, este último da lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios precontractuales, es decir una responsabilidad extracontractual que no busca la nulidad del contrato. La cuestión es si este tipo de responsabilidad se rige por la CCIM.

A falta de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre todo, HONNOLD afirma que la revocación de la oferta se regula en la CCIM, conforme al artículo 17 y en su defecto de acuerdo con los principios generales de la CCIM. No obstante, los daños causados por la confianza de las partes en las representaciones de la otra parte, pero que no son parte explícita del acuerdo se incluyen en el contrato y en la regulación de la CCIM si se realiza una interpretación extensiva del artículo 35. Para este autor se distinguen dos tipos de normas: las protectoras de la interpretación y claridad del contrato, que se rigen por el artículo 8 de la CCIM; y las protectoras de las cláusulas abusivas comprendidas por la parte lesionada, que se rigen por el derecho interno⁴⁹³.

La solución más conforme con la interpretación autónoma de la CCIM, y con el concepto de buena fe más arriba comentado, es que la *culpa in contrahendo* no se rige por la CCIM. Aunque esta regula supuestos precontractuales en los artículos 8.3, 15.2, 16.2.b, 29.2.2., 35.2.b⁴⁹⁴, estos se deben interpretar restrictivamente.

⁴⁹³ROJO AJURIA, Luis, en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario...p. 80.

⁴⁹⁴MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Red. HONSELL, Heinrich. 13. Berarb. Berlín, 1994. p. 86.

32.10. LA ASUNCIÓN DE DEUDAS

La jurisprudencia ha interpretado que queda fuera de la CCIM, siguiendo el criterio dominante en la doctrina⁴⁹⁵.

La sentencia de la Oberstergerichtshof, de 24 de abril de 1997⁴⁹⁶, excluyó el artículo 8 de la interpretación de la voluntad de una de las partes en una asunción de deuda derivada de una compraventa internacional, afirmando que la asunción de deudas se regía por las normas de derecho internacional privado.

32.11. LA CESIÓN DE CRÉDITOS

La jurisprudencia ha tratado la cesión de créditos en dos sentencias: la de la Bezirksgericht Arbon, de 9 de diciembre de 1994⁴⁹⁷, y la de la Oberlandesgericht Hamm, 8 de febrero de 1995⁴⁹⁸. En ambas se tratan casos de validez de la cesión a un banco de los créditos que el comprador tenía frente al vendedor. En ambas se afirma que la CCIM no contiene norma alguna referente a la cesión de los créditos, por lo que esta se rige por la norma de derecho internacional privado aplicable.

⁴⁹⁵ HERBER, Rolf. "Sachliche Geltungsbereich", en CAEMMERER / SCHELCHTRIEM. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München. 1995, p.74.

⁴⁹⁶ Obergerichtshof, 24 de abril de 1997, (*ZfRV*, 1997, p.156), comentada por Franco Ferrari en "Assumption of Debts as a Subject Matter Excluded from the UN Sales Convention", *Forum International*, Issue 3/1997, p. 90-94.

⁴⁹⁷ BG Arbon, 9 de diciembre de 1994, (*UNILEX*, 1996/I, 1994-29.1).

⁴⁹⁸ Oberlandesgericht Hamm, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1997, p.153-155).

32.12. NORMAS PROCESALES

Al hablar del supuesto de la “parol evidence rule” hemos visto que determinadas normas procesales que afectan a la valoración de un contrato de acuerdo con la forma en que se documente se ven afectadas por el principio de aformalidad de la CCIM, que se impone sobre aquellas.

La norma general será que las normas procesales se regirán por el derecho nacional aplicable, en tanto que no afecten a los principios de la CCIM.

La sentencia de la Cour Cantonale de Vaud, de 17 de mayo de 1994⁴⁹⁹, aplicó las normas cantonales de procedimiento, no sintiéndose vinculada por los principios de la CCIM en cuanto a la parte que debe cargar con las expensas del mismo, ya que la CCIM contiene normas de derecho sustantivo, pero no de derecho procesal.

Por último, la⁵⁰⁰ sentencia del Bundesgerichtshof, de 24 de marzo de 1999, entendió que el que la demanda de daños y perjuicios derivada del incumplimiento de la obligación de mitigar pérdidas tuviera que ser objeto de un proceso separado se trataba de una cuestión procesal que no se regía por la CCIM.

32.13. LA PRUEBA

Se trata de una materia que siendo de carácter procesal, influye de forma importante en el aspecto sustantivo, al afectar a la protección de los derechos de las partes contratantes e influir en su actuación. De la CCIM se pueden deducir principios que pueden afectar a la prueba, por lo que se trata de una materia que, aunque sea procesal, viene regulada en determinados aspectos por la CCIM.

⁴⁹⁹ Cour Cantonale de Vaud, de 17 de mayo de 1994, (*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1995, p.278).

⁵⁰⁰ Sentencia del Bundesgerichtshof (Alemania), n ° VIII ZR 121/98, de 24 de marzo de 1999, en *NJW*, 1999, p. 2440.

La jurisprudencia ha tratado en ocasiones el tema de la carga de la prueba. Así, la Handelsgericht Zürich, 9 de septiembre de 1993⁵⁰¹. En ella se declara aplicable la CCIM a un contrato de fabricación de mobiliario en el que el comprador no ha aportado una parte importante materias primas. El comprador reclamó el defecto de la mercadería entregada, pero rechazó el ofrecimiento del vendedor a reparar los defectos y no pagó el precio. El tribunal sostuvo que de la CCIM se deduce que el comprador es el que debe probar la existencia de defectos y de que la notificación de estos al vendedor se hizo en un plazo razonable. Por otra parte, la polémica antes tratada sobre la aplicabilidad de la *parol evidence rule* ha supuesto que se acepte como general que los principios de la CCIM pueden modalizar e incluso dejar sin efecto determinadas normas procesales.

4. LAGUNAS INTERNAS O PRAETER LEGEM

Para que exista una laguna *praeter legem*⁵⁰² deben cumplirse dos requisitos: debe tratarse de una materia que entre dentro del ámbito de la CCIM y debe ser un supuesto no excluido pero tampoco expresamente resuelto en la CCIM, ni siquiera mediante la analogía⁵⁰³.

La práctica interpretativa de los Convenios Internacionales es restrictiva y no reconoce la analogía⁵⁰⁴, pero dicha interpretación se refiere a los convenios

⁵⁰¹ Handelsgericht Zürich, 9 de septiembre de 1993 (*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1995, p.278).

⁵⁰² Algunos autores denominan a estas lagunas, lagunas *praeter legem*, diferenciándolas de las lagunas *intra legem*. FERRARI, Franco. "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law", en *Essays on European Law and Israel*, 1996, p. 543.

⁵⁰³ BONELL. "Article 7. Interpretation", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary...*p. 75-76.

⁵⁰⁴ WINSHIP, Peter. "The Scope of the Vienna Convention on the International Sale Contracts" en GALSTON, Nina M./SMIT, Hans. (ed.) *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Ed. Mathew Bender & Co. New York. 1984. p. 1-22, 23.

creadores de derechos y obligaciones concretas para los Estados Parte. Los Convenios que crean normas uniformes de derecho, no siguen los mismos criterios de interpretación, ya que la finalidad de estos últimos es la de constituir normas jurídicas lo más autónomas posible respecto de los derechos nacionales. por la misma razón la pretensión del legislador internacional es la de la autointegración de dichos Convenios.

Las lagunas praeter legem, llamadas también lagunas internas, son las que se dan en materias que entran dentro del ámbito de aplicación de la CCIM, pero que esta no resuelve expresamente por dos motivos:

- dentro de los supuestos regulados, y dado que es fruto del consenso, existen casos intencionadamente dejados en su concreción a la práctica jurisdiccional.
- aparte de las oscuridades que pueden resolverse mediante la interpretación, existen lagunas inevitables que deben ser objeto de integración. Para la integración de estas lagunas, el párrafo 2 del artículo 7 de la CCIM prevé sistemas de autointegración: los principios generales derivados de la propia CCIM y las normas de derecho internacional privado.

Bonell y Adame Goddard apoyan la aplicación obligatoria de la analogía legis antes de acudir a los principios generales. Dicha interpretación analógica implica la aplicación de una norma a un caso no expresamente previsto en la CCIM pero que guarda una identidad de razón con el supuesto de hecho que sirve de base a dicha norma. En todo caso, se debe prestar atención en no aplicar la analogía en el caso de que la norma que se pretende aplicar esté expresamente creada para un caso en concreto o sea excepción a una regla más general, ya que en este caso su interpretación deberá ser restrictiva. La aplicación de la analogía implica no dar una solución distinta a casos que plantean un mismo problema⁵⁰⁵.

En el caso de que la aplicación de la analogía legis no sea suficiente para integrar la norma siguiendo los principios manifestados en el párrafo 1, se aplicará la analogía iuris que concretará los principios generales manifestados en la propia

⁵⁰⁵VAZQUEZ LEPINETTE, Tomás. "The interpretation of the 1980 Vienna Convention on International Sales", en *Diritto del Commercio Internazionale*, Aprile-Giugno 1995, p. 393.

CCIM, y sólo en su defecto, se acudiría al laberinto de las normas de derecho internacional privado, que precisamente se había intentado eludir.

La aplicación de la analogía iuris supone una interpretación amplia del concepto "principios generales de la Convención", que incluye no solamente los principios que se derivan directamente del texto de la CCIM sino también los principios que pueden ser creados por una extensión analógica de varias disposiciones particulares⁵⁰⁶.

La distinción entre analogía legis y analogía iuris no está clara en la doctrina. Algunos autores no la distinguen, considerando la analogía como el procedimiento de deducción de los principios generales de la CCIM, sin mayor concreción. No obstante, de los ejemplos propuestos, se deduce que se refieren indistintamente a ambos tipos de analogía⁵⁰⁷.

Con todo, la aplicación analógica de las normas, al menos la de la analogía iuris, es peligrosa si tenemos en cuenta el principio de internacionalidad de la interpretación y uniformidad en la aplicación porque se trata de un método de integración no reconocido en derecho anglosajón. Por ello, la existencia de principios deducida por esta vía debe evitarse, desde el momento en que la tradición anglosajona no concibe la extracción de principios generales del derecho escrito.

La jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la integración por medio de la analogía en los siguientes laudos y sentencias: la Cámara de Comercio Internacional, en laudo n ° 8324 de 1995⁵⁰⁸, afirmó la aplicabilidad de la analogía como sistema supletorio de interpretación de la

⁵⁰⁶VAZQUEZ LEPINETTE, Tomás. "The interpretation ... p .395.

⁵⁰⁷HELLNER, "Gap-filling by analogy, artículo7 of the U.N. Sales Convention in Its Historical Context" en *Mélanges Hjernner*, Stockholm 1990, p. 220, 231.

⁵⁰⁸ Cámara de Comercio Internacional, laudo n ° 8324 de 1995, (*Journal du Droit International*, 1996, p.1019-1022), asertó que la CCIM establece un sistema de interpretación de la voluntad de las partes que sigue tres etapas que van desde el análisis subjetivo de la declaración de una parte hasta el análisis objetivo de los usos de comercio internacional de la rama profesional considerada, lo que se completa con las técnicas habituales de razonamiento lógico: analogía, interpretación a contrario, etc.

voluntad de las partes; la sentencia de la Handelsgericht Zürich, de 9 de septiembre de 1993⁵⁰⁹, aplicó la analogía iuris para deducir un principio general de carga probatoria.

4.1. LA DISTINCIÓN ENTRE LAGUNAS PRAETER LEGEM E INTRA LEGEM

No obstante la diferencia entre lagunas externas e internas no es tan clara, ya que el artículo 4 no delimita claramente el ámbito de exclusión material. Por una parte regula exclusivamente la formación del contrato y las relaciones entre comprador y vendedor, así como excluye expresamente los temas de validez y propiedad. Esta exclusión es “salvo disposición expresa en contrario”, con lo que algunos temas de validez y propiedad sí se regulan en la CCIM.

Pero es que además, el sistema de integración de las lagunas praeter legem, los principios generales, plantea problemas a la hora de determinar qué materias se hallan comprendidas en la CCIM, ya que materias no expresamente reguladas en la Convención, desde una interpretación literal, sí lo estarán en virtud de la existencia de un principio⁵¹⁰.

La cuestión es clave, ya que si se entiende que una materia se haya contenida en virtud de la existencia de un principio general, será este el aplicable, en vez de acudir directamente a las normas de Derecho internacional privado, como ocurriría si fuera laguna externa.

⁵⁰⁹ Handelsgericht Zürich, 9 de septiembre de 1993, (Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht 2/1995, p.278), sostuvo que está implícito en la CCIM que el comprador tiene que probar la existencia de defectos y dar noticia de la falta de conformidad en un plazo razonable, de acuerdo con los artículo 7.2, 38 y 39. Al fallar el comprador en dicha prueba, perdió el derecho a ejercita toda acción basada en la falta de conformidad de las mercaderías.

⁵¹⁰Para una afirmación similar: MAGNUS, Ulrich. “Die Allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht”, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, (1995) 469-494.

La clave de esta cuestión es el método que se utilice para la determinación de los principios generales derivados de la CCIM⁵¹¹.

4.2. LOS PRINCIPIOS GENERALES

Ya hemos visto que el método de determinación de los principios generales es fundamental a la hora de diferenciar entre lagunas *praeter legem* o *intra legem*.

De *lege ferenda* existen tres formas de integración de la CCIM⁵¹²: la aplicación de los principios generales en ella contenidos, la aplicación de principios generales externos, integrantes de la *lex mercatoria* y no contradictorios con la CCIM y, en su defecto, las reglas de Derecho internacional privado.

La primera solución fue la adoptada por el artículo 17 de la LUCI. Este sistema de integración presupone: la subordinación del mismo a la autonomía de la voluntad y la aplicación analógica de las normas de la CCIM por parte de los tribunales o los órganos arbitrales.

Su enumeración sólo puede realizarse por deducción de las normas de la CCIM: buena fe, libertad de forma, libertad contractual, razonabilidad, prohibición del abuso del derecho, proporcionalidad, seguridad jurídica, cooperación entre los contratantes mediante notificaciones, instrucciones, etc⁵¹³.

Una de las primeras discusiones del Grupo de Trabajo fue la de establecer o no una norma de autointerpretación y autointegración en la ley uniforme. El

⁵¹¹HERBER, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Tra. Thomas, Geoffrey. Oxford University Press, New York, 1998. p.61. n.9.

⁵¹² FERRARI, Franco. "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law", en *Essays on European Law and Israel*, 1996, p.544.

⁵¹³ SAMSON, Claude. "Exportation de biens et de services: La convention des nations unies sur la vente interationale de marchandises". en *Conférence Meredith Lectures 1993. Les transactions transfrontalières de marchandises*. Faculté de droit, Université McGill. Cowansville, Québec. 1994. p.49-50.

problema consiste en que si bien el acudir a los principios generales como elemento integrador de lagunas jurídicas es una técnica de derecho continental, (por ejemplo: artículo 1.4 del Código Civil español), en derecho anglosajón los juristas no están acostumbrados a deducirlos del derecho escrito, sino de los precedentes judiciales, limitándose las leyes a completarlos en casos concretos⁵¹⁴. En el caso de que la norma escrita no regule específicamente el supuesto de hecho, la laguna se integra con los principios generales deducidos no de la ley, sino de los precedentes judiciales⁵¹⁵.

Ya vimos, al tratar de los antecedentes legislativos, la discusión sobre la inclusión o no de los principios generales como criterios de interpretación de la norma, o como criterio de cierre, las alternativas que se propusieron como normas de cierre y la solución final de admitirlos como criterio de integración de primer grado, sin perjuicio de considerar como fuente integradora residual las normas de derecho internacional privado.

De los trabajos preparatorios se observa que el criterio de integración a través de los principios generales es el de derecho continental. No podía ser de otra forma, teniendo en cuenta la falta de precedentes en la aplicación de la CCIM considerada de forma autónoma, y por lo tanto desligada de cualquier precedente sobre compraventa internacional que pudiera existir en el derecho anglosajón.

⁵¹⁴FERRARI, Franco. "Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita, del *factoring* e del *leasing* internazionali", en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Milano.1998.p. 132.

⁵¹⁵RAKOFF, Todd D. "The implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and 'Situation Sense'", en *Good Faith and Fault in Contract Law*, Claredon Press, Oxford, 1997, p. 191-228. Estudia la integración de los contratos por los jueces anglosajones, en especial los dos métodos de integración empleados: el del caso *Parev Products Co Inc versus Rokeach and Sons Inc*; y *Ellsworth Dobbs Inc versus Johnson*.

En el artículo 7.2 la integración por medio de los principios generales se entiende desde un punto de vista amplio, que abarca los principios generales de la CCIM, así como la aplicación analógica de sus normas⁵¹⁶.

Se pueden clasificar los principios en dos grandes grupos: los principios jurídicos de carácter axiológico o de valor, (el de buena fe y el de razonabilidad), y los de carácter dogmático, (el de consensualismo y el de internacionalidad)⁵¹⁷. Los primeros otorgan a los árbitros y tribunales un amplio margen de discrecionalidad en la resolución de los conflictos, los últimos son consecuencia de una opción de política "legislativa" de los países participantes en la Conferencia.

Estos principios generales aparecen expresamente en la CCIM o pueden extraerse mediante un análisis de su articulado si este permite deducir un principio general aplicable a casos distintos a los estrictamente regulados en la CCIM⁵¹⁸.

El principio de buena fe: Ya se ha hablado sobre las dos posibles fórmulas de configuración del mismo: la restrictiva, que lo limitaría a un criterio interpretativo general, sin perjuicio de su aplicación mediante la analogía legis y la amplia, que impondría a las partes una obligación de comportarse conforme al mismo cuya infracción justificaría una reclamación de daños y perjuicios. En todo caso, el principio de buena fe contiene la prohibición de abusar del propio derecho, así como la prohibición de ir contra los propios actos, (artículos 46 y 62). Ello se refleja en varios artículos: 29.2, (prohibición del abuso de una disposición formalista), 80 (una parte no puede aprovecharse de su actuación ilegal), 16.2 (irrevocabilidad de

⁵¹⁶BONELL, "artículo 7. Interpretation", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention. Milano, 1987, p. 80.*

⁵¹⁷ MARTINS COSTA, Judith. " Os princípios informadores de contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980", en BORBA CASELLA, Paulo. *Contratos internacionais e Direito Economico no Mercosul*, (LTr.) Sao Paulo 1996, p.43.

⁵¹⁸FERRARI, Franco. "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law", en *Essays on European Law and Israel*, 1996, p.549-552.

la oferta si el oferente ha creado una situación de confianza en la misma), 50.2 (no reducción de precio si el acreedor injustificadamente rechaza la reparación). También son manifestaciones del principio de buena fe: la realización de las comunicaciones por un medio adecuado a las circunstancias para protegerse de los perjuicios derivados del retraso de las mismas, (artículo 27), el deber de diligencia del vendedor a la hora de concertar los contratos necesarios para el transporte, y el de informar al comprador de los datos necesarios para concertar un seguro de transporte, (artículo 32), deberes de guardia y custodia del vendedor, (artículo 35), el deber de examen de las mercaderías en un plazo breve según las circunstancias, (artículo 38), deber de informar el vendedor de los riesgos de pérdida y deterioro de las mercaderías, (artículo 68), deber de cooperar con la contraparte en el cumplimiento del contrato, que incluye el deber de mitigar las pérdidas, (artículo 77), y el de información de cualquier hecho impeditivo del cumplimiento de las obligaciones contractuales y de sus efectos sobre su cumplimiento, (artículo 79.4).

El principio de razonabilidad: Si bien su contenido no es pacífico, conviene interpretarlo atendiendo al carácter internacional. Supone la aplicación del criterio del artículo 8, es decir, la visión de una persona prudente y neutral, en la misma situación⁵¹⁹. Supone un criterio objetivo de conducta, un arquetipo de experiencia social concreta que son llamados a actuar en derecho a través de principios o a través de cláusulas generales de los contratos. Se trata de un parámetro de conducta sensata en ciertas circunstancias, en cierto momento y en cierta comunidad, (nacional, cultural, profesional, etc.)⁵²⁰. Su contenido dependerá de las circunstancias concretas del contrato. En el contexto de la CCIM deben tenerse en cuenta en su aplicación las peculiaridades del comercio internacional de que se trate, e incluso las de cada sector económico de este comercio, ya que las características del comercio de maquinaria no son las mismas que las del

⁵¹⁹MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol. 59, 1995, October.

⁵²⁰ MARTINS COSTA, Judith. " Os princípios informadores ...", p. 46.

comercio de materias primas o la de productos perecederos. El artículo 8.2 se refiere a la persona razonable como arquetipo de intérprete de declaraciones y comportamientos de las partes. Se trata de averiguar si conforme a la situación de la contraparte, esta podía haber deducido un determinado significado de la declaración o el comportamiento de la otra, sin entrar en la indagación de su verdadera voluntad. En el artículo 8.1 declara que la interpretación conforme a la intención de las partes será posible cuando la contraparte conocía o no podía ignorarla, con lo que se incide en una interpretación lo más objetiva posible, siguiendo unos criterios de razonabilidad. El artículo 35.1.b trata de la no existencia de falta de conformidad en la entrega de las mercaderías cuando pactada una finalidad especial, el comprador no debía razonablemente haber confiado en la pericia del vendedor. El artículo 60 se refiere al deber razonable de colaboración en el cumplimiento del contrato. El artículo 79 se refiere a los actos razonablemente no esperados para justificar la exoneración de las obligaciones de las partes. Los artículos 38 y 39 aplican la razonabilidad a los plazos de examen de las mercaderías y a la reclamación de los defectos de las mismas, que debe realizarse en plazo razonable. También se habla de plazo razonable en los artículos 43, respecto a la denuncia derivada de los derechos de terceros sobre la cosa vendida, artículo 46, sobre exigencia del comprador al vendedor para que entregue la cosa conforme, artículo 48, sobre el derecho del vendedor al cumplimiento tardío, artículo 49, sobre ejercicio del derecho de resolver por el comprador, artículo 60, sobre la especificación de las mercaderías. En realidad, el concepto de razonabilidad supone la dispensa de formalicen de una regla precisa para dejar la solución de los eventuales litigios a la apreciación ulterior de los jueces o árbitros⁵²¹.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes: es el que se deriva del artículo 6, que determina el carácter dispositivo de las disposiciones de derecho sustantivo de la CCIM. Para algunos autores, este principio no es

⁵²¹FONTAINE, Marcel. "Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et règles de l'art dans les contrats internationaux", en *Droit des Affaires Internationales*, n ° 8-1998, p. 1012.

absoluto, sino que se limita por las disposiciones de validez contenidas en los respectivos derechos nacionales, en virtud del artículo 4, y se sujeta a los principios de buena fe y de internacionalidad y uniformidad interpretativa del artículo 7.1, ya que son principios dirigidos a los jueces y árbitros, no a las partes⁵²². Para otros, se trata de un principio casi absoluto, solamente limitado por la exigibilidad de forma expresa en los supuestos de reserva del artículo 96⁵²³, alegando el rechazo durante la Conferencia de la propuesta de limitar este principio a través de una referencia al principio de buena fe⁵²⁴. Esta última interpretación es la preferida por los comentaristas anglosajones⁵²⁵, pero se desprende de una discutible interpretación a contrario de la historia legislativa del precepto, que contradice además el principio general de buena fe en el comercio internacional aceptado expresa y unánimemente en el artículo 7, por lo que parece más conforme someter el principio de autonomía de la voluntad de las partes al principio de buena fe. Sin embargo, sí parece asumible la afirmación de que el principio de autonomía de la voluntad se impone sobre todos los demás principios⁵²⁶.

⁵²²BERAUDO, Jean-Paul. "La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage", en *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la Cámara de Comercio Internacional*, Vol.5 / N °1-Mai 1994, p. 64.

⁵²³FERRARI, Franco. "Principi generali ... p. 139.

⁵²⁴*Official Records of the United Nations Conference for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March-11 April 1980*. New York, 1981, p. 247 y ss.

⁵²⁵WINSHIP, Peter. "The Scope of the Vienna Convention on International Sale Contracts", en GALSTON / SMIT. *International Sales*, New York, p. I-33.

⁵²⁶Es una afirmación de Ferrari, aunque este incluye la subordinación de todo principio, incluido el de buena fe, al principio de autonomía de la voluntad. FERRARI, Franco. "Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen", en *JZ*, 1/1998, p. 12.

El principio de libertad de forma, con las limitaciones del artículo 12 es una manifestación del principio de consensualidad⁵²⁷. Se entiende que no existe forma especial para las declaraciones y notificaciones de todo tipo, como la notificación de resolución del contrato⁵²⁸.

El principio de que los usos conocidos y aplicados ampliamente en el comercio internacional deben tenerse en consideración se reconoce en el artículo 9 y se somete al principio de la autonomía de la voluntad⁵²⁹.

La inclusión de los días festivos en el cómputo de todos los plazos, tanto en formación del contrato, como en notificaciones derivadas de su ejecución. Salvo en caso en que sea el último. No se deben tomar en consideración las normas de derecho nacional para dicho cómputo⁵³⁰.

El principio de que toda notificación posterior a la conclusión del contrato es efectiva desde su envío. No obstante se aplica la teoría de la recepción en la Parte II y en algunos supuestos de notificaciones de la Parte III, por analogía⁵³¹.

El de aplicación de las reglas de formación del contrato a los supuestos de modificación del mismo recogidos en el artículo 29, reconocido en la sentencia de la Oberlandesgericht Köln, de 22 de febrero de 1994⁵³².

⁵²⁷ MARTINS COSTA, Judith. " Os princípios informadores ... p. 49.

⁵²⁸ MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol. 59, 1995, October, p. 8.

⁵²⁹ FERRARI, Franco. "Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen", en *JZ*, 1/1998, p. 12.

⁵³⁰ MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 9.

⁵³¹ MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 9 y 10.

⁵³² Oberlandesgericht Köln, de 22 de febrero de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1994, p. 972-973.

El de reembolsar los gastos de sustitución del bien al comprador, cuando el primer bien entregado no hubiera sido conforme, reconocido en la sentencia de la Oberlandesgericht Hamm, de 9 de junio de 1995⁵³³.

El de cumplimiento simultáneo de las obligaciones de ambas partes, salvo que se disponga otra cosa. Restitución simultánea que se aplica a los casos de resolución. (58.1, 81)⁵³⁴.

El de pagar los daños, limitados al daño previsible, que se deriva de los artículos 45, 61 y 79⁵³⁵.

La imputación de la conducta y conocimiento de un tercero. Se deriva del artículo 79.2⁵³⁶.

El de la facultad de cobrar intereses, en caso de retraso en el pago del precio o de cualquier otra suma debida, reconocido en los artículos 78 y 84⁵³⁷.

El de cooperación entre los contratantes: aceptar la reparación, conservar los bienes, mitigar las pérdidas, facilitar a la otra parte el cumplimiento de sus obligaciones, mediante notificaciones detalladas de la falta de conformidad de las

⁵³³Oberlandesgericht Hamm, de 9 de junio de 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 689-690).

⁵³⁴MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rabels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 8.

⁵³⁵MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rabels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 8.

⁵³⁶ Se trata de un principio que ya se reconoció reiteradamente en la jurisprudencia alemana referente a la ULIS (Bundesgerichtshof 9 diciembre 1964; Bundesgerichtshof 16 abril 1975; Bundesgerichtshof 13 mayo 1982; Bundesgerichtshof 14 marzo 1984). MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rabels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 10.

⁵³⁷MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rabels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 10.

mercaderías entregadas e informaciones para la concertación de un seguro de transporte⁵³⁸.

El principio de mitigar las pérdidas en caso de incumplimiento del contrato tiene una especial relevancia. La persona que está en posesión de los bienes debe evitar las pérdidas a la otra parte, aunque se resuelva el contrato. Se recoge en los artículos 85, 86, 77.

El vencimiento sin reclamación de la obligación de pago del precio (artículo 59), ampliable a los demás supuestos de pago de cantidades. La jurisprudencia lo ha reconocido en las sentencias de la Pretura di Locarno-Campagna de 16 de diciembre de 1991⁵³⁹, y de la Kammergericht Berlin de 24 de enero de 1994⁵⁴⁰.

El derecho de retención y de suspensión para casos en que o se produzca o se prevea que no se produzca el cumplimiento simultáneo de la contraparte. Se justifica en los artículos 71 y los de conservación⁵⁴¹.

La posibilidad de reconvenir, se reconoce en el artículo 84.2. El ejemplo más frecuente es la reclamación de daños frente a la reclamación de pago del precio de la compraventa resuelta por causa de falta de conformidad de la cosa⁵⁴². Se reconoce aunque las materias de procedimiento son ajenas a la CCIM, en las

⁵³⁸SAMSON, Claude." Exportation de biens et de services: La convention des nations unies sur la vente interationale de marchandises". en *Conférence Meredith Lectures 1993. Les transactions transfrontalières de marchandises*. Faculté de droit, Université McGill. Cowansville, Québec. 1994. p. 49-50.

⁵³⁹ Pretura di-Locarno Campagna de 16 de diciembre de 1991, (*UNILEX 1994*, 1991-13).

⁵⁴⁰ Kammergericht Berlin de 24 de enero de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1994, p. 683-684).

⁵⁴¹MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rabels Zeitschrift*, Vol. 59, 1995, October, p. 9.

⁵⁴² Se trata de un principio reconocido para ULIS por la jurisprudencia holandesa en la sentencia del Arrondissementbank Alkmaar de 13 de junio de 1985. MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rabels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 9.

sentencias: Amtsgericht Frankfurt am Maine, de 31 de enero de 1991⁵⁴³, Oberlandesgericht Koblenz de 17 de septiembre de 1993⁵⁴⁴.

El de transmisión del riesgo desde la identificación de los bienes. Se recoge en los artículos 67 a 69⁵⁴⁵.

El principio de *non venire contra factum proprium*. Se reconoce en el artículo 29 referente a la novación que requiera forma escrita, o en el artículo 18 sobre la aceptación mediante *facta concludentia*.

El principio de *favor contractus*. Se halla ampliamente reconocido en las condiciones restrictivas en que se puede dar la resolución del contrato, (ver los artículos 25, 34, 37, 47, 48, 49, 63 y 64). Solamente si la gravedad del incumplimiento es inaceptable, se permite su resolución por la parte agraviada. Se aplica a supuestos de incumplimiento no previstos expresamente en la CCIM, no dando lugar a la resolución del contrato. Esta solución difiere respecto a la de algunos derechos internos como el francés, en los que lo importante no es la gravedad del incumplimiento sino la naturaleza esencial o accesoria de la obligación incumplida la que determina la resolución⁵⁴⁶. Por otra parte, se favorece la existencia de los mismos en fase de formación, al aliviar la "mirror image rule" en la aceptación del contrato, en el artículo 19. La justificación de este principio reside en que no obstante la imperfección del proceso de formación o de ejecución del contrato, las partes suelen estar interesadas en mantener este vigente, ya que

⁵⁴³ Amtsgericht Frankfurt am Maine, de 31 de enero de 1991, (*Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1991, p. 345).

⁵⁴⁴ Oberlandesgericht Koblenz, de 17 de septiembre de 1993, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1993, p. 934-938).

⁵⁴⁵ MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 9.

⁵⁴⁶ BERAUDO, Jean-Paul. "La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage", en *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la Cámara de Comercio Internacional*, Vol.5 / N °1-Mai 1994, p. 65.

lo contrario supondría comenzar de nuevo toda una fase negociadora, especialmente farragosa en comercio internacional⁵⁴⁷.

Los principios reguladores de la carga de la prueba, que son: a) Cada parte tiene que probar la existencia de los hechos que alega para obtener los derechos correspondientes; b) el que alega la excepción debe probar los hechos en los que se basa; c) los hechos que entran en la esfera de responsabilidad de una parte, deben ser probados por esta, ya que los conoce mejor, y ejerce control sobre los mismos⁵⁴⁸. La CCIM establece normas sobre carga de la prueba en el artículo 79, corresponde probar la causa de exención al que la alega; la expresión "a menos que" supone que la prueba corresponde al que alega dicha excepción. En la sentencia del Handelsgericht Zürich, de 9 de septiembre de 1993⁵⁴⁹, se afirmó que en la Convención está implícito que el comprador tiene que probar la existencia de defectos y que dio la noticia de los mismos en un plazo razonable, de tal forma que si esta prueba es insuficiente, pierde el derecho a reclamar la falta de conformidad.

Pacta sunt servanda. Se deriva de numerosos artículos: 30, 53, que establecen la obligación de pago del precio, 71, 72, 73 y 79, que señalan que el contrato no pierde su carácter vinculante por el hecho de un simple cambio de circunstancias, sino solamente en las circunstancias listadas en dichas disposiciones⁵⁵⁰.

Otros principios son dudosos:

⁵⁴⁷DE NOVA, Giorgio. "Dal principio di conservazione al *favor contractus*", en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Milano.1998.p. 306-307.

⁵⁴⁸HARTWIEG. "Prozessuale Aspekte einheitlicher Anwendung der Wiener UN-Konvention über internationalen Warenkauf (CISG), *ZVglRWiss.*, 1993, p. 282 y ss.

⁵⁴⁹ Handelsgericht Zürich, 9 de septiembre de 1993 (*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1995, p. 278).

⁵⁵⁰MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 6.

El del cumplimiento específico, que lo es en tanto se reconozca como tal por la *lex fori*, (artículo 28).

Divisa en que debe realizarse el pago: la del establecimiento del vendedor, por la preferencia que la CCIM da al acreedor (artículos 54 y 57)⁵⁵¹.

Lugar de cumplimiento de obligaciones de pago, el establecimiento del vendedor⁵⁵².

Estrechamente vinculado con el de cooperación está el de comunicación de la información imprescindible para la contraparte⁵⁵³. No obstante es dudoso hasta qué punto cabe la exigibilidad de este principio⁵⁵⁴.

La pérdida del derecho por su falta de reclamación durante un periodo de tiempo, creando la apariencia al deudor de que no lo reclamará en un futuro. Se justifica por sus defensores en que la inexistencia de plazos uniformes de prescripción puede dar lugar a que estos sean muy largos⁵⁵⁵.

No son principios generales⁵⁵⁶:

⁵⁵¹Kammergericht Berlin, de 24 de enero de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1994, p. 693-684).

⁵⁵²Oberlandesgericht Düsseldorf, 2 de julio de 1993, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1993, p. 845-846).

⁵⁵³FERRARI, Franco. "Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen", en *JZ*, 1/1998, p. 12.

⁵⁵⁴MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 8.

⁵⁵⁵ Tiene su base en la sentencia sobre ULIS de Landgericht Duisburg, 10 junio 1986. MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 7.

⁵⁵⁶MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *Rebels Zeitschrift*, Vol.59, 1995, October, p. 11.

La tasa de interés. Algunos autores consideran que sí existe un principio general en este caso, pero la mayoría entienden que no, por lo que debe aplicarse las normas de Derecho internacional privado⁵⁵⁷.

La ordenación preferencial de los créditos. A pesar de que la sentencia de afirmaba que existía una preferencia por la deuda más sobresaliente, parece que ni de la LUCI⁵⁵⁸, ni de la CCIM cabe deducir principio alguno en esta materia, (ninguna de ellas hace la menor referencia a este supuesto).

La posibilidad de acudir a principios de otros cuerpos normativos debe ser excluida. La referencia a los principios generales reconocidos en las naciones civilizadas hecha en el artículo 38 del Estatuto de la Cámara de Comercio Internacional no es aplicable al artículo 7 de la CCIM. De acuerdo con este solamente se pueden utilizar como métodos de integración los principios generales deducidos del texto de la CCIM ("en los que se basa", según la versión inglesa y española, "en los que se inspira", según la versión francesa). De acuerdo con la interpretación gramatical, sistemática y los trabajos preparatorios, la deducción de principios debe sujetarse estrictamente a los directamente derivados de la CCIM, y estará siempre sujeta a los principios supremos manifestados en el preámbulo y en el párrafo primero del artículo 7, utilizando el método transnacional, antes estudiado, para confirmar la existencia de una aceptación generalizada de los mismos a nivel internacional. Ello implica que no cabe deducir nuevos principios por la, por otra parte casi imposible, comparación analítica de las legislaciones de todas las naciones, aunque esta se limitara a las naciones Partes.

⁵⁵⁷Sobre las múltiples y distintas soluciones dadas por la jurisprudencia en la determinación del tipo de interés, consultar el ejemplo dado más arriba al hablar de interpretaciones jurisprudenciales que no tienden a la uniformidad.

⁵⁵⁸ Fue un principio reconocido por la jurisprudencia holandesa de la ULIS, pero que no fue seguido en ningún otro país. Arrondissementbank Amsterdam, 5 marzo 1980; Arrondissementbank Alkmaar, 27 mayo 1982; Hof Amsterdam, 4 noviembre 1982.

No obstante, merecen una consideración aparte los Principios elaborados por UNIDROIT, y los Principios de la Unión Europea, elaborados por la Comisión dirigida por Ole Lando.

4.3. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Se trata de principios elaborados por UNIDROIT publicados en 1994⁵⁵⁹. Han sido objeto de una rápida y amplia difusión internacional, correspondida por una progresiva aceptación. Han inspirado las más modernas legislaciones nacionales, en países de diversas familias jurídicas (Holanda, Rusia, Túnez, Nueva Zelanda, Estados Unidos), han sido utilizados como guía en la redacción de contratos internacionales, e incluso como ley de los mismos y han dado lugar a resoluciones jurisprudenciales y arbitrales⁵⁶⁰.

Una de las finalidades con que fueron creados era la de reflejar por escrito los principios reguladores de la *lex mercatoria*, de tal forma que sirvieran como supletorios de los tratados en materia de unificación del derecho mercantil internacional. De hecho, los principales instrumentos tenidos en cuenta para la redacción de los mismos fueron esta Convención, juntamente con el *2nd Restatement* y el *Uniform Commercial Code* estadounidenses⁵⁶¹. De ellos se extrajeron la mayoría de los principios. Se analizaron de acuerdo con la práctica internacional, teniendo en consideración que el ámbito al que se dirigen son los contratos internacionales en general, no sólo la compraventa. Muchos de ellos, como los contenidos en la formación del contrato, reproducen casi íntegramente el

⁵⁵⁹ UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law - *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994.

⁵⁶⁰ BONELL, Michael Joachim. "The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years", en *RDU*, 1997-1, p. 34-45.

⁵⁶¹ FARNSWORTH, E. Allan. "The American Provenance of the UNIDROIT Principles", en *Tulane Law Review*. Vol.72. 1998. p. 1984-1994.

texto de la CCIM⁵⁶². Por este motivo, y dada su cada vez más generalizada aceptación, algunos autores consideran que pueden ser utilizados como integradores de las lagunas de la CCIM.

La intención de que estos principios integren los Tratados Internacionales no implica que tengan que ser asumidos como principios generales de la CCIM. Algunos autores, interpretando estrictamente la dicción del artículo 7.2 asertan la imposibilidad de tenerlos en cuenta, dado que son principios generales externos a la Convención⁵⁶³. Se trata de una opinión conforme a la interpretación gramatical del precepto. Desde un punto de vista histórico no se puede afirmar que dichos principios deban ser excluidos, puesto que ni siquiera existían proyectos de los mismos en la época de la redacción y aprobación de la CCIM. No obstante, el órgano que los redactó carece de representatividad de Estado alguno, por lo que es más que discutible su aplicación como fuente supletoria o complementaria de la CCIM.

Con todo, conviene tener en cuenta tales principios en tanto desarrollan algunos principios existentes en la CCIM por varios motivos. A su órgano creador, UNIDROIT, se le ha reconocido una especial *auctoritas* en el derecho mercantil internacional. En la redacción de los principios han participado eminencias en la materia procedentes de todas las familias jurídicas y participantes activos en la Conferencia de Viena y en los trabajos preparatorios de la misma. La CCIM ha sido la fuente principal de los mismos. Y desde un punto de vista teleológico, su utilización cumple con los principios de internacionalidad, uniformidad y buena fe, así como con los consagrados en el Preámbulo de la CCIM, y así ha sido reconocido por la doctrina⁵⁶⁴ y por algunas sentencias y laudos arbitrales.

⁵⁶²GARRO, Alejandro M. "The Gap-filing Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG", en *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995, p. 1149-1190.

⁵⁶³FERRARI, Franco. "Principi generali ...p. 135.

⁵⁶⁴MAGNUS, Ulrich. "Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law,

En general los Principios UNIDROIT y los derivados de la CCIM son coincidentes, algunos de ellos tienen redacciones idénticas⁵⁶⁵. No obstante se tiene que tener cuidado en los supuestos en que exista una solución distinta entre la CCIM y los Principios UNIDROIT. Existen diferencias en materia de formación del contrato, de imposición del cumplimiento específico como sanción en caso de incumplimiento, de fuerza mayor o de indemnización de daños y perjuicios⁵⁶⁶.

La jurisprudencia arbitral, y al menos, dos sentencias de tribunales nacionales han resuelto conforme a ellos supuestos de compraventa internacional no resueltos expresamente en la CCIM⁵⁶⁷:

- Internationales Schiedgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, Schiedspruche SCH 4318 y SCH 4366, de 15 de junio de 1994⁵⁶⁸. En dos compraventas de acero entre una empresa austríaca y otra alemana, se declara aplicable la CCIM, pero al no regular esta la tasa de interés, en virtud del artículo 7.2 se aplica en ambos casos el tipo medio de los

Principles of International Commercial Contracts", en *Pace International Law Review* Vol. 10, 1998, p. 89-95. En este artículo se relaciona el principio de buena fe recogido en la CCIM con los principios UNIDROIT, que se entienden como complementarios de la CCIM.

⁵⁶⁵GARRO, Alejandro M. "The Gap-filing Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG", en *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995, p. 1164.

⁵⁶⁶Para su comparación: HARTKAMP, A. S. "The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Comparability and Evaluation. Essays in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, Dordrecht (Nijhoff), 1994, 85-98; y GARRO, Alejandro M. "The Gap-filing Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG", en *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995, p. 1149-1190.

⁵⁶⁷BONELL, Michael Joachim. "The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years", en *Revue du Droit Uniforme*, 1997-1, p. 34-45.

⁵⁶⁸ Internationales Schiedgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, Schiedspruche SCH 4318 y SCH 4366, de 15 de junio de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, p. 590-592).

préstamos bancarios a corto plazo, con respecto a la moneda de pago del país del acreedor, dado que el pago debía realizarse en dicho país, y apoyando tal decisión en el artículo 7.4.9(2) de los Principios UNIDROIT.

- Cámara de Comercio Internacional. Laudo n °8128 de 1995⁵⁶⁹. Para la determinación de la tasa de interés, el árbitro entiende justificada la aplicación de los principios UNIDROIT (7.4.9.2.) y de los principios de derecho europeo (4.507.1.) de contratación, como principios generales del artículo 7.2. de la CCIM. Según esto se aplica la tasa de interés medio practicada para los préstamos a corto plazo por los bancos de primer orden. En este caso se aplicó el LIBOR.

- Cour d'appeal de Grenoble. 23 de octubre de 1996⁵⁷⁰. Sobre el lugar en que debe restituirse el precio indebidamente pagado por el comprador, cuestión no regulada por la CCIM.

Otra función de los Principios UNIDROIT, en la que aparecen a un mismo nivel que la CCIM es el de ser manifestación de la *lex mercatoria*⁵⁷¹, que según algunos autores puede completar la CCIM en virtud del carácter dispositivo de esta, manifestando expresamente la aplicabilidad de los mismos al contrato, o como integradores del contrato conforme al artículo 9.2 de la CCIM. La diferencia entre el papel atribuido a los Principios UNIDROIT en virtud de esta cláusula o integración y la función de los mismos como aplicables en virtud del artículo 7.2 es que en estos, no se aplicarán los principios UNIDROIT a materias excluidas de la CCIM, mientras que en su integración en bloque en el contrato permite rebasar el límite del artículo 4 de la CCIM, consiguiendo una regulación completa del contrato de compraventa sin remisión a normas de derecho internacional privado⁵⁷².

⁵⁶⁹ Cámara de Comercio Internacional. Laudo n ° 8128 de 1995, (*Journal du Droit International* , 1996, p. 1024-1028).

⁵⁷⁰ Cour d'appeal de Grenoble. 23 de octubre de 1996. (*Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 756-762).

⁵⁷¹ Dos laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional han reconocido expresamente que la CCIM también es manifestación de la *lex mercatoria*: el caso n °5713, de 1989, (*Yearbook of Commercial Arbitration*, XV, 1990, p. 70-73), y el n ° 6149, de 1990, (*Yearbook of Commercial Arbitration* XX, 1995, p. 41-57).

⁵⁷² BONELL, Michael Joachim. " The UNIDROIT Principles and CISG", en *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of Internatioan Commercial Contracts*, New York, 1997, p. 83.

A este respecto son interesantes otros pronunciamientos basados en los Principios UNIDROIT, que son manifestación de la *lex mercatoria* y suplen los principios reconocidos por la CCIM⁵⁷³:

- Corte de Arbitraje de Berlín, laudo de 1992⁵⁷⁴. Justifica la terminación del contrato de compraventa internacional de maquinaria acordado entre una empresa de la República Democrática Alemana y otra de un país del Este, como consecuencia del cambio de circunstancias sobrevenido por la reunificación alemana. Se basa en los principios sobre *hardship* contenidos en los Principios UNIDROIT.

- Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995⁵⁷⁵. Aplica directamente los Principios UNIDROIT en un contrato de suministro de equipamiento entre una empresa inglesa y una agencia gubernamental de Oriente Medio, que hacía referencia a los "principles of natural justice", sin especificarlos.

- Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995⁵⁷⁶. Aplica directamente los Principios UNIDROIT en un contrato entre una empresa Estados Unidos y una agencia gubernamental de Oriente Medio, que hacía referencia a los "Anglosaxon principles of law", sin especificarlos.

- Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995⁵⁷⁷. Un supuesto de terminación del contrato que plantea el problema de la restitución. Se decide que el tipo de cambio escogido para el pago

⁵⁷³DI MATTEO, Larry A. "Resolving International Contract Disputes", en *Dispute Resolution Journal*, november 1998, p. 78.

⁵⁷⁴ Corte de Arbitraje de Berlín, laudo de 1992, en MASKOW, D. "Hardship and Force majeure", en *American Journal of Comparative Law*, 1992, n° 48, p. 665.

⁵⁷⁵ Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995, en BOELE-WOELKI, "Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts", en *Uniform Law Review*, 1996, p. 661.

⁵⁷⁶ Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995, en BOELE-WOELKI, "Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts", en *Uniform Law Review*, 1996, p. 661.

⁵⁷⁷ Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995, en MASKOW, D. "Hardship and Force majeure", en *American Journal of Comparative Law*, 1992, num.48, p.665.

en la divisa local se rige por los Principios UNIDROIT (que coinciden con la ley aplicable subsidiariamente la suiza).

- Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995⁵⁷⁸. Aplica directamente los Principios UNIDROIT en un contrato entre una empresa italiana y una agencia gubernamental de Oriente Medio. En este caso ambas partes insistían en aplicar su ley nacional. La Cámara de Comercio Internacional resuelve conforme al contrato, y en su defecto, aplica la *lex mercatoria*, aplicando los Principios UNIDROIT como manifestación de la misma.

- Cour d' appeal de Grenoble, sentencia de 24 de enero de 1996⁵⁷⁹. Aplica los Principios para determinar si el embalaje de la maquinaria era conforme a lo acordado entre la empresa estadounidense y la francesa.

- Corte de arbitraje Nazionale e Internazionale di Milano. Laudo n °1795 de 1 de diciembre de 1996⁵⁸⁰. Las partes acordaron someter el litigio a los Principios UNIDROIT.

4.4. LOS PRINCIPIOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Se trata de los Principios redactados por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo, redactados parcialmente en 1994⁵⁸¹ y cuya redacción final es de 1997⁵⁸². El Parlamento Europeo ha aprobado dos resoluciones⁵⁸³ en que se

⁵⁷⁸ Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995, en BOELE-WOELKI, "Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts", en *Uniform Law Review*, 1996, p.661.

⁵⁷⁹ Cour d' appeal de Grenoble, 24 de enero de 1996, (*Uniform Law Review*, 1997, Vol.1, p.180).

⁵⁸⁰ Corte de arbitraje Nazionale e internazionale di Milano. 1 de diciembre de 1996, en BOELE-WOELKI, "Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts", en *Uniform Law Review*, 1996, p.661.

⁵⁸¹ LANDO, Ole / BEALE, H. *The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*. Dordrecht, 1995.

⁵⁸² <http://www.lexmercatoria.net>.

afirmaba que formarían parte de un futuro Código Europeo de Derecho de los Contratos.

En estos Principios se recopilan principios extraídos de los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea, aunque se incorporan otros no europeos, como los *American Restatements on Contract and Restitution* o los de Convenciones internacionales, especialmente la CCIM. No obstante, estos últimos no se asumieron en bloque, sino en tanto la Comisión los considerara adecuados para todos o parte de los contratos que se pretendían regular en los Principios de la Unión Europea⁵⁸⁴.

Al ser parte de sus componentes miembros del Grupo de Trabajo de UNIDROIT encargado de la redacción de los Principios UNIDROIT sobre contratación internacional, coinciden en muchos aspectos con ellos y se influyen mutuamente.

A pesar de su similitud no pueden considerarse como supletorios de los principios de la CCIM dado que su ámbito es exclusivamente el de los países de la Unión Europea y que se refieren a todo tipo de contratos, incluidos los de transacciones internas, sean civiles o mercantiles, y los contratos de consumo⁵⁸⁵.

En el laudo de la Cámara de Comercio Internacional, n ° 6653⁵⁸⁶ de 1993, se emplearon para resolver un tema de tipos de interés, citándose junto a los de UNIDROIT, dado que eran coincidentes.

⁵⁸³Resolución de 26 de mayo de 1989, *DOCE* C 158/401 de 26 de junio de 1989, y Resolución de 6 de mayo de 1994, *DOCE* C 205/518.

⁵⁸⁴LANDO, Ole. "Principles of European Contract Law. A First Step Towards a European Civil Code?", en *International Business Law Journal*, n °2-1997, p.197.

⁵⁸⁵BONELL, Michael Joachim. "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", en *Revue de Droit Uniforme*, 1996/2, p.245.

⁵⁸⁶ Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 6653/1993(*Journal du Droit International* 1993, p. 1040-1047).

5. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Respecto a las materias no excluidas por el artículo 4 y 5, ni las excluidas por los artículos 2 y 3, se aplica la voluntad de las partes junto con la CCIM en tanto exista una regulación explícita en la misma, interpretada con criterios de internacionalidad, uniformidad y buena fe, haciendo uso de la interpretación analógica de sus preceptos. En su defecto se integrarán sus lagunas mediante los principios generales derivados de la misma CCIM. A pesar de ello existen campos en que no se podrá llegar a una solución clara, en cuyo caso como medida de cierre del sistema se ha vuelto a la solución tradicional: acudir a las normas de derecho internacional privado, es decir, aplicar el derecho interno.

La LUCI contenía dos artículos que hacían referencia a la integración de sus preceptos: el artículo 2, que excluía de la aplicación de la ley uniforme a las normas de derecho internacional privado, y el artículo 17, que establecía como única fuente supletoria a los principios generales del derecho, sin hacer referencia a las normas de derecho internacional privado. Con ello se pretendía que la ley uniforme fuera un cuerpo jurídico autónomo. Esta norma fue criticada por su falta de realismo, ya que en ningún caso los principios derivados de la ley uniforme podían cubrir todos los supuestos de hecho posibles, con lo que, a pesar de la omisión de las normas conflictuales, era inevitable acudir finalmente a ellas en estos supuestos.

La redacción del artículo 7.2 de la CCIM, es fruto de una propuesta de la República Democrática Alemana, que propuso la mención expresa de las normas de derecho internacional privado como norma de cierre para evitar el recelo de los países que consideraban vaga la remisión a los principios generales. De los trabajos preparatorios se deriva que esta norma se introdujo como norma de cierre compatible con la autointegración con los principios generales derivados de la CCIM, a pesar de que Bonell, el proponente del carácter supletorio de los principios, no estaba conforme, y planteaba una norma de cierre que consistía en la búsqueda de similitud entre los sistemas jurídicos de las partes litigantes.

El triunfo de las normas de Derecho internacional privado como norma de cierre se basó en los problemas que la ausencia de una tal norma había dado lugar en la doctrina y en la aplicación jurisprudencial de la LUCI. El fracaso de la norma propuesta por Bonell se dio por no resolver el supuesto en el que los dos sistemas jurídicos de las partes contendientes no fueran compatibles en las soluciones, así como que las soluciones que se llegaran por dicho método no seguirían el criterio de internacionalidad exigido en el artículo 7.1.

La admisión expresa de tal norma de cierre supuso una capitulación del derecho uniforme, que no conseguiría así la consecución de su último fin, el evitar el *forum shopping*.

Con esta cláusula se mantiene el problema de la falta de uniformidad en la regulación de la compraventa internacional, ya que las normas de conflicto no están unificadas internacionalmente. De hecho, uno de los conceptos en que no existe una interpretación no autónoma es el de derecho internacional privado⁵⁸⁷.

Por otra parte la remisión a las normas de derecho internacional privado implica un atentado mayor a la seguridad jurídica ya que la mayoría de ordenamientos jurídicos exigen la prueba del derecho extranjero en el caso de que no se aplique la *lex fori* material, aunque conforme a las reglas sobre prueba de la *lex fori*. Ello supone una dificultad a veces no superada que conduce a aplicar la *lex fori* material a casos en que las normas de conflicto se remitían a otro ordenamiento jurídico.

Son varios los casos que se han dado en este sentido Corte di Appello di Milano, de 20 de marzo de 1998⁵⁸⁸, y la sentencia del Oberstergerichtshof de Austria, de 2 de abril de 1998⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ FERRARI, Franco. "CISG Article 1(1)(b) and related matters: Brief remarks on the occasion of a recent Dutch Court decision", en *NIPR*, jrg.13(1995), p. 317-328.

⁵⁸⁸ Corte di Appello di Milano, de 20 de marzo de 1998, (*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, p.170-175). Deja de aplicar la ley de Hong-Kong por no haber sido probada, por lo que aplica la ley italiana de compraventa internacional, es decir, la CCIM.

⁵⁸⁹ No es aplicable el artículo 1.1.a de la CCIM ya que uno de los contratantes tiene su establecimiento en un Estado que no es Parte. En su defecto se acude a las normas de derecho internacional privado de la *lex fori*, el IPRG de Austria. Según el artículo 36 IPRG (derogado desde

En todo caso la llamada al derecho interno se realiza respecto de aquellas materias que están dentro del campo de aplicación de la CCIM, pero que no fueron tratadas en los trabajos preparatorios, o en las que no se llegó a una solución, o simplemente fueron obviadas, dejando su resolución a la jurisprudencia⁵⁹⁰.

Además se mantiene la inseguridad en cuanto a las normas aplicables por los tribunales arbitrales. La solución a este problema debe ser el acuerdo de las partes que designe el derecho aplicable junto con la cláusula promisorias y la designación del foro⁵⁹¹.

A pesar del rechazo de la regla de Bonell, no se debe olvidar que si bien los tribunales y jueces de los países partes debe aplicar estrictamente este sistema de fuentes, los tribunales arbitrales gozan de una mayor libertad, y tienden de hecho a aplicar la solución de Bonell. El motivo es la inadecuación del sistema de normas de conflicto al comercio internacional. En los países anglosajones las normas de derecho internacional privado son apenas conocidas más que por unos especialistas, mientras que las soluciones codificadas por otros países no son las aceptadas por las necesidades del comercio. Ello es lo que dio lugar al movimiento unificador de las normas de derecho material, así como de las normas de competencia jurisdiccional. En estos casos, la solución más limpia es la de acudir a un árbitro, que en su justificación de la norma aplicable, preferirá indagar

1998) a falta de elección de ley aplicable por los contratantes se aplica el derecho de la residencia habitual o del establecimiento de la parte deudora de la mercadería. Conforme al derecho austriaco corresponde al funcionario indagar en el derecho extranjero si este no es conocido por la práctica o la doctrina dominante. En caso de que el derecho extranjero no pueda ser conocido en un plazo adecuado, se aplica el derecho austriaco. Una vez determinado el derecho aplicable se podrá conocer la aplicabilidad o no del artículo 1.1.b de la CCIM.

⁵⁹⁰ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p. 105. En las páginas siguientes propone ejemplos de integración de laguna, algunos discutibles.

⁵⁹¹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, "Artículo 7" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.p. 102.

en la norma común de los sistemas jurídicos de las partes, y en su defecto acudiré a la *lex mercatoria* (para lo que serán útiles los principios UNIDROIT, de ahí la reciente reforma del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional)⁵⁹². No obstante, en aras de la seguridad jurídica que se pretende mantener frente al sistema de normas de conflicto del derecho internacional privado se plantea si este no será adecuado como supletorio en caso de no encontrarse una norma adecuada común a las partes, al menos hasta que se concrete de forma más aceptable el contenido de la nueva *lex mercatoria*⁵⁹³.

6. CONCLUSIONES SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DE LA CCIM

Una vez planteado el método interpretativo exclusivo de la CCIM, procede delimitar los criterios de integración de sus normas, en previsión de la necesidad de usar dichos métodos en el análisis de las lagunas de los preceptos referentes al incumplimiento esencial.

Para ello es necesario distinguir entre las lagunas *intra legem*, que son las referidas a materias que quedan fuera del ámbito de la CCIM, y las lagunas *praeter legem* referidas a materias no reguladas expresamente, pero tampoco excluidas.

El sistema de integración de las lagunas *intra legem*, es decir, de las materias excluidas de la CCIM, es el de aplicación directa de las normas de derecho internacional privado. La integración de las normas en supuestos regulados por la CCIM será autónoma en un primer grado, aplicando la analogía y

⁵⁹²BERAUDO, Jean Paul. "La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux", en *Revue de droit uniforme*, 1998-2/3, p. 259-273.

⁵⁹³DERAINS, Yves. "La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat", en *International Business Law Journal*, n °4, 1996, p. 514-530.

los principios generales de la Convención, y en lo que no la contradigan, los principios UNIDROIT y cualesquiera otros considerados como *lex mercatoria*. Solamente en defecto de los mismos procederá la aplicación de las normas de derecho internacional privado.

La aplicación de un sistema de integración u otro dependerá que el supuesto de hecho se pueda encuadrar en el ámbito de la CCIM.

Para ello se han interpretado los artículos referentes al ámbito de aplicación de acuerdo con el método interpretativo propuesto llegándose a las siguientes conclusiones:

Hay conceptos que no pueden ser interpretados autónomamente, sino que deben interpretarse desde una perspectiva nacional. Tal es el caso del concepto de Derecho internacional privado.

Los demás conceptos sí deben ser interpretados autónomamente. En concreto:

- CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO: Por establecimiento debe entenderse el lugar permanente, regular y estable de la actividad comercial de una parte, dotado de una organización propia diferenciada, duradera por cierto tiempo, y si hay varios, el más relacionado con la compraventa realizada, en concreto con la entrega de la mercadería. Es indiferente que se trate de una filial o una matriz.

A falta de establecimiento, el de una persona física será al lugar de su residencia habitual entendida como una situación fáctica capaz de ser conocida objetivamente, que implique un alto grado de estabilidad atendidas las circunstancias personales o profesionales de las partes, y en especial a la intención reconocible de vincularse a ese lugar.

- CONCEPTO DE PARTE: Comprador y vendedor. No lo son ni el transportista, ni el agente, ni el representante, ni siquiera a efectos de establecimiento.

- CONCEPTO DE COMPRAVENTA: Contrato por el que una persona, vendedor, se obliga a entregar mercaderías, transmitir su propiedad y entregar todo tipo de documentos relacionados con aquellas, a cambio de un precio por parte de otra, comprador, obligada a la recepción de las mismas. Quedan incluidas en el concepto de compraventa las realizadas a distancia, el contrato de suministro, las

compras en que el objeto debe ser especificado por el comprador y las compras en calidad de ensayo o prueba.

Se incluyen en el concepto de compraventa internacional los contratos mixtos de obra o servicios en los que la obra o el servicio sean menos valiosos que la mercadería entregada, valorados ambos cuantitativamente, o cualitativamente siempre que la sustancialidad de los bienes entregados sea objetivamente demostrable, por ejemplo mediante el valor de facturación o mediante la manifestación contractual explícita de la intención de las partes.

La permuta y la compensación de créditos quedan fuera de la aplicación de la CCIM. Sin embargo se incluyen las compraventas recíprocas.

Los contratos coligados en general se considerarán como unitarios o no según la voluntad de las partes. En el primer caso se aplica la CCIM si la compraventa es la parte preponderante. Si la voluntad era considerarlos como separables, la parte de la compraventa se regulará por la CCIM. Los contratos marco, en general, no se incluyen en la CCIM, aunque sí los derivados de su aplicación.

Se excluyen del concepto de compraventa internacional regulada en la CCIM, las compraventas de consumo, salvo que el vendedor no hubiera tenido conocimiento del uso de las mercaderías ni hubiera tenido motivos para tenerlo. También las efectuadas como consecuencia de ejecuciones forzosas u otras medidas judiciales. Incluyen las derivadas de procesos concursales.

- CONCEPTO DE MERCADERÍA: Lo son los objetos que pueden ser objeto de entrega, o los documentos que los representen. Se incluyen los semovientes. Pero se excluyen valores mobiliarios, títulos y efectos de comercio y dinero, aerodeslizadores y aeronaves, buques y embarcaciones, (salvo las de pequeñas dimensiones y las partes no esenciales de los buques y embarcaciones), así como la electricidad.

Implícitamente no se consideran mercaderías a efectos de la CCIM los derechos incorporeales, incluidos derechos sobre inmuebles y derechos sobre propiedad industrial e intelectual. Sin embargo sí son mercaderías los objetos en que estos derechos son incorporados, así como los programas estandarizados de

software. Tampoco lo son los inmuebles, aunque sí lo son los bienes corporales que se tengan que instalar en ellos, aunque sea de forma permanente. Los bienes *extracomercium* se excluyen por motivos de validez del contrato. La empresa normalmente no se considerará como mercadería. No obstante hay que atender al caso concreto, de tal forma que si la parte más importante del contrato, objetivamente considerada, es la entrega de mercaderías, sí puede entenderse incluida en el concepto de mercadería de la CCIM.

- CONCEPTO DE VALIDEZ CONTRATO, DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO Y DE LOS USOS: Abarca los problemas de capacidad para contratar y de legitimación: la representación y la agencia no se regulan por la CCIM; la inmoralidad o la infracción de leyes internas de carácter imperativo, aunque no es pacífico que las normas internas referentes a la validez de las condiciones generales sean materia excluida de la CCIM; el error en la persona; la intimidación y el dolo; la lesión; la falta originaria de causa.

Pero no incluye los problemas de error en la calidad de la mercancía sí se regula en la CCIM, que lo trata como un supuesto de entrega no conforme; la falta de objeto se excluye del concepto de nulidad al tratarse como supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega; la falta de forma se regula en la CCIM, que establece el principio de libertad de forma; Y la frustración del contrato por desaparición sobrevenida de la causa.

- CONCEPTO DE PROPIEDAD: Excluye de la CCIM la transmisión de la propiedad, la protección de los derechos de terceros adquirentes y la compraventa con reserva de dominio, pero se regulan en ella la transmisión del riesgo, conservación de las mercaderías, y la obligación de transmitir la propiedad libre de cargas.

- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS VENDEDORES POR LOS PRODUCTOS VENDIDOS: A efectos de la CCIM los daños sobre personas y los daños materiales causados sobre terceros se consideran supuestos de responsabilidad extracontractual. Sin embargo son supuestos de responsabilidad contractual los supuestos de daños causados a los bienes del comprador.

Interpretados los artículos sobre el ámbito de aplicación se observa que existen materias claramente excluidas y otras claramente incluidas en el ámbito de la CCIM. Respecto de estas últimas procede en los supuestos de hecho de subsunción no evidente, la aplicación analógica de las normas, y en su defecto la aplicación de los principios generales de la CCIM.

Entre los principios generales de la CCIM, aparte de los ya expresados de internacionalidad y uniformidad en la interpretación y buena fe en la aplicación, podemos destacar algunos que nos van a ser útiles para la futura exposición:

- el de buena fe, que se manifiesta en otros como el de prohibición de abusar del propio derecho, prohibición de ir contra los propios actos, examen de las mercaderías en un plazo breve, mitigación de las pérdidas y el de información de cualquier hecho impeditivo del cumplimiento.
- el de razonabilidad o visión de una persona prudente y neutral, en la misma situación, que otorga a los jueces un amplio margen de discrecionalidad.
- el de la autonomía de la voluntad de las partes, solamente limitado por la exigibilidad de forma expresa en los supuestos de reserva del artículo 96.
- los principios de *favor contractus* y *pacta sunt servanda*.
- el principio de que los usos conocidos y aplicados ampliamente en el comercio internacional deben tenerse en consideración.

La determinación de los principios influye a su vez en la determinación del ámbito de la CCIM, dado que la redacción del artículo 4 permite que los supuestos no expresamente excluidos, se puedan integrar en la CCIM por estar regulados por los principios generales en ella contenidos, eludiendo así la remisión directa a las normas de derecho internacional privado. Es el caso de los principios reguladores de la carga de la prueba, que a pesar de ser normas procesales, afectan directamente a los derechos de las partes y en algunos casos son expresamente referidos en los trabajos preparatorios. También se pueden incluir en este apartado la inclusión de la responsabilidad precontractual en la CCIM, en virtud del principio de buena fe, o la no restricción de los medios de prueba, en virtud del principio de libertad de forma.

Otros campos no expresamente incluidos se entienden fuera del ámbito de la CCIM y regulados por las normas de derecho internacional privado, al no poder encontrar en la CCIM un principio que los pueda integrar, como ejemplos: la prescripción, la asunción de deudas, la cesión de créditos y las cuestiones procesales.

Otros principios son dudosos, y así se refleja no solamente en la doctrina, sino también en la jurisprudencia, que en ocasiones entiende que se deben regular por principios que se entienden deducidos de la CCIM, pero en otras niega la existencia de los mismos. En ocasiones es la propia CCIM la que deja la cuestión irresuelta, como en el caso del cumplimiento específico, que lo es en tanto se reconozca como tal por la *lex fori*.

Una cuestión polémica puede ser si entre los principios podemos incluir los derivados de la *lex mercatoria*, de la que la CCIM es parte importante. Entendemos que sí, siempre que no supongan una contradicción con la CCIM. En este sentido se pueden entender incluidos los Principios UNIDROIT.

Finalmente se aplicarán como método supletorio de las lagunas *praeter legem* las normas de derecho internacional privado. Pero se trata de una solución que debe evitarse, y darse únicamente cuando aplicando los métodos de integración anteriores no se pueda llegar a una solución clara.

CAPÍTULO CUARTO. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA **DEL ARTÍCULO 25 DE LA CCIM**

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

No existe entre los diferentes sistemas jurídicos un tratamiento igual sobre cuándo una de las partes puede resolver el contrato cuando este ha sido incumplido por la otra.

En los sistemas anglosajones, se prefiere la solución de reclamación de daños y perjuicios u otras acciones manteniendo el contrato en vigor, a pesar del incumplimiento. Por contra, en los derechos continentales, latinos y germánicos, la solución preferida es la de resolver el contrato.

Se adoptan decisiones diferentes en relación con el modo mediante el cual se debe resolver: mediante decisión judicial, mediante declaración unilateral de una de las partes o *ipso iure*. También se regulan presupuestos diferentes para la resolución: responsabilidad de una de las partes, en especial la culpa, responsabilidad objetiva, mora del deudor, etc⁵⁹⁴.

En la mayoría de los sistemas jurídicos la resolución del contrato se liga al incumplimiento de una obligación principal, con lo que era esencial distinguir las diferentes obligaciones contenidas en el contrato de compraventa y determinar si eran principales o accesorias. Este criterio fue el inicialmente asumido en los diferentes proyectos de ley uniforme, aunque posteriormente se asumió el criterio inverso: lo esencial pasó a ser la gravedad de la infracción aunque la obligación fuere secundaria, es decir, la CCIM considera unitariamente todo tipo de incumplimiento, distinguiendo sus consecuencias según la gravedad del mismo. Este es el criterio seguido también en leyes posteriores al CCIM, como *Wetboek* holandés, las leyes escandinavas, los Principios Generales UNIDROIT, los

⁵⁹⁴SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 1995, p. 208.

Principios de derecho contractual europeo o la reciente Ley de Contratos de la República Popular China, en vigor desde el primero de octubre de 1999.

El precepto de la CCIM que regula el incumplimiento esencial es el artículo 25. Norma situada en la Parte III, que no será aplicable a los países que hayan hecho uso de su reserva a dicha parte referida en el artículo 92⁵⁹⁵. El que se sitúe en el Capítulo I de la Parte III, de disposiciones generales, solamente importa a efectos de claridad de la estructura de la Convención, dado que la definición se aplica en todo caso a las referencias al incumplimiento esencial que se realicen en la Parte III.

No obstante, tal situación no supone que la exención a los principios de la Parte I. Todo lo contrario, la Parte I se aplica en su integridad, lo que es útil no solamente en lo referente a la determinación del ámbito aplicable de la CCIM y, por lo tanto de la definición de incumplimiento esencial contenida en su artículo 25, sino también, y lo que a efectos de nuestro estudio es más importante, a los principios de autonomía de la voluntad y libertad de forma, y los métodos de interpretación e integración de los contratos y de las normas de la CCIM (entre las que se encuentra el propio artículo 25), necesarios para la concreción exacta de las expectativas creadas a la parte perjudicada por el contrato y de las obligaciones de las partes que pueden ser objeto de incumplimiento, necesarios por lo tanto para determinar cuándo un incumplimiento de una concreta obligación es esencial.

El artículo 25 de la CCIM determina los presupuestos concretos necesarios para que se dé un incumplimiento esencial en el ámbito de la CCIM. Esta definición es válida para toda referencia a este concepto que se haga en la CCIM.

En la definición se tienen en cuenta dos elementos subjetivos: la previsibilidad del mismo por la parte incumplidora, y la presunción de que la parte perjudicada no habría celebrado el contrato de haber conocido el incumplimiento. Estos criterios deben ser tenidos en consideración como principios generales de la CCIM a la hora de valorar incumplimientos. Por lo tanto no solamente se tiene en

⁵⁹⁵ Hasta el 9 de febrero de 2001, ninguno de los países Parte de la CCIM han hecho uso de tal reserva.

cuenta el interés de la parte perjudicada sino también el de la parte incumplidora, buscando un equilibrio entre ambos intereses. Esto último tiene que ser considerado en todo momento como principio aplicable en todo el sistema de acciones de la CCIM.

En este Capítulo analizamos la evolución histórica del concepto de incumplimiento esencial, partiendo desde sus antecedentes más remotos en la regulación internacional, para, al final, tener un criterio determinante de las interpretaciones del artículo 25 que no pueden ser asumidas teniendo en consideración la voluntad del legislador internacional que lo creó, y extrayendo los principios que deberemos seguir en la interpretación conforme al artículo 7 de la CCIM, antes analizado.

2. ANTECEDENTES REMOTOS

El concepto de incumplimiento esencial tal y como se entiende en la CCIM, es fruto de una larga evolución histórica. Es especialmente importante adentrarse en los antecedentes remotos de la misma para comprender el sentido de las proposiciones contenidas en un artículo tan complejo como el artículo 25 de la CCIM.

Ya hemos hablado en la primera parte de este estudio de los diferentes proyectos que antecedieron a la redacción de la ley uniforme sobre compraventa internacional. Todos estos proyectos partieron del distinto tratamiento de los presupuestos de resolución regulados en las diferentes familias jurídicas.

Hasta 1920 se habían conseguido unificaciones regionales del derecho de compraventa (*Sales of Goods Act* de Gran Bretaña y el Imperio Británico, de 1893, que unificó la regulación de la compraventa en el siglo XIX en gran parte del Imperio Británico⁵⁹⁶, o la Ley Escandinava sobre compraventa, que fue asumida como propia por Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega e Islandia). Pero ninguna

⁵⁹⁶ Un listado de su ámbito de aplicación se recoge en RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*. Berlin. Leipzig. Walte de Gruyter & Co. 1936. p. 4.

de estas normas pretendían una regulación internacional, ni suponían un acercamiento de las distintas familias jurídicas para conseguir una regulación uniforme de la compraventa aceptada por todas ellas.

2.1. LOS PROYECTOS DE 1935 Y 1939

La elaboración del primer proyecto de ley uniforme sobre el contrato de compraventa internacional partió de un exhaustivo estudio de derecho comparado realizado bajo la dirección del Profesor *Ernst Rabel*, que fue publicado en 1936⁵⁹⁷. En él se analizaba la regulación de la formación del contrato de casi todos los ordenamientos jurídicos de la época⁵⁹⁸. En concreto estudió pormenorizadamente el contenido de derechos y obligaciones de comprador y vendedor en los ordenamientos jurídicos, distinguiendo entre obligaciones principales y accesorias, proponiendo al final un resultado al que debería atenerse una futura ley uniforme. Fue al tratar de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones accesorias cuando se desarrolló el concepto de esencialidad referido a la obligación y no al incumplimiento, tomado con matizaciones de la distinción entre *conditions* y *warranties* del derecho anglosajón. La conclusión a la que se llegó fue que una obligación era esencial cuando la contraparte no hubiera celebrado el contrato de haber sabido que tal obligación se incumpliría⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*. Berlin. Leipzig. Walte de Gruyter & Co. 1936.

⁵⁹⁸ Proyecto de formación del contrato de compraventa en RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*. Berlin. Leipzig. Walte de Gruyter & Co. 1936. p. 116.

⁵⁹⁹ RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*. Berlin. Leipzig. Walte de Gruyter & Co. 1936. p.524-528. En concreto se dice en la p.528: "Die Grundunterscheidung ergibt sich aus den geltenden Rechten demnach vom selbst. Der Idee, dass die Haftung sich in Voraussetzungen und Folgen nach den Vertrag zu richten hat, entspricht es mit dem überall noch herkömmlichen Wendungen, die Pflicht für wesentlich anzusehen, wenn

Este mismo criterio fue el seguido en el Proyecto de la Sociedad de Naciones, realizado en 1935⁶⁰⁰. Su artículo 61, *in fine* establecía: “*Une obligation du vendeur est essentielle lorsqu’il apparaît que sans elle l’acheteur n’aurait pas conclu le contrat*”⁶⁰¹. También en el artículo 80, se permitía al vendedor resolver el contrato si la falta de recepción de las mercaderías por parte del comprador se consideraba como “*une condition essentielle du contrat*”⁶⁰².

El Proyecto de 1939⁶⁰³ tampoco contenía todavía ningún precepto que se refiriera al incumplimiento esencial. En él se estructuraba el sistema de acciones a partir de las obligaciones contenidas en el contrato que hubiesen sido incumplidas. El sistema era similar al sistema inglés, que distingue entre *warranty* y *condition*, y el contrato solamente podía ser resuelto en caso de que se incumpliese una obligación principal, (entrega o saneamiento por parte del vendedor, pago del precio o recepción de la cosa por parte del comprador), o bien, en caso de tratarse de otras obligaciones del comprador o del vendedor, en el caso del incumplimiento de una condición esencial que convirtiera a la obligación accesoria en principal. Así, el Proyecto de 1939 establecía en su artículo 55, párrafo 3: “*Une obligation du vendeur est une condition essentielle du contrat lorsqu’il résulte des circonstances que sans elle l’acheteur n’aurait pas conclu le contrat*”⁶⁰⁴. Y paralelamente para el

anzunehmen ist, dass der andere Teil ohne sie den Vertrag nicht geschlossen haben würde. Es ergibt sich dann von selbst, dass der Richter nicht umhin kann, die ganze Sachlage in Kenntnis der Verletzungsfolgen zu würdigen”.

⁶⁰⁰ RABEL, Ernst. Das Recht des Warenkaufs... p. 374-394.

⁶⁰¹ RABEL, Ernst. Das Recht des Warenkaufs... p. 385.

⁶⁰² RABEL, Ernst. Das Recht des Warenkaufs... p. 388.

⁶⁰³ RABEL, Ernst. Das Recht des Warenkaufs... p. 395-415.

⁶⁰⁴ RABEL, Ernst. Das Recht des Warenkaufs... p. 405. En su versión inglesa: “*An obligation of the seller is an essential condition of the contract where it appears from the circumstances that the buyer would not have concluded the contract without such an undertaking*”. Document V/Prep/1.

caso de obligaciones accesorias del comprador, el artículo 70 establecía una idéntica redacción⁶⁰⁵.

2.2. EL PROYECTO DE 1956

Durante los trabajos preparatorios para la elaboración de una ley uniforme, en 1951 en La Haya, el experto de Dinamarca (*Ussing*) sugirió una aproximación diferente, modificando el concepto de incumplimiento de una condición esencial de una obligación, por el de incumplimiento esencial de una de las obligaciones contractuales. Con ello se pretendió prevenir la resolución del contrato y salvarlo, si el incumplimiento, aunque afectara a una obligación esencial, causaba de hecho poco o insignificante daño⁶⁰⁶.

El Informe elaborado por la Comisión Especial nombrada para la Conferencia de La Haya sobre compraventa de 1951, advirtió que el concepto de “incumplimiento esencial” era piedra angular del Proyecto, ya que numerosos artículos se referían a él. Venía a sustituir al concepto de “condición esencial del contrato” empleado en el Proyecto de Roma de 1939. Algunos delegados de la Conferencia de La Haya de 1951 pensaron que este concepto era demasiado rígido, por lo que la Comisión optó por reformar el sistema, dado que obligaciones

Conférence Diplomatique sur l'unification du droit en matière de la vente internationale. La Haye, 2-25 avril 1964. Actes et documents de la Conférence. Tome II-Documents. La Haye, 1966, p. 50.

⁶⁰⁵ “*Une obligation de l'acheteur est une condition essentielle du contrat lorsqu'il résulte des circonstances que sans elle l'acheteur n'aurait pas conclu le contrat*”, RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs...* p. 408.

⁶⁰⁶RIESE, Otto. “*Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts*”, en *RabelsZ*, 22, 1957, p. 39-40.

WILL, Michael R. “*Fundamental breach*”, en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p. 206.

consideradas como accesorias, como el lugar de cumplimiento de la entrega, podrían ser muy importantes para el comprador, mientras que un retraso poco importante, que apenas generara pérdidas para la parte perjudicada, podría generar un injusta resolución del contrato. Se optó por dar mayor importancia a la gravedad del incumplimiento para la parte que hubiera sido víctima de este, antes que a la importancia de la obligación incumplida, modificando la Comisión el concepto de "*fundamental term of the contract*" por el de "*fundamental breach of the contract*"⁶⁰⁷.

Al tratar de la fecha y el lugar de la entrega, el Informe de la Comisión distinguía entre incumplimiento esencial del contrato y el que no lo era. El texto del Proyecto elaborado en su artículo 15 decía: "*Une contravention au contrat est essentielle toutes les fois que la partie a sù ou aurait dû savoir, lors de la conclusion du contrat, que l'autre partie n'aurait pas conclu le contrat si elle avait prévu cette contravention*"⁶⁰⁸. Como novedad se distinguían las acciones no según la importancia de la obligación incumplida, sino según la esencialidad o inesencialidad del incumplimiento y se introducía un elemento objetivo ("*aurait dû savoir*"), así como la referencia al tiempo de conclusión del contrato como momento en que debía apreciarse tal esencialidad del incumplimiento. No obstante, se seguía el criterio hipotético recogido para casos de incumplimiento de condiciones esenciales de las obligaciones accesorias del proyecto de 1935. Si el incumplimiento se consideraba esencial, se permitía a la parte cumplidora optar entre el cumplimiento específico o la resolución del contrato. El cumplimiento específico solamente si todavía era posible y si se comunicaba sin dilación a la otra parte. La resolución iba acompañada por la indemnización de los daños y perjuicios que se derivaran de la falta de la entrega. En el caso de que la falta de entrega no supusiera un incumplimiento esencial, se rechazaba el establecimiento

⁶⁰⁷Document V/Prep/1. *Conférence ... La Haye, 2-25 avril 1964. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 50.

⁶⁰⁸Document V/Prep/1. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 9.

de un periodo de gracia judicial por ser contrario a la práctica de comercio internacional, y por la alta probabilidad de que las partes se encontraran así sometidas al poder discrecional de un juez extranjero que frecuentemente tendría de la misma nacionalidad que la otra parte. En este caso se optó por el sistema de *Nachfrist* alemán, establecer un plazo suplementario, transcurrido el cual el incumplimiento de la entrega resolvía el contrato *ipso facto*, con posibilidad de acumulación de indemnización de daños y perjuicios sufridos por el comprador.

Frente a las posiciones críticas a esta solución planteadas por algunos delegados en la Conferencia de La Haya de 1951, se optó por mantenerla, ya que tales críticas no se ponían de acuerdo en ofrecer una solución práctica alternativa: unos reclamaban un reconocimiento más enérgico de los derechos del comprador, mientras otros una mayor indulgencia para el vendedor. En determinados supuestos (artículo 31⁶⁰⁹) entendían que un incumplimiento de determinadas obligaciones debería dar lugar siempre a incumplimientos esenciales del contrato. Tal era el caso de las ventas de objetos negociados en un mercado accesible para el vendedor. En esta situación no tenía sentido el *Nachfrist* y el incumplimiento de la obligación de entrega podía resolverse rápidamente mediante una declaración unilateral del comprador. Si la venta era en una Bolsa, y el precio de los productos variaba diariamente se permitía la resolución *ipso facto* conforme a los usos de la Bolsa, en caso de retraso en la entrega. Con ello se pretendía evitar la especulación con la variación de los precios, que en dichos mercados cambian diariamente e incluso cada hora, por parte del comprador, aprovechando la falta del vendedor. Por otra parte, esa era la práctica habitual en dichos mercados. Algunos miembros de la Comisión pretendieron la eliminación de la resolución *ipso facto*, para que el comprador conservara el derecho a reclamar el cumplimiento del contrato, y darle así una posición más fuerte en las nuevas negociaciones sobre el

⁶⁰⁹Se refería a las compraventas realizadas en mercado o en Bolsa. Decía así: "For the purpose of the two preceding Articles, a failure to deliver the goods at the time fixed shall always amount to a fundamental breach of the contract whenever the goods concerned are dealt with on a market available to the buyer. Where the contract of sale was concluded on an Exchange, failure to deliver at the date fixed shall avoid the contract *ipso facto* according to the usage of the Exchange".

cumplimiento del contrato, tal vez con condiciones modificadas. También se alegó que en ciertos países no existen mercados en los que los precios de los bienes puedan establecerse, y en los que existe, existen usos, con lo que el artículo resultaba superfluo. La solución de compromiso adoptada fue el párrafo 2 del artículo 31, muy limitativa de la resolución *ipso facto*, pero conservándola⁶¹⁰.

El Proyecto de 1956 fue objeto de diversas observaciones previas a la convocatoria de una Conferencia Internacional para la creación de una Ley Uniforme sobre compraventa internacional. Se inició en esta fase la búsqueda de una redacción de la definición de incumplimiento esencial lo más objetiva posible.

Austria criticó que el texto del artículo 15 del Proyecto de 1956 estaba redactado desde un punto de vista excesivamente subjetivo. Comentaba que sería muy difícil probar que la parte que ha incumplido debería haber sabido lo que la otra parte habría hecho en el caso de haber previsto el incumplimiento del contrato⁶¹¹.

Otra crítica que se reproducirá posteriormente es la de la complejidad de la redacción. Se pretendió desde entonces que la definición de incumplimiento esencial fuera lo más sencilla posible⁶¹².

Se propuso por primera vez hacer referencia a "lo que se entendería ordinariamente" como esencial "por personas de la misma clase"⁶¹³ no como

⁶¹⁰Document V/Prep/1. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 34-35, 54-55.

⁶¹¹Por ello propuso la sustitución de "should have supposed" por "should have known ". Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 108.

⁶¹² La Cámara de Comercio Internacional propuso un texto más claro y sencillo:" To determine if there has been a fundamental breach of the contract, it is necessary to take into account of the stipulations of the contract in this regard and failing that, what would ordinarily be intended by persons of the same sort placed in the same situation". Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 108.

⁶¹³ "what would ordinarily be intended by persons of the same sort ".

criterio subjetivo, abriendo la vía para decisiones arbitrarias, sino como test para determinar la esencialidad del incumplimiento. Al considerar si un incumplimiento era esencial se tenían que tener en cuenta las prácticas y los usos en vigor en la rama profesional considerada⁶¹⁴.

Hungría calificó la división del incumplimiento esencial y no esencial como excesivamente amplia en su definición, por lo que no conseguiría la seguridad jurídica pretendida y se consideraba más adecuada la división de las acciones conforme a la importancia de las obligaciones y no de las infracciones. En el Proyecto, lo esencial se calificaba desde un punto de vista subjetivo en exceso: lo que las partes contratantes deberían haber sabido de la contraparte que en caso de incumplimiento no hubieran contratado. El que una definición fuera subjetiva implicaba que en cada caso particular el juez no partiría del conocimiento de las partes, sino de su percepción de la situación. Es decir, el incumplimiento sería esencial si el juez sopesando las circunstancias del caso lo entendiera así. La amplitud de la definición haría que se crearan prácticas diferentes no solamente por los países sino en los jueces de un mismo país. Por ello propusieron que no se abandonara enteramente el criterio de Roma por el mero hecho de que no se pudiera dividir los elementos del contrato en esenciales o no esenciales "in abstracto". Finalmente se propuso que para determinar la esencialidad se tuviera en consideración la voluntad de las partes manifestada explícita o implícitamente en el contrato, y que todas las demás reglas fueran dispositivas, aplicables solamente en defecto de cláusulas contractuales referentes a esta materia⁶¹⁵. No estaba tampoco de acuerdo con que el incumplimiento de la obligación de entrega en el tiempo pactado se convirtiera en esencial por el mero hecho de que los bienes tuvieran un mercado⁶¹⁶.

⁶¹⁴Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 113.

⁶¹⁵Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 125.

⁶¹⁶Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.*

Holanda no criticó la distinción entre incumplimiento esencial y no esencial, si bien entendió que el criterio de distinción no estaba bien escogido. Este criterio se basaba en el conocimiento que tiene una parte de que la otra parte no habría concluido el contrato de haber conocido tal contravención. Las intenciones internas de las partes serían difíciles de conocer y aún más difíciles de probar⁶¹⁷.

El artículo 31 se criticó por no estar clara la razón de la distinción entre mercados y Bolsas, en las que además se imponen los usos. Tampoco vieron decisivo el lugar de la compra. Propusieron una regla similar pero que se aplicara a los bienes que normalmente se negocian en Bolsas y por contratos que están gobernados por las condiciones y usos de la Bolsa⁶¹⁸.

Suecia incidió en la subjetividad de la definición, y propuso que se redactara una definición que partiera de circunstancias objetivas existentes en el momento en que el incumplimiento tuviera lugar. Para sopesar estas circunstancias objetivas debería atenderse en primer lugar a los usos mercantiles. Si estos no permitieran solucionar la cuestión, sería necesario tomar como base la manera en que gente en la misma situación y en las mismas condiciones que las partes, normalmente considerarían un caso del tipo contemplado⁶¹⁹.

La Haye, 1966, p. 127.

⁶¹⁷ Por ello propusieron un criterio más objetivo: "A breach of the contract is fundamental , either by virtue of an express provision of the law or because of its importance which is such as to justify the avoidance of the contract". Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 138.

⁶¹⁸ Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 139.

⁶¹⁹ Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 169.

2.3. LA LEY UNIFORME SOBRE LA VENTA INTERNACIONAL DE OBJETOS MOBILIARIOS CORPORALES

La Comisión apoyó en el Proyecto de 1963 la redacción calificada como subjetiva, porque entenderla más apta para satisfacer los intereses de las partes. No obstante, recalcó la existencia de un elemento objetivo "*ought to have known*"⁶²⁰. Por otra parte el texto se dirigía a los compradores y vendedores con los hábitos de los hombres de negocios, Por ello entendió que la redacción del artículo 15 era correcta⁶²¹, por lo que no modificó su redacción⁶²². También justificó la distinción entre mercado y bolsa, porque en esta el uso era más estricto en caso de incumplimiento⁶²³.

⁶²⁰ Entendió que sería interesante distinguir entre "a party knew, or *ought to have known*"(saber) y "a party knew, or *should have known*"(conocer). Propuso el cambio de contenido del artículo 18 (que antes definía de forma discutible "municipal law") y que ahora pasa a decir "When in the present law, an expression is used such as "a party knew, or *ought to have known*"(saber) or "a party knew, or *should have known*"(conocer) or any similar expression, reference is to be made to what should have been known to a similar person placed in the same situation". Document V/Prep/2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p.180 y 183.

⁶²¹ Nota de la Comisión Especial sobre las observaciones presentadas por diversos Gobiernos y por la CCI sobre el Proyecto de 1956 de Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales. Document V/Prep/3. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p.185.

⁶²² Document V/Prep/4. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p.214.

⁶²³ Lo que sí se modificó fue el artículo 18 que, abandonando la definición de "municipal law" pasó a decir lo siguiente: "When in the present law, an expression is used such as " a party knew or *ought to have known*"(savoir) or " a party knew or *ought to have known*" (connaitre), or any similar expression, reference is to be made to what should have been known to a similar person placed in

Antes de la Conferencia se presentaron alegaciones que afectaban a la definición de incumplimiento esencial propuesta en este artículo 15 del Proyecto de 1963.

Finlandia criticó que la definición se basara en la antigua doctrina alemana de la previsibilidad (*Voraussetzung*,) sin hacer referencia alguna al posible cambio de las circunstancias subsiguiente a la conclusión del contrato⁶²⁴.

Suecia consideró que el momento a tener en cuenta para considerar la esencialidad del incumplimiento debía ser el del momento en que este se había cometido⁶²⁵. Además era partidaria de dar un sentido más objetivo al artículo relacionándolo con el 18⁶²⁶.

Austria señaló que, conforme al Proyecto, la carga de la prueba de la esencialidad del incumplimiento correspondía a la parte que la sufre, que debía probar que no habría celebrado el contrato de haber previsto el incumplimiento en el momento de conclusión del contrato, así como que la otra parte conocía o debería haber conocido esta actitud o intención⁶²⁷.

the same situation". Document V/Prep/8. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p.215.

⁶²⁴Document V/Prep/9. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p.271.

⁶²⁵ Por contra la mayoría de países consideraban innegociable que el momento a considerar fuera el de la conclusión del contrato. Reino Unido propuso el siguiente texto:"A breach of the contract shall be deemed to be fundamental wherever the performance of the contract is by reason of the breach rendered radically different from that for which the parties contracted". Document V/Prep/16. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 274.

⁶²⁶Document V/Prep/10. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 272.

⁶²⁷Document V/Prep/11. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 272.

Holanda alegó que en el Proyecto, el concepto de incumplimiento esencial tenía dos funciones: determinar en qué casos se podía ejercitar la resolución del contrato, y en qué casos esta solución era desproporcionada con respecto al incumplimiento; y determinar en qué casos la resolución del contrato requiere un plazo suplementario (*Nachfrist*) para su cumplimiento, y en qué casos este era superfluo. Esta dualidad conceptual producía situaciones confusas en que un incumplimiento se consideraba esencial para causar resolución, pero insuficiente para evitar la necesidad de un *Nachfrist*. La propuesta holandesa consistía en que se separaran ambas funciones conservando el concepto de incumplimiento esencial para los casos de resolución, y el de "incumplimiento definitivo" para los supuestos de innecesariedad de *Nachfrist*. También criticó la definición por ser hipotética (versaba sobre un juicio hipotético de la voluntad y previsibilidad de las partes), por poder llevar a consecuencias indeseables y por el peligro de que los jueces no la aplicaran⁶²⁸.

Israel propuso la objetivación del texto haciendo referencia a un estándar objetivo, el de la persona razonable en la misma situación. Por otra parte destacó la conveniencia de recoger las circunstancias subjetivas permitiendo una estipulación contractual que las recogiera⁶²⁹.

⁶²⁸Como afirmaba el documento Donaldson, base de las alegaciones del Reino Unido, en su pág.14: "*there can be few commercial contracts into which the parties would have entered if one have known that the other would commit any but the most trivial breach. It is most unlikely that all courts will apply it in this way and the glosses which each put on the definition would destroy uniformity*". Se propuso la siguiente redacción: "*A breach of the contract shall be deemed to be fundamental when its nature and importance justify the remedy in question. A breach of contract shall be deemed to be definitive when: (a) rectification constituting performance in conformity with the terms of the contract is no longer posible, or (b) the attitude of the party who has committed it makes it clear beyond no doubt that it would be useless to fix another period of time for the performance*". Document V/Prep/14. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 272-274.

⁶²⁹Propusieron la siguiente redacción: "*A breach of the contract shall be deemed to be fundamental wherever the party knew or ought to have known, at the time when the contract was made, that a reasonable person in the situation of the other party would not have contracted had he foreseen*

No obstante no todos los países entendían la utilidad del concepto de incumplimiento esencial, al menos en la forma en que estaba redactado. Noruega calificó la definición de inadecuada e incompleta, y abogó por su desaparición⁶³⁰.

El artículo 18 se empleó para determinar el criterio objetivo y fue también objeto de discusión. Finlandia⁶³¹ entendía que era superfluo. Austria⁶³², Israel⁶³³ y el Reino Unido⁶³⁴ afirmaban que el artículo no era claro.

Durante la Conferencia se presentaron propuestas de enmienda del concepto de incumplimiento esencial por parte del Grupo de Trabajo⁶³⁵ y de

that such breach would occur. The parties may also by express stipulation in the contract agree that the breach of any term thereof shall be deemed to be fundamental." Document V/Prep/17. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p.274-275

⁶³⁰Document V/Prep/13. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 272.

⁶³¹ Era difícil distinguir entre "a party knew or to have known" y "similar person situated in the same situation". Document V/Prep/9. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p.276.

⁶³² ¿Qué debía entenderse por "a similar person situated in the same situation"? ¿Significaba una persona dedicada al mismo negocio, una persona con idénticos o análogos conocimientos y experiencia, o una persona de misma constitución física y mismo nivel intelectual? ¿Implicaban las palabras "in the same situation" que las circunstancias subjetivas, tales como el error o la violencia, también debían tenerse en cuenta?. Document V/Prep/11. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 276.

⁶³³ Israel insistió en que debía objetivizarse más el criterio por lo que propone que "similar" de la última línea sea sustituido por "reasonable". Document V/Prep/17. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 277.

⁶³⁴ El Reino Unido recomendó sustituir en la tercera y cuarta líneas "should have been known" por "should reasonably have been known". Document V/Prep/16. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents.* La Haye, 1966, p. 276.

⁶³⁵ Propuso la siguiente redacción: "A breach of contract shall be deemed to be fundamental

Grecia. Grecia pretendió limitar la referencia a criterios objetivos alegando que cuando la parte incumplidora sabe que el incumplimiento es de hecho esencial para la otra parte, un criterio objetivo es superfluo e injustificado desde el momento en que ambas partes eran conscientes de que el incumplimiento era fundamental. Un criterio objetivo es necesario y justificado solamente en el caso en que la parte incumplidora debiera haber sabido que el incumplimiento era esencial para la otra parte⁶³⁶.

Respecto al artículo 18, durante la Conferencia Grecia propuso una nueva modificación tendente a la objetivización⁶³⁷: la referencia a la persona razonable.

Respecto a las compraventas en Bolsa se propusieron las siguientes enmiendas antes de la apertura de la Conferencia: Holanda rechazó la resolución ipso facto, porque si estaba en los usos de la Bolsa, hacía superflua una disposición específica, y si la Bolsa tenía otros usos encontraba injusto privar al comprador de su derecho de exigir el cumplimiento del contrato. La República Federal Alemana y Reino Unido propusieron la omisión de toda norma específica al respecto por ser superflua. Israel consideró que en Bolsa, todo incumplimiento

wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the conclusion of the contract, that a reasonable man of the condition of the other party, placed in an identical situation, would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effect". Conf / V / Amend / 23. Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents. La Haye, 1966, p. 275.

⁶³⁶Por ello propuso la siguiente redacción: "*A breach of contract shall be deemed to be fundamental whenever, at the time the contract was made, the party at fault: (a) knew that the other party would not have contracted had he foreseen that such breach would occur and its effects; (b) ought to have known that a reasonable person of the same quality placed in the situation of the other party would not have contracted had he foreseen that such breach would occur and its effects*". Conf / V / Amend / 39. Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents. La Haye, 1966, p. 275.

⁶³⁷Que propuso sustituir "*person of the same quality*" por "*reasonable person*". La referencia se hace en ambos artículo al deudor. El criterio "*knew*" es siempre subjetivo. El criterio "*ought to have been known*" es objetivo, y la medida de que el deudor debería saber es la de una persona razonable de la misma cualidad situada en la misma situación. Document V/Prep/41. Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents. La Haye, 1966, p. 277.

debía calificarse como esencial y no limitarse la resolución en ningún caso⁶³⁸. El Grupo de Trabajo recomendó la supresión del párrafo 2⁶³⁹.

La Comisión de Redacción constituida en la Conferencia de La Haya, se encargó de analizar estas observaciones para la confección de un Proyecto de Ley Uniforme que sería el discutido y votado en la Sesión Plenaria. El artículo 15 del Proyecto fue tratado en la sesión tercera de la Comisión sobre el proyecto de ley uniforme en materia de venta internacional (3 de abril de 1964). A las objeciones antes expuestas, se le añadieron las siguientes: Reino Unido (*Davies*) entendía que si los tribunales intentaban descubrir la intención de las partes, se darían diferentes interpretaciones en diferentes países; Austria (*Loewe*), encontró el esquema del artículo 15 excesivamente subjetivo y compartió las críticas del Reino Unido respecto a las dificultades del tribunal para hacer investigaciones demasiado psicológicas; y Finlandia (*Hakulinen*) que alegó que el concepto de incumplimiento esencial se debía definir por contraposición al no de incumplimiento esencial. A favor del artículo estaba Francia (*Tunc*), que asertó que el concepto era unitario y que era imprescindible definirlo por la referencia al mismo que se hacía en numerosos artículos, señaló la necesidad de defender el derecho del perjudicado en resolver el contrato si este no le reportaba ningún interés, (de ahí el subjetivismo), así como la necesidad del criterio objetivo que contenía el artículo 15 para mantener la seguridad jurídica y no dejar a la parte incumplidora a merced del interés de la contraparte. Irlanda (*O'Keefe*), abogó por la prioridad del test subjetivo, ya que las necesidades de cada comprador podían variar infinitamente⁶⁴⁰.

⁶³⁸Document V/Prep/14. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II- Documents*. La Haye, 1966, p. 296.

⁶³⁹Report of the Working Group on articles 16-19. Conf / V / Amend / 32. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II-Documents*. La Haye, 1966, p. 300.

⁶⁴⁰*Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes*. La Haye, 1966, p. 35-36.

El problema se remitió a un Grupo de Trabajo que presentó un Informe⁶⁴¹. La exposición del resultado corrió a cargo del representante de la República Federal Alemana (*Riese*)⁶⁴², justificando la necesidad de mantener una regla general para evitar la destrucción de todo el sistema de remedios de la Ley Uniforme. Se descartaron las originales soluciones de Holanda y Finlandia porque hubiesen afectado a toda la estructura del Proyecto. Se adoptó la posición Israelita⁶⁴³ con leves variaciones en la redacción del criterio objetivo de referencia⁶⁴⁴.

El artículo 18 fue menos polémico. Se analizó en la cuarta sesión. Austria (*Loewe*) propuso su eliminación, por no aportar utilidad a los tribunales. La Cámara de Comercio Internacional (*Monneray*) propuso su unificación con el artículo 15, a lo que se negó Austria para evitar que se repitiera el mismo

⁶⁴¹ Document Conf / V / Amend / 23 en la cuarta sesión de la Comisión (4 de abril de 1964) que fue objeto de discusión. El Grupo de Trabajo había acordado el siguiente texto: " *A breach of the contract is fundamental whenever the defaulting party in breach knew or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person of the same quality and placed in the same situation as the other party, would not have concluded the contract if he had foreseen this breach and its effects*".

⁶⁴²Riese recogió en alemán los temas discutidos en la Conferencia en RIESE, Otto. "Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964", en *RabelsZ*, 29, 1965, p. 22-23.

⁶⁴³*Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes*. La Haye, 1966, p. 41.

⁶⁴⁴Austria (*Loewe*) propuso que se eliminara "of the same condition" por ser un elemento de apreciación subjetiva que conviene evitar. Para Reino Unido (*Evans*) "*of the same condition*" (*de la meme qualité*) era un término de difícil traducción al inglés y su significado venía cubierto por la frase "*in the same situation*". Para el representante República Federal Alemana (*Riese*) la introducción de "*reasonable*", realizada por el grupo de trabajo permitía dar un estándar objetivo de referencia, por lo que mejoraba el texto del proyecto. Se votó el texto del Grupo de Trabajo a favor (A favor 21, en contra 1, abstención 2), remitiendo al Comité de redacción el término de "*la meme qualité*", sin perjuicio de una votación posterior del texto. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes*. La Haye, 1966, p. 49-50.

problema en otros artículos del Proyecto. Israel (*Yadin*), entendió que debía darse un criterio más objetivo, sustituyendo "*person of the same quality*", por "*reasonable man*". República Federal Alemana (*Riese*) entendió que debía mantenerse con la modificación propuesta por Reino Unido⁶⁴⁵. Suiza (*Gutzwiller*) entendió que la eliminación de las palabras "*of the same quality*" era muy importante, ya que para determinar lo que una parte debería haber conocido, no era suficiente referirse a una persona razonable, sino a una persona con la misma cualificación comercial o profesional.⁶⁴⁶

El artículo 31 fue objeto de breve discusión en la séptima sesión⁶⁴⁷.

Una vez analizadas las observaciones, la Comisión de Redacción propuso el siguiente texto para el artículo 15 de la Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales, que fue sometido a la Conferencia (de la Haya) en Sesión Plenaria: "*For the purpose of the present Law, a breach of contract shall be deemed to be fundamental wherever the party in breach knew, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same*

⁶⁴⁵*Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes.* La Haye, 1966, p. 38.

⁶⁴⁶En la séptima sesión(6 abril 1964) se votó borrar el artículo(6 a favor, 14 en contra, 3 abstenciones, por lo que se mantuvo), y se votó mantener el texto del proyecto(18 a favor, 3 en contra, 3 abstenciones, por lo que se mantuvo). En cuanto a la modificación de las palabras "of the same quality", la República Federal Alemana(*Riese*) pensó que esta cuestión debería reservarse par el Comité de Redacción. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes.* La Haye, 1966, p. 55.

⁶⁴⁷La República Federal Alemana (*Riese*), Holanda(*Van der Feltz*), Bulgaria(*Vassilev*) que alegó que en su país no había Bolsas y Reino Unido (*Davies*) que alegó que los usos de las Bolsas ya imponían la resolución ipso facto, propusieron la eliminación del parr 2. Además el Presidente alegó que el texto en francés era demasiado imperativo. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes.* La Haye, 1966, p. 60. La votación tuvo lugar en la 11 sesión (0 a favor de mantener el parr 2, 24 en contra y 2 abstenciones), y se eliminó el párrafo 2. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes.* La Haye, 1966, p. 85.

situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects"⁶⁴⁸.

Propuso también la siguiente redacción para el artículo 18, que no sería modificada: "*For the purposes of the present Law, the expression "a party knew or ought to have known", or any similar expression, refers to what should have been known to a reasonable person in the same situation*".

Además, en el artículo 31, definió el concepto de incumplimiento esencial de la obligación de entrega de las mercaderías en las compraventas en mercado: "*A failure to deliver the goods at the time fixed shall amount to a fundamental breach of the contract whenever a price for such goods is quoted on a market where the buyer can obtain them*"⁶⁴⁹.

En la Segunda Sesión Plenaria de la Conferencia, de 23 de abril de 1964, el delegado de Israel observó que "*of the same quality*" había sido borrado del texto inglés, pero se mantenía en el texto francés. Francia (Tunc), dijo que este punto ya había sido discutido en la Comisión de Redacción pero que parecía preferible dejar una cierta libertad en la redacción de las dos versiones por la imposibilidad de traducir "*qualité*" al inglés⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ Document V/Red/ 3-4. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II- Documents*. La Haye, 1966, p. 378. A instancias del propio Comité de Redacción se modificó, redactándolo como sigue: "*For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental...*" Document Conf/ V / Red / 5 concerning Articles 2-24. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II- Documents*. La Haye, 1966, p. 401.

⁶⁴⁹ Document V/Red/ 3-4. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome II- Documents*. La Haye, 1966, p. 381.

⁶⁵⁰ Austria (Loewe) dijo que la Comisión de Trabajo no había votado sobre este punto, y que el Comité de Redacción era quien debía decidir la cuestión. Finalmente Tunc propuso que se cambiara "est" por "sera". El texto se adoptó incluyendo la propuesta de Tunc. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes*. La Haye, 1966, p. 279.

Respecto a los artículos 18⁶⁵¹ y 31⁶⁵², se adoptaron sin objeciones en las sesiones plenarias segunda y tercera respectivamente.

El artículo 15 pasó a cambiar de numeración, convirtiéndose en el artículo 10, que establecía: "*Una contravention au contrat est considerée comme essentiel pour l'application de la présente Loi, toutes les fois que la partie en défaut a sù ou aurait dû savoir, lors de la conclusion du contrat, qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la situation de l'autre partie n'aurait pas conclu le contrat si elle avait prévu cette contravention et ses effets*"⁶⁵³.

Especialmente relacionado con este precepto el artículo 13 (18 del Proyecto), decía: "*Lorsque, dans la présente loi, on emploie une formule telle que: "una partie a sù ou aura dû savoir", "une partie a connu ou aura dû connaitre", ou toute autre formule analogue, on doit se référer à ce qu'aurait dû savoir ou connaîtra une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation*"⁶⁵⁴.

2.4. COMENTARIO DE ANDRÉ TUNC

André Tunc, representante francés, fue el encargado de realizar un comentario no oficial de la LUCI. En él hizo un somero análisis de la definición de

⁶⁵¹*Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes. La Haye, 1966, p. 279.*

⁶⁵²*Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes. La Haye, 1966, p. 300.*

⁶⁵³ En su versión inglesa: "For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the same time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects".

⁶⁵⁴En su versión inglesa: "For the purposes of the present Law, the expression "a party knew or ought to have known", or any similar expression, refers to what should have been known to a reasonable person in the same situation". *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes. La Haye, 1966, p. 337.*

incumplimiento esencial, como institución clave para el sistema de acciones establecido en LUCI, ya que permite determinar cuándo un contrato es susceptible de resolución y cuándo la Ley debe salvar el contrato. La definición de incumplimiento esencial del artículo 10 era compleja. Se basaba en dos distinciones sutiles:

- "*n'aurait pas conclu le contrat si elle avait prévu cette contravention et ses effets*" pretendía establecer si la parte no incumplidora todavía tiene un interés en el contrato a pesar del incumplimiento.

- "*a sù ou aurait dû savoir, lors de la conclusion du contrat, qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la situation de l'autre partie*" pretendía que no solamente se tuvieran en cuenta los intereses de la parte perjudicada, que podrían ser exageradamente severos para la parte incumplidora, desde el momento en que esta podría no saber que la ejecución rigurosa del contrato era de un interés esencial para la otra parte. En la versión inglesa "*situation*" comprende a la vez la cualidad de la persona y la situación de hecho en que se encuentra.

Afirmaba Tunc que esta solución se adaptaba perfectamente a las necesidades del comercio y a la voluntad de las partes⁶⁵⁵. Así, si un incumplimiento era esencial, el perjudicado podía optar por exigir el cumplimiento específico o la resolución del contrato, comunicando tal decisión de la manera más inmediata y entendiendo la ley que a falta de notificación de la decisión en breve plazo, el contrato se resolvía de pleno derecho. Con ello se evitaba la posibilidad de que el perjudicado pudiera especular con la variación de precio de mercado, utilizando una presunción legítima: que el perjudicado había perdido el interés en la ejecución del contrato.

⁶⁵⁵Seguidamente pone un ejemplo: la entrega en un día preciso puede ser esencial para el comprador por la propia naturaleza de la cosa o en razón de las circunstancias (pavos antes de Navidad), o, en otros casos, cuando el comprador que por razones excepcionales quiera que la fecha sea respetada, lo haya hecho saber al vendedor en el momento de conclusión del contrato. TUNC, André. "Commentaire sur les Conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et la Formation du contrat de vente". *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes*. La Haye, 1966, p. 365.

El artículo 13 definía expresiones como "*a party knew or ought to have known*", que más tarde serían consideradas a la hora de encontrar un elemento objetivo. *Tunc* comentó que eran expresiones menos restrictivas que las de los artículos 36 y 40⁶⁵⁶, que se referían a la imposibilidad del comprador de resolver el contrato si esta resolución se basaba en hechos que el comprador conocía o no debía haber conocido en el momento de conclusión del contrato.

El artículo 31 recogía la posibilidad de que un incumplimiento no esencial de la obligación de entrega se convirtiera en esencial por el otorgamiento de un plazo suplementario por el comprador al vendedor.

Los tribunales alemanes raramente hicieron referencia al artículo 10 LUCI, pero cuando lo hicieron no encontraron especiales dificultades⁶⁵⁷.

3. EL GRUPO DE TRABAJO DE UNCITRAL

3.1. PRIMERA SESIÓN

En el segundo período de sesiones de la UNCITRAL⁶⁵⁸, celebrado del 5 al 1 de enero de 1970, se acordó constituir un Grupo de Trabajo el examen de la LUCI y la elaboración de una nueva Ley Uniforme de aceptación general.

Dicho Grupo de Trabajo trató el conflictivo tema de la resolución *ipso iure*⁶⁵⁹, principal efecto del incumplimiento esencial, y analizó sus efectos:

⁶⁵⁶TUNC, André. "Commentaire sur les Conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et la Formation du contrat de vente. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964.. Tome I - Actes*. La Haye, 1966, p. 370.

⁶⁵⁷ LG Dortmund, 23 de noviembre de 1981, *RIW* 1981, p. 854; OLG Koblenz, 10 de mayo de 1985, *RIW* 1985, p. 737.

⁶⁵⁸ Documento A/7618, *Anuario de la UNCITRAL, Vol. 1968-1970*. Nueva York. 1971. p. 99-135.

recuperación de los bienes por el vendedor y restitución del precio con posibilidad de reclamación de daños medidos por la diferencia entre el precio fijado en el contrato y el precio corriente. Concluía que estos efectos podían no ser los queridos por las partes por lo que convenía encontrar otra solución. Además, cuando la resolución operaba automáticamente, y no en virtud de una notificación del perjudicado, el incumplidor estaba en una situación de incertidumbre respecto a los derechos que se derivaban del contrato, ya que la existencia de un incumplimiento esencial podía no ser clara para las partes. El comprador debía saber si el vendedor iba a enviar las mercaderías para, en caso contrario, realizar una compra alternativa. Se concluía que comprador inseguro sobre sus derechos debía tener la posibilidad de insistir (*interpellation*) al vendedor para que este le hiciera saber su decisión⁶⁶⁰.

A pesar de estas críticas, algunos representantes defendían la necesidad de conservar la resolución *ipso iure*, ya que era consistente con la práctica comercial en cierto tipo de ventas. Además, eliminarla supondría privar a una parte de sus derechos por el mero hecho de que no cumpliera con una formalidad, la *interpellation*, que era innecesaria en ciertas circunstancias. Además la parte obligada a dar noticia se vería obligada a conservar prueba de la misma, por lo que una simple notificación telefónica resultaría insuficiente⁶⁶¹.

La resolución *ipso facto* se basaba en la noción de incumplimiento esencial. Representantes de ciertos países defendían la eliminación del concepto, por ser un abstracto y de difícil traducción a idiomas distintos al inglés. En este mismo sentido se había manifestado el representante de la República Árabe Unida, al señalar que se dejaba a las partes la determinación de la existencia de

⁶⁵⁹ Documento A/CN.9/35, *Anuario de la UNCITRAL*, Vol. 1968-1970. Nueva York. 1971. p. 194-195.

⁶⁶⁰ Documento A/CN.9/35, Yearbook I, p.197, en HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands.1989. p. 35, C.26.

⁶⁶¹ Documento A/CN.9/35, Yearbook I, p.184-185, en HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1989. p. 22-23, C.26.

un incumplimiento esencial, cuando tal decisión debería corresponder a un juez o a un árbitro. La cuestión de la objetivación del concepto fue tratada por el representante del Reino Unido diferenciando las alternativas en la definición de incumplimiento esencial: una enumeración de los casos que lo constituyan, lo que podía llevar a resultados injustos por la resolución automática del contrato, o una definición amplia y flexible. Por otra parte Austria expresó que no se podía imponer seriamente el requisito de que la persona razonable tuviera las mismas características de la otra parte⁶⁶².

En la Tercera Sesión de UNCITRAL⁶⁶³ se reprodujeron las propuestas del Grupo de Trabajo referentes a la armonización del tratamiento de la resolución *ipso facto* para el comprador y para el vendedor, a la exclusión de la resolución *ipso facto* en los casos en que el incumplimiento se diera una vez realizada la entrega de las mercaderías, a la claridad del concepto de incumplimiento “esencial” y a la compatibilidad de la norma con las condiciones generales de contratación de la CEPE⁶⁶⁴. Finalmente se ordenó al Secretario General la elaboración de un estudio sobre el concepto de “resolución de pleno derecho” a los efectos de un futuro examen por el Grupo de Trabajo.

La Secretaría recibió comentarios que afectan a los artículos 10 y 13 de LUCI, (los referentes a la definición de incumplimiento esencial), por parte de los representantes de la URSS, Francia, Reino Unido y Ghana, sobre los que elaboró una Nota el 19 de noviembre de 1970⁶⁶⁵.

⁶⁶² Análisis de las respuestas y observaciones de los Gobiernos sobre las Convenciones de La Haya de 1964: Informe del Secretario General. Documento A/CN.9/31, *Anuario de la UNCITRAL*, Vol. 1968-1970. Nueva York. 1971. p.178.

⁶⁶³ Documento A/8017, *Anuario de la UNCITRAL*, Vol I. 1968-1970. Nueva York. 1971. p. 137-163.

⁶⁶⁴ Documento A/8017, *Anuario de la UNCITRAL*, Vol I. 1968-1970. Nueva York. 1971. p. 143.

⁶⁶⁵ Documento A/CN.9/WG.2/WP.6 *Anuario de la UNCITRAL*, Vol II. 1971. Nueva York. 1972. p. 43-56.

La propuesta de la URSS pretendía la sustitución del criterio de persona razonable, por un criterio objetivo más centrado en la figura del comerciante dedicado al comercio internacional⁶⁶⁶. Esta propuesta fue criticada por el Reino Unido⁶⁶⁷ y por Francia⁶⁶⁸, ya que suponía una limitación de la compraventa regulada a las compraventas mercantiles, cuando el Proyecto pretende no tener en cuenta la consideración civil o mercantil de las partes.

El representante Reino Unido señaló que desde el punto de vista del derecho inglés, el texto del artículo 10 era correcto, pero que si se modificaba su redacción por la dificultad que podía entrañar para países ajenos al derecho anglosajón, las ideas básicas del artículo debían mantenerse. Tales ideas son el concepto de incumplimiento esencial, la necesidad de un test objetivo para determinar si el incumplimiento es o no es esencial y la libertad de las partes para estipular los incumplimientos que deben tratarse como esenciales y no esenciales.

Ghana sugirió que se cambiara "esencial " por "importante" ya que el concepto de "incumplimiento (o trasgresión) esencial " utilizado en ciertos países de tradición jurídica anglosajona no coincidía con el del artículo 10 LUCI. Sugirió

⁶⁶⁶ La URSS sugería la sustitución de "a reasonable person in the same situation" por "a merchant engaged in international commerce, being in the same situation as the other party, and in the same circumstances" .

⁶⁶⁷ El representante del Reino Unido afirmó que el texto propuesto por la URSS "would require the court or arbitrator to consider what "a merchant engaged in international commerce "would have done irrespective of the fact that the "other party "might not have contracted in a commercial capacity".

⁶⁶⁸ Francia alegó que la LUCI no se limitaba a compraventas mercantiles, sino que incluía las civiles. Además las "palabras "in the same situation" solo se podían referir a una persona comprometida en el tráfico internacional. Por otra parte "*engaged in international commerce*" excluiría la idea más general de " a reasonable person in the same situation".

también la eliminación del test de previsibilidad utilizado en el artículo por ser especulativo e incierto⁶⁶⁹.

3.2. SEGUNDA SESIÓN

En la Segunda Sesión del Grupo de Trabajo, de 5 de enero de 1971, se estudiaron los artículos 1 a 17 de la LUCI⁶⁷⁰.

El Grupo de Trabajo observó que la definición de incumplimiento esencial era demasiado compleja para su aplicación práctica. Muchos representantes habían propuesto su supresión o su modificación, en especial en lo referente al término "persona razonable". Se formularon propuestas para la sustitución de este término por otros más objetivos, como "un comerciante dedicado al comercio internacional", "la mayoría de las personas dedicadas al comercio internacional", "de una persona dedicada al comercio internacional colocada en la misma situación que la otra parte", "una persona de buena fe dedicada al comercio internacional", o añadiendo la palabra "normalmente" entre "habría" y "celebrado el contrato". Otros sugirieron mantener el concepto de "persona razonable" para que su determinación la hicieran los tribunales. Lo que se criticó porque llevaría a interpretaciones diversas en los diferentes países. Finalmente se decidió no discutir el concepto hasta que se hubiesen discutido todos los preceptos sustantivos en que aparecía⁶⁷¹.

Se propuso la eliminación del artículo 13 de la LUCI, así como estar atento a los artículos que hicieran referencia al conocimiento de una situación de hecho

⁶⁶⁹ Propuso el siguiente texto: "*For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as a major one when such a breach substantially derogates from the attainment or the main purpose of the contract, as objectively determined by the Court*".

⁶⁷⁰ Documento A/CN.9/52, *Anuario de la UNCITRAL*, Vol. 1971. Nueva York. 1972. p. 56-82.

⁶⁷¹ Documento A/CN.9/52, *Anuario de la UNCITRAL*, Vol. 1971. Nueva York. 1972. p.66.

por una de las partes, buscando la expresión lo más unánime posible que manifestara el grado de investigación requerido por la parte en las circunstancias particulares del caso. El artículo no definía "*a party knew*", porque era una cuestión de hecho. El propósito de este artículo era definir "*ought to have known*", lo que hacía empleando los conceptos de "persona razonable " situada en la "misma situación" que la otra parte. Respecto al concepto "*reasonable person*", representantes de los países con sistemas jurídicos que desconocen este concepto señalaron las dificultades que encontraban para introducirlo en su ordenamiento jurídico. No era suficiente una traducción literal, ya que en los países donde existía ese concepto, se refería a un estándar de conducta, y no simplemente a una persona dotada de la facultad de razonar. El problema era determinar cuál era el estándar de conducta requerido. El concepto de persona razonable tiene una función importante en los sistemas de *Common Law*, y se relaciona con la "*law of torts*" refiriéndose al estándar de diligencia que debe requerirse para evitar la causación del daño. Sin embargo este modelo es difícil de aplicar a lo que una parte de la compraventa internacional debería haber conocido in diferentes situaciones.

El estándar de la persona razonable era un modelo abstracto, era necesario conectarlo con el problema concreto, por lo que se vinculó ambos criterios al hacer referencia a la persona razonable "en la misma situación que la parte en la compraventa", ("*in the same situation as the party to the transaction of sale*"), lo que llevaba de nuevo a lo que la parte debería haber conocido, es decir, a una hipótesis abstracta, con lo que esta definición no parecía útil. La aplicación de este estándar a cualquier expresión análoga tampoco parecía adecuada, dada la diversidad de expresiones que la misma LUCI usaba y que no tenían el mismo significado, por ejemplo "no pudiera haber desconocido", ("*could not have been unaware*"), en el ámbito de las mercaderías defectuosas se refería no a un modelo de conducta, sino más bien al conocimiento real de la parte que lo hubiera recibido. Otros supuestos sí son similares: "*ought to have discovered*" o "*ought to have become aware*" en conexión con la falta de conformidad y de saneamiento por evicción respectivamente; los artículos 82 y 86 de LUCI al referirse a las

pérdidas que las partes deberían haber previsto; en los artículos 99 y 100 se utilizaba la misma expresión al referirse a la circunstancia inusual en que las mercaderías ya se hubieran deteriorado en el momento de la conclusión del contrato. La expresión “un comerciante dedicado al comercio internacional, (*“a merchant engaged in international commerce”*), se entendió insuficiente porque la LUCI tenía un espectro más amplio que los mercaderes, y porque la variedad de comercios a la que puede afectar no aconseja un único modelo. En especial era peligroso que una persona que no fuera comerciante se viera sujeta a un modelo apropiado para comerciantes⁶⁷². En consecuencia se eliminó el artículo 13 del borrador presentado por el Grupo de Trabajo⁶⁷³, dejando el estudio de la expresión de “persona razonable” u otras similares para cada artículo en concreto en que este modelo se exigiera.

3.3. COMENTARIO DE LA SECRETARÍA: "RESOLUCIÓN *IPSO FACTO*"

En el Comentario de 9 de diciembre de 1971, la Secretaría se hizo eco del estudio de derecho comparado sobre la existencia de sistemas resolutorios similares al de resolución *ipso facto*, llegando a la conclusión de que se trataba de un sistema apenas seguido tanto en ordenamientos jurídicos nacionales como en la práctica comercial internacional⁶⁷⁴.

⁶⁷²Documento A/CN.9/52, Yearbook II, p.60, en HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands.1989. p. 66.

⁶⁷³Documento A/CN.9/52, Yearbook II, p.65, en HONNOLD, John. *Documentary History ...* p. 71.

⁶⁷⁴ En el estudio de derecho comparado se demostró el uso de la “resolución *ipso facto*” en derecho suizo, italiano y japonés; la necesidad de una comunicación de la parte perjudicada previa a la resolución en derecho inglés; y la resolución por declaración de la parte perjudicada en derecho alemán y húngaro. No obstante se comprobó que la resolución automática existía, previo pacto de las partes, en Checoslovaquia y Kuwait. Por otra parte, la práctica de comercio internacional reflejada en diversas condiciones generales de contratación no regulaba la resolución automática, (condiciones generales de la Economic Commission for Europe sobre cereales,

La "resolución *ipso facto* " era el remedio previsto en la LUCI en los supuestos en que existía un incumplimiento esencial por parte del comprador en pagar el precio conforme a lo pactado, o por parte del vendedor en los caso de falta de entrega en el tiempo y lugar pactados. Tal resolución automática ocurría si la parte agraviada no ejercitaba su derecho a ejercitar las acciones que le correspondían en un tiempo razonable o no comunicaba su decisión a la otra parte prontamente si era requerida por aquella a hacerlo. La existencia de la resolución automática dependía por lo tanto de la existencia de un incumplimiento esencial. Por ello, era fundamental que el concepto de incumplimiento esencial estuviera perfectamente definido. Sólo así las partes podrán conocer sus derechos y obligaciones. Las dudas de la parte perjudicada podían ser: a) si el incumplimiento era esencial, en cuyo caso podía escoger entre el cumplimiento específico o la resolución, b) si no era esencial, en cuyo caso no podía resolver. Si la parte perjudicada no informaba de su decisión al incumplidor, este dudaría entre a) si su contrato había sido resuelto automáticamente por ser su incumplimiento esencial, b) si el contrato todavía estaba en vigor al no ser esencial su incumplimiento.

Seguidamente se procedió a analizar cada una de las partes de la definición del artículo 10:

a) "*A reasonable person in the same situation as the other party*".

"*Situation*" comprendía tanto el carácter de la persona como la situación fáctica en la que se encontrara. Se pretendía dar una mayor objetividad a la definición, el

madera, suministro de maquinaria fueles sólidos, bienes de consumo duraderos y cítricos, las condiciones generales de las Asociaciones *Cattle Food Association, The incorporated Oil Seed Association, Vereiniging voor den Coprahandel, Associazione Granaria, Federation International du Commerce de semences, Federation of Oils, Seeds and Fats Associations, Ltd., International Wool Textile Association, The International Association of Rolling Stock Builders and The European Builders of Internal Combustion Engine Locomotives*. Solamente se regulaba la resolución *ipso facto* en las condiciones generales de la *London Jute Association's contract No. 3 of 1960 for the Sale of Fibres of Origin other than Pakistan and India*, y los contratos tipo Nos. 2, 3 y 4 de la *Cereals Trade Association of the Hamburg Exchange*). Y aún en estos casos, se reconocía únicamente para supuestos de fuerza mayor o en otros casos especiales de imposibilidad de cumplimiento. Documento A/CN.9/WG.2/WP.9, *Yearbook III*, p.45-46, en HONNOLD, John. *Documentary History ...p. 87-88*.

hombre "razonable" era un hombre objetivo. Pero cuando se incumple el contrato son las partes las que deben aplicar el criterio para guiar su conducta. Una parte se espera que actúe de forma subjetiva, influenciada por su punto de vista, no se dará cuenta de la exacta situación de la otra parte en el momento de la conclusión del contrato. Por ello era dudoso que ambas partes llegaran a la misma conclusión sobre si un hombre razonable habría celebrado el contrato si hubiera previsto el incumplimiento y sus efectos. Aunque el test parecía ser útil para que el árbitro o el juez adoptaran una decisión, no parecía adecuado para que las partes decidieran si continuaban con la ejecución del contrato. Se rechazaron otras dicciones más objetivas que "*reasonable man*", como "*a merchant engaged in international commerce*", que se rechazó a menos que se limitara el ámbito de la ley a los comerciantes.

b) Respecto a la previsibilidad, se repitió el ejemplo de *Tunc* para explicar cuándo en una obligación de entrega era esencial el plazo, y se recogieron ejemplos de incumplimientos que podían calificarse como incumplimientos esenciales: si la entrega se debe hacer a un transportista y esta se realiza en un lugar distinto al pactado, si se entregan bienes no conformes, la falta de entrega o la entrega defectuosa de documentos, la evicción, la falta de pago del precio, etc. No obstante se expusieron supuestos problemáticos: el pago tardío del precio puede ser considerado como esencial por tribunales de un país y no esencial por los de otro país, lo que agravaría la situación de imprevisibilidad de las partes en cuanto a sus derechos, ya que desconocerían si el contrato se había resuelto automáticamente o no. La conclusión fue que la definición era ambigua, pero las alternativas propuestas fueron rechazadas⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵Documento A/CN.9/WG.2/WP.9, Yearbook III, p.46-47, en HONNOLD, John. Documentary History ...p. 88-89.

3.4. CUESTIONES PENDIENTES RESPECTO AL TEXTO REVISADO DE LA LUCI

El 18 de febrero de 1975⁶⁷⁶, el Grupo de Trabajo decidió analizar el concepto de incumplimiento esencial después del examen de los preceptos sustantivos que a él se referían. La intención era eliminar en lo posible las referencias al mismo. Tras la revisión de dichos artículos, las referencias al incumplimiento esencial se habían reducido pero seguían existiendo, por lo que se hizo necesario su análisis. Se mantuvo la importancia de la esencialidad del incumplimiento en relación con la resolución del contrato, aunque existieran supuestos en los que la resolución no tenía relación con el incumplimiento esencial,(se permitía la resolución de contratos después de la concesión de un plazo suplementario para su cumplimiento, *Nachfrist*, aunque el incumplimiento hubiera sido no esencial, como el caso de la entrega de una cantidad ligeramente inferior a la pactada).

El artículo 10 de LUCI fue criticado por ser complejo y porque incluía modelos subjetivos que eran difíciles de aplicar. El artículo se basaba en un test subjetivo (lo que una parte “supiese o hubiere debido saber”) así como en supuestos hipotéticos: (1) que una persona razonable, (2) colocada en la misma situación de la parte perjudicada (3) no habría celebrado el contrato (4) si hubiera previsto la transgresión y sus efectos. La consecuencia era que la definición no

⁶⁷⁶ Documento A/CN.9/100, anexo III, en *Anuario de la UNCITRAL*, Volumen VI, 1975. Nueva York. 1976. p. 95-121.

definía nada y dejaba la solución a un “arduo análisis de la voluntad de las partes y, en definitiva, a la discreción de los intérpretes o del juez”⁶⁷⁷.

En vez de esto se propuso un criterio objetivo único: si el incumplimiento altera substancialmente⁶⁷⁸ el ámbito o el contenido de los derechos de la otra parte. Se debe tener en cuenta que las desviaciones respecto del cumplimiento perfecto pueden ser muy variadas y en muy diversos grados, por lo que es imposible que la ley los prevea todos en reglas detalladas, (lo mismo ocurre en los diversos derechos nacionales), por lo que lo más que se podía hacerse era señalar la regla básica: si el incumplimiento ha afectado sustancialmente el valor del cumplimiento requerido en el contrato⁶⁷⁹. Se propuso la siguiente redacción (cambiando además la numeración, pasando a ser el artículo 9 del Proyecto⁶⁸⁰):

⁶⁷⁷ Documento A/CN.9/100, anexo II, *Anuario UNCITRAL. Vol. VI. 1975*. Nueva York. 1976. p. 83-84.

⁶⁷⁸ El original de las alegaciones de México está redactado en español, lo que da una especial relevancia a la calificación de “substancial”, que posteriormente se transformará en “esencial”. La explicación de la calificación del “incumplimiento” (que en toda esta fase se denomina como “transgresión”) reside en que se utiliza en otros dos artículos del texto de la LUCI después de las modificaciones que se realizaron antes del sexto periodo de sesiones del Grupo de Trabajo: el artículo 3.1, (“La presente ley no se aplicará a los contratos en que las obligaciones de las partes sean sustancialmente distintas de la entrega y el pago de las mercaderías”), que posteriormente sería sustituido por la actual redacción del artículo 3.1 de la CCIM, y el artículo 73.1.

⁶⁷⁹ La primera propuesta se refería a la alteración del ámbito y contenido de los derechos del contrato, lo que fue criticado, en su versión inglesa “The scope and content of the rights of the other party”, ya que los derechos de la parte se han establecido por la ley y no se modifican por su incumplimiento. Se entendió más apropiado referirse al grado en que el incumplimiento haya afectado al valor del cumplimiento exigido en el contrato.

El representante de Bulgaria también realizó una propuesta alternativa que pretendía la eliminación del criterio subjetivo. Propuso: “ El incumplimiento será esencial cuando una persona razonable (normalmente un comerciante) no habría celebrado el contrato de haber previsto que la parte infractora cometería dicha infracción”. Propuesta que se incluye como anexo al Informe anterior las aportaciones de la URSS Bulgaria, no incluidas en el anterior informe por no haber sido todavía traducidas al inglés. Documento A/CN.9/100, annex III, *Yearbook VI*, p.111, en HONNOLD, John. *Documentary History ...*p.236. C. 25.

⁶⁸⁰ Documento A/CN.9/100, anexo I, *Anuario UNCITRAL. Vol.VI. 1975*. Nueva York. 1976. p.68.

“Para los efectos de la presente Ley, se considerará que existe una transgresión esencial del contrato, siempre que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de una de las partes altere sustancialmente (o de manera importante) el contenido de los derechos que tenga la otra parte o que se deriven de los derechos contenidos en esta Ley”⁶⁸¹.

3.5. INFORME DE LA SEXTA SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO

En la Sexta Sesión, celebrada entre el 27 de enero y el 7 de febrero de 1975, Grupo de Trabajo estuvo conforme en que la definición de incumplimiento esencial era fundamental puesto que sobre ella se basaba la resolución del contrato. Después de varias sugerencias de modificación, el Grupo de Redacción formado por la India y México junto con el observador de la Cámara de Comercio Internacional defendió que era insatisfactorio basarse en un test por el que la parte no incumplidora no habría entrado en el contrato o no habría tenido interés alguno en concluir el contrato si hubiera anticipado el incumplimiento⁶⁸².

⁶⁸¹ "For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever such a breach substantially [to a significant extent] impairs the value of the performance required by the contract in the present Law". Documento A/CN.9/100, annex III, Yearbook VI, p.93-94., en HONNOLD, John. *Documentary History* ...p.219-220. C. 25⁶⁸¹.

⁶⁸² El comité de Redacción propuso el siguiente texto:"For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental whenever the failure of the party to perform the contract results in substantial detriment to the other party and the party in breach had reason to be aware thereof". El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta con ligeras modificaciones para que los textos inglés y francés fueran compatibles:"A breach committed by one of the parties to the contract shall be regarded as fundamental if it results in substantial detriment to the other party and the party in breach had reason to foresee such a result". Documento A/CN.9/100, Yearbook VI, p.53, en HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1989. p. 244.

3.6. CRÍTICA AL PROYECTO DEL GRUPO DE TRABAJO

En este informe⁶⁸³ se reflejó la postura de varios países de Europa occidental que manifestaron su preferencia por la redacción del artículo 10 de la LUCI. Para Austria, los Países Bajos y Yugoslavia la definición propuesta generaba inseguridad jurídica a las partes, por la dificultad que tendrían la contraparte y los tribunales a la hora de determinar uniformemente lo que era perjuicio importante para la otra parte.

No obstante, la propuesta fue calificada como mejora por Hungría y Yugoslavia, dado que era menos compleja tanto para su comprensión como para su aplicación. Yugoslavia considera positivo que se hubieran reducido los supuestos que se referían al concepto de incumplimiento esencial.

La República Federal Alemana consideró que la adopción del criterio de perjuicio importante no suponía aclaración alguna, así como también consideraba negativa la eliminación de la referencia temporal. Entendía, junto con Austria, que lo decisivo para determinar si la parte agraviada podía declarar el resuelto el contrato debería ser si como consecuencia de la transgresión del contrato la parte lesionada ya no tenía interés en su cumplimiento y si esto podría haberlo previsto en el momento de la celebración del contrato la parte que cometía la transgresión. Propuso la siguiente redacción: “ Un incumplimiento cometido por una de las partes en el contrato es esencial cuando como consecuencia del mismo la otra parte deja de tener interés en el cumplimiento del contrato, y cuando la parte que cometió el incumplimiento, al momento de la celebración del contrato ha previsto o tiene razones para prever tal resultado”.

La objeción más importante fue la de Filipinas, que sugirió que se suprimieran “ y cuando la parte que cometió la transgresión ha previsto o tiene razones para prever tal resultado”, ya que, de no suprimirse, la parte que hubiera cometido la transgresión aduciría siempre que no previó ni tuvo razones para prever el perjuicio importante que se produjo. Por contra, debería bastar que el perjuicio importante se hubiera producido en el hecho. (Esta objeción sería la que

⁶⁸³ Documento A/CN.9/126. Anuario UNCITRAL. Vol.VIII. 1977. Nueva York. 1979. p. 160-189.

daría lugar a la inclusión de la cláusula “*unless*” que invertirá la carga de la prueba de la previsibilidad, que corresponderá al incumplidor).

3.7. PROYECTO DE UNCITRAL SOBRE VENTAS

UNCITRAL, en su décima sesión (Viena, mayo-junio de 1977)⁶⁸⁴, revisó el texto redactado por el Grupo de Trabajo en 1976. Partiendo de este redactó el proyecto de 1977 sobre Convención de Compraventa internacional de mercaderías. Se aprobó por unanimidad. Posteriormente se añadiría el Proyecto de Formación para formar uno solo: el Proyecto de 1978.

Deliberaciones y decisiones de la décima sesión de UNCITRAL sobre el artículo 9 del Proyecto de 1977, que decía: “ Un incumplimiento cometido por una de las partes en el contrato es esencial cuando causa un perjuicio esencial a la otra parte y cuando la parte que ha cometido la transgresión ha previsto o tiene razones para prever tal resultado”⁶⁸⁵

Se entendió que la definición no era satisfactoria desde el momento en que la carga de la prueba recaía sobre la parte agraviada, por lo que el Comité de Revisión (que integraba a la Comisión casi en su totalidad) aceptó, a instancias de Filipinas, una nueva redacción de la cláusula final: “ salvo cuando la parte que

⁶⁸⁴Documento A/32/17, Anex I. Yearbook VIII, p.25, en HONNOLD, John. Documentary History ...p. 317.

⁶⁸⁵ "A breach committed by one of the parties to the contract shall be regarded as fundamental if it results in substantial detriment to the other party and the party in breach foresaw or had reason to foresee such a result". Documento A/32/17, Anex I. Yearbook VIII, p.31, en HONNOLD, John. Documentary History ...p.324.

haya cometido la transgresión no haya previsto tal resultado o no haya tenido razones para preverlo”⁶⁸⁶.

Se destaca que el texto propuesto no trata sobre el tiempo en que dicho resultado debe tenerse en cuenta. Según LUCI este era el momento de la conclusión del contrato. Desde otro punto de vista sería más justo el momento en que se cometió el incumplimiento. El Comité entendió que no era necesario determinarlo.

Se propuso que el criterio determinante del incumplimiento esencial debería ser la pérdida de interés en el contrato por parte de la parte inocente, lo que se rechazó porque ello llevaría a entrar en los motivos que llevaron a celebrar dicho contrato, lo que era un elemento demasiado subjetivo.

Se rechazó la propuesta de eliminar la prueba de previsibilidad , ya que el artículo 9 estaba destinado a evitar la cancelación del contrato por razones que no fueran suficientes para su resolución.

También se consideró una propuesta que relacionaba el artículo 9 con el 29 (derecho del vendedor a la subsanación), introduciendo "cualesquiera que sean las circunstancias, incluido el caso en que se haga un ofrecimiento razonable de subsanar el incumplimiento", entre "cuando causa", y "un perjuicio importante". Se alegó que esta redacción protegería contra la resolución técnica del contrato si había existido una oferta de cura. Sin embargo se impuso la opinión de que este cambio era innecesario, desde el momento en que las condiciones que regulaban la oferta de subsanación estaban ya recogidas en otro artículo, y, si no había oferta de subsanación, entraría el artículo 9.

En conclusión el Comité recomendó a la Comisión el siguiente texto del artículo que ahora será el 8: “ El incumplimiento del contrato por una de las partes es esencial cuando causa un perjuicio importante a la otra parte, salvo que la parte

⁶⁸⁶ "unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result". Documento A/32/17, *Anuario UNCITRAL, Vol. VIII. 1977*. Nueva York. 1978. p. 35.

que ha incumplido no haya previsto ni haya tenido razones para prever tal resultado"⁶⁸⁷.

El Proyecto de Convención sobre los contratos de venta internacional de mercaderías, aprobado por UNCITRAL el 14 de marzo de 1979 llevó esta misma definición al artículo 23⁶⁸⁸.

3.8. COMENTARIO DE LA SECRETARÍA

En el Comentario de la Secretaría, de 14 de marzo de 1978, desarrolló el concepto de incumplimiento esencial en los siguientes términos: El concepto de incumplimiento esencial es fundamental para determinar las diversas acciones puestas a disposición del comprador y del vendedor así como para determinar la transmisión del riesgo. Un incumplimiento es esencial siempre que cause un perjuicio importante a la parte lesionada. Este es el criterio fundamental Para determinar si el perjuicio es importante se debe estar a las circunstancias propias de cada caso, por ejemplo el valor monetario del contrato, el perjuicio monetario causado por el incumplimiento y las repercusiones perjudiciales en mayor o menor medida que pueda causar sobre otras actividades de la parte lesionada. Junto al criterio de la lesión está el criterio de la previsibilidad del resultado. La parte incumplidora no se libra de su responsabilidad probando que no había previsto el

⁶⁸⁷ "A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result". Documento A/32/17. *Anuario UNCITRAL. Vol. VIII. 1977*. Nueva York. 1978. p. 18.

⁶⁸⁸ Original en inglés: "A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result", en HONNOLD, John. *Documentary History* ...p. 384. "Une contravention commise par l'une de les parties est essentiel lorsqu'elle cause un préjudice important à l'autre partie, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu et n'ait eu aucune raison de prévoir un tel résultat" Document A/CONF.97/5, en *Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises. Vienne, 10 mars - 11 avril 1980. Documents Officiels. Documents de la Conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales*. Nations Unies, New York, 1981.p.7.

resultado, debe probar además que no había razón alguna para preverlo. No especifica el momento en que la parte incumplidora debía haber previsto el resultado, si el de la conclusión del contrato o el del incumplimiento. En caso de litigio decidirá el tribunal⁶⁸⁹.

3.9. OBSERVACIONES AL PROYECTO

En las observaciones interpuestas en 21 de febrero de 1980, Portugal, República Federal Alemana y la Cámara de Comercio Internacional ofrecieron versiones modificadas del texto, tendentes a determinar si la esencialidad del incumplimiento debía determinarse conforme al tenor del contrato.

Portugal y Reino Unido eran partidarios de que el artículo determinara el momento en que la parte incumplidora debería haber previsto el perjuicio, para considerar el incumplimiento como esencial, y ese momento debería ser aquel en que las partes hubieran establecido sus relaciones contractuales. Pero Irlanda consideraba difícil aceptar el principio en virtud del cual el simple hecho de que la parte incumplidora no hubiera previsto o no hubiera tenido motivos para prever el resultado impidiera la existencia de un incumplimiento esencial⁶⁹⁰.

4. LA CONFERENCIA DE VIENA

⁶⁸⁹ Document A/CONF.97/5, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981.p.28; también en HONNOLD, John. *Documentary History ...*p. 416.

⁶⁹⁰Document A/CONF.97/9, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981. p. 82.

también en HONNOLD, John. *Documentary History ...* p. 397.

4.1. INFORME DE LA PRIMERA COMISIÓN

Una vez convocada la Conferencia, la Asamblea General decidió repartir el trabajo en Comisiones. La Primera Comisión fue la encargada de analizar el contenido de derecho sustantivo del Proyecto, incluido el concepto de incumplimiento esencial. Su informe de 7 de abril de 1980⁶⁹¹ partía del siguiente texto: "*Une contravention commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause un préjudice important à l'autre partie, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu et n'ait aucune raison de prévoir un tel résultat*".

Se propusieron enmiendas por parte de Checoslovaquia, Egipto, Pakistán, Reino Unido, República Federal Alemana, India y Turquía. Todas ellas fueron discutidas en las sesiones 12, 13 y en la 18 dieron lugar a la propuesta incluida en el Proyecto presentado por la Primera Comisión a la Asamblea.

La pretensión de las mismas fue la de dar una mayor precisión al concepto. No obstante, y a pesar de la larga elaboración del Proyecto, el texto definitivo no consiguió su meta, la consecución de una definición objetiva⁶⁹², dado que para conseguir el consenso, se incorporaron los elementos propuestos en la Conferencia, en el último minuto.⁶⁹³

En concreto, el concepto de "perjuicio sustancial" se entendió como demasiado vago, falta de objetividad, ya que reducía la visión del daño a uno específicamente realizado, en vez de recoger todos los efectos del perjuicio, y en especial los derivados de la situación de la otra parte. El argumento de tener en cuenta los perjuicios "*as will substantially impair his expectations under the contract*" prevaleció incluyéndose en los siguientes términos: "*as substantially to deprive him of what he is expected to do under the contract*". Junto con el

⁶⁹¹Document A/CONF.97/11, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981. p. 107.

⁶⁹² EÖRSI, Gyula. "A propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *The American Journal of Comparative Law*, 31, (1983).

⁶⁹³EÖRSI, Gyula. "A propos ... p. 340-341.

elemento de previsibilidad vino la introducción del estándar de la persona razonable, no solamente en la misma situación, conforme a lo establecido en LUCI, sino también en las mismas circunstancias, y de la misma clase.

4.2. SESIONES DE LA PRIMERA COMISIÓN

- SESIÓN 12. (19 de marzo de 1980)⁶⁹⁴.

El Presidente (*Loewe*) destacó que el artículo 23 suponía una alteración significativa respecto del artículo 10 de la LUCI, ya que ya no se basaba en lo que la parte incumplidora hubiera sabido o hubiera debido saber en el momento de la conclusión del contrato, sino en la existencia de un perjuicio importante causado a la otra parte.

Las enmiendas de Egipto y de Checoslovaquia fueron discutidas conjuntamente al considerarse contradictorias.

Egipto (*Shakif*) consideraba que el criterio escogido para definir al incumplimiento esencial en la LUCI era demasiado subjetivo ya que partía de la situación de la parte incumplidora que era la que se tomaba como base de apreciación al exigir que no hubiera previsto ni hubiera tenido razón alguna para

⁶⁹⁴Document A/CONF.97/C.1/SR.12, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981.p.313-319; también en HONNOLD, John. *Documentary History* ...p. 516-524

prever que causaba un perjuicio importante a la otra parte. Su enmienda⁶⁹⁵ pretendía introducir un principio más objetivo, al imponer la carga de la prueba al incumplidor, que debería probar que no previó el resultado y que una persona razonable de la misma calidad y situada en la misma situación no lo habría previsto.

Checoslovaquia (*Kopac*) también calificó el criterio del artículo 10 de la LUCI como demasiado subjetivo lo que había dado lugar a numerosas discusiones en el Grupo de Trabajo de UNCITRAL. Por ello el Proyecto se basaba en un criterio objetivo como es el perjuicio causado a la parte lesionada. Pero no consideraba este criterio como enteramente satisfactorio, ya que el concepto de perjuicio importante era también vago y necesitaba una definición más precisa. Por otra parte el elemento de previsibilidad del perjuicio introducía un elemento de subjetividad que podía crear dificultades en determinados supuestos, como el del artículo que recogía el derecho del comprador al cumplimiento específico que requería que el concepto de incumplimiento esencial fuera objetivo. Este derecho tenía por finalidad protegerle del perjuicio que podría ocasionarle el incumplimiento del contrato. Si se aceptaba la definición del artículo 23 del Proyecto resultaba que para hacer valer su derecho, el comprador debería esperar que se produjera un perjuicio importante, contradiciendo a las exigencias del comercio internacional. Lo corriente era que el comprador solamente pudiera constatar la existencia del perjuicio esperado después de un tiempo. Por ello Checoslovaquia entendía que la definición no se ajustaba al sistema de recursos previstos por el Proyecto (en concreto en los artículos 43 a 45 y 47)⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ Enmienda de Egipto: (A/CONF.97/C.1/L.106). "*Une contravention commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause un préjudice important à l'autre partie, à moins que la partie en défaut ne prouve qu'elle n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de sa qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu*".

⁶⁹⁶ Enmienda de Checoslovaquia: (A/CONF.97/C.1/L.81). Propuso el texto siguiente: "*Une contravention est essentielle lorsque la partie en défaut saurait ou aurait dû savoir, compte tenu des raisons de la conclusion du contrat ou de toutes informations divulguées à un moment*".

Una vez expuestas las propuestas se abrió un amplio debate que se decantaría por la propuesta egipcia⁶⁹⁷, con leves modificaciones⁶⁹⁸.

quelconque avant ou lors de la conclusion du contrat, que l'exécution ne présenterait pas d'intérêt pour l'autre partie en cas de semblable contravention".

⁶⁹⁷ Austria (*Reishofer*) prefería la postura egipcia.

Brasil (*Franchini-Netto*) observó que el artículo 23 del Proyecto se relacionaba con el 70 (cálculo de los daños y perjuicios) lo que según la redacción del Proyecto suponía otorgar a la parte incumplidora una serie de privilegios carentes de fundamento jurídico, permitiéndole que con base en criterios puramente personales pudiera eludir las responsabilidades que le correspondían conforme al artículo 70 respecto a la reparación del perjuicio causado.

Noruega tomó en consideración el texto de Egipto, y rechazó que se pudiera introducir una norma referente a la carga de la prueba, si bien entendía útil el criterio de la persona razonable de la misma calidad en la misma situación, ya que el texto del proyecto se fijaba sólo en la parte incumplidora. Afirmó la prescindibilidad de "razonable" pero la necesidad de conservar "de la misma calidad en la misma situación", señalando que la traducción inglesa de ambas por "*of the same kind*" le parecía insuficiente. Propuso conservar el texto egipcio eliminando la referencia a la prueba y especificando que se trataba de una persona razonable de la misma profesión y situada en la misma situación.

México (*Mantilla-Molina*): aceptó la propuesta egipcia con las modificaciones de Noruega. Rechazó la de Checoslovaquia por restringir demasiado el concepto de incumplimiento esencial al especificar que la parte incumplidora habría debido saber que la ejecución no presentaría interés para la otra parte en caso de darse un incumplimiento similar. Por otra parte era partidario de eliminar toda referencia a la carga de la prueba, puesto que la Convención no pretende entrar en cuestiones procesales sino en los deberes esenciales de las partes.

Grecia (*Krispis*): entendió que el texto del Proyecto contenía elementos suficientemente objetivos, pero que la propuesta de Egipto le parece más clara. No era partidario de regular la carga de la prueba. En cuanto a "razonable" ya había sido empleado en diversas partes de la Convención, por lo que sería suficiente con indicar que se trata de una persona de la misma calidad situada en las mismas circunstancias.

República Democrática Alemana (*Wagner*): Opinó que la cantidad de propuestas de enmienda presentadas manifestaban que el concepto de incumplimiento esencial solamente podía definirse en términos vagos. Prefería el texto checoslovaco, aunque con modificaciones. Aunque matizó que era deseable que no se indicara el momento en que el incumplimiento del contrato entrañaba consecuencias para la otra parte.

Suecia (*Hjerner*): reprodujo los argumentos de la República Democrática Alemana, aunque entendía que el texto del Proyecto suponía una mejora. La noción de perjuicio importante introducía un elemento concreto, y el carácter subjetivo que se le reprochaba estaba justificado si se consideraba que había lugar a tener en cuenta las circunstancias que habían llevado a la parte a incumplir el contrato. No podía haber incumplimiento esencial si la parte incumplidora era un vendedor que ignoraba ciertas circunstancias porque el comprador no le había informado, por ejemplo, en cuanto a la esencialidad de la fecha o la calidad de las mercaderías. Esta concepción era plenamente acorde con el artículo 70.2 del Proyecto, según el cual los daños y perjuicios no podían ser superiores al perjuicio que la parte incumplidora había previsto o había debido de prever en el momento de la conclusión del contrato, considerando los hechos que conocía o debería haber conocido como consecuencias posibles del incumplimiento. Respecto a la carga de la prueba, sería mejor que la Convención no se adentrara en reglas de procedimiento. La delegación sueca apoyó conservar el texto del Proyecto sin modificaciones.

Bulgaria (*Stalev*): afirmó que el artículo 23 era uno de los pilares de la Convención porque de él dependían las sanciones al comprador y al vendedor así como la transmisión de los riesgos. El criterio escogido en el Proyecto era objetivo, al estipular que el incumplimiento era esencial si causaba un perjuicio importante a la otra parte, pero este criterio favorecía más una demanda de daños y perjuicios antes que una de resolución del contrato. Ejemplo: en una venta a fecha determinada, si las cosas no se entregan en esa fecha y los precios bajaban brutalmente después de esa fecha, el comprador tendría interés en que el contrato no se ejecute. La cuestión sería saber si el comprador tendría derecho a resolver el contrato. El texto del Proyecto dejaba dudas al respecto, Por eso era partidario de la propuesta checoslovaca ya que en ella existía incumplimiento esencial cuando la otra parte perdiera todo interés en el cumplimiento del contrato. También entendía que era muy importante conocer el momento en que se debían prever las consecuencias del incumplimiento por la parte incumplidora, dado que existía riesgo de que el perjudicado realizara maniobras unilaterales para dar un carácter más grave al incumplimiento.

Dinamarca (*Trønning*): aprobó la enmienda egipcia por introducir elementos más objetivos. Pero entendía que no se tenía que tratar la carga de la prueba. Rechazaba la enmienda de Checoslovaquia porque sus criterios eran de difícil aplicación práctica. En cuanto al momento, debía dejarse a los tribunales.

Italia (*Bonelli*): Prefería la definición de la LUCI, ya que el Proyecto no determinaba el momento, y además el perjuicio sustancial no le parecía un criterio suficientemente claro como para ser objetivo. En todo caso prefería la propuesta checa porque resolvía ambos problemas. En particular le parecía un criterio más objetivo el interés que presentara para la parte lesionada la ejecución del contrato.

Singapur (*Khoo*): Aceptaba la enmienda de la India y la de Egipto si se suprimía "of the same quality" que le parecía superfluo. No era partidario de que se recogiera norma alguna sobre prueba.

Australia (*Bennett*): reconoció que definir el incumplimiento esencial era clave, pero no se podía esperar la perfección, por lo que consideró correcto el Proyecto, y mejor que las enmiendas propuestas. La cuestión era saber si se debía considerar la naturaleza de las obligaciones incumplidas o la naturaleza de los incumplimientos. Este problema había sido resuelto de diferentes maneras por los distintos sistemas jurídicos. En el *Common Law* se optaba por la naturaleza de las obligaciones, en el Proyecto por la del incumplimiento. En cuanto a la previsibilidad del perjuicio, no era partidario de adoptar reglas rígidas. El concepto de "persona razonable" de la propuesta egipcia no era desconocido en el *Common Law*, pero preferían no incluirlo en el artículo.

Francia (*Ghestin*): juzgó la proposición checoslovaca demasiado restrictiva y encontró excesivo exigir que el incumplimiento debiera dejar el contrato sin interés para la otra parte para que fuera admisible la resolución. Para Francia, el texto del Proyecto daba un margen suficiente a la interpretación e incorporaba un elemento objetivo, el de la previsibilidad de los resultados. Era favorable a la propuesta egipcia por tener elementos más objetivos, pero le criticó que hiciera referencia a la prueba así como el recurso demasiado sistemático a la noción de persona razonable.

Hungría consideró imposible encontrar un criterio verdaderamente objetivo de incumplimiento esencial, por lo que este se delimitaría por la práctica judicial. El criterio de previsibilidad era un elemento adecuado, pero no convenía concretarlo mucho más para no complicar la tarea de los jueces. Calificó la propuesta egipcia como inadecuada al referirse a la carga de la prueba y al introducir elementos que podían ser objeto de interpretación diversa por los diferentes tribunales. También era contrario a imponer a los tribunales reglas rígidas en cuanto al elemento temporal.

Finlandia (*Sevon*) afirmó que era vano precisar mucho el texto del artículo. Toda modificación corría el riesgo de crear nuevos problemas. Las críticas a LUCI se podían hacer también al texto checoslovaco. Propuso bien mantener el Proyecto o bien aceptar la enmienda egipcia con las modificaciones de Noruega.

⁶⁹⁸A pesar de que Egipto(*Shafik*) defendió su posición frente a las mismas: no debía modificarse "and" por "or" puesto que ambos criterios eran cumulativos. "Razonable" debía mantenerse. Podía eliminarse la referencia a la prueba. No debía existir referencia alguna al tiempo. Era favorable a que la duda sobre si "of the same kind" incluye "de sa qualité" la resolviera el Comité de Redacción.

Pakistán (*Inaamullah*) aceptó el Proyecto que vinculaba el incumplimiento esencial con el perjuicio importante. Entendía que el texto egipcio con la enmienda pakistaní era más adecuado⁶⁹⁹. Finalmente, a pesar de los numerosos apoyos y a pesar de una interesante intervención del representante estadounidense⁷⁰⁰, se

⁶⁹⁹ La enmienda de Pakistán (A/CONF.97/C.1/L.99) propuso cambiar "lorsqu'elle cause un préjudice important à l'autre partie" por "lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel que les conditions de la transaction s'en trouveraient fondamentalement modifiées". Se envió al Grupo de Trabajo Especial. Para Pakistán (*Inaamullah*) el concepto de perjuicio importante adolecía de precisión. Rumanía (*Popescu*), Egipto (*Shafik*), India (*Kuchibhotla*) y Checoslovaquia (*Kopac*) le apoyaron.

⁷⁰⁰ Suecia (*Hjerner*) entendió que el texto pakistaní no aportaba una mayor precisión. No entendía "conditions de la transaction", ya que era una noción nueva susceptible de múltiples interpretaciones. Existe una noción similar en derecho alemán y en derecho sueco, pero muy vaga. Incluir esta noción solamente crearía más confusión.

Singapur (*Khoo*) apoyó el texto de Pakistán, que tenía relación con el artículo 45 donde la inejecución de una obligación resultante del contrato conllevaba un incumplimiento esencial. También consideró deseable precisar el concepto "conditions de la transaction", pareciéndole más adecuado "la nature".

Grecia (*Krispis*) no apoyó el texto pakistaní. Prefería "perjuicio importante" a "modificación fundamental".

España (*Olivencia Ruiz*) apoyó el texto de Pakistán por ser más objetivo. El texto del Proyecto incorporaba un elemento subjetivo que podía tener consecuencias graves en lo que se refiere a la subsanación y a la determinación del carácter esencial o no del incumplimiento.

URSS (*Lebedev*) no apoyó el texto de Pakistán que no aportaba precisión alguna a la noción de perjuicio importante.

Ghana (*Date-Bah*) las condiciones del contrato no se pueden modificar por un acto ulterior. Se puede hablar de "résultats escomptés", pero siempre dentro de este caso. No está conforme con que los tribunales concreten el concepto de perjuicio importante. Propone un pequeño Grupo de Trabajo.

China (*Wang*): Apoya a Pakistán.

Hungría (*Szasz*) afirmó que el perjuicio importante no era una noción objetiva, pero tampoco la pakistaní, que además introducía nuevos elementos que pondrían más dificultades prácticas.

USA (*Farnsworth*) creía que el texto de Pakistán llevaría a interpretaciones peligrosas. El empleo de "*fondamentalement*" en derecho americano evocaba a una noción aplicada a la

mantuvo prácticamente idéntica la propuesta de Pakistán⁷⁰¹, que se envió a un Grupo de Trabajo especialmente formado para analizar el artículo⁷⁰², y de cuyas deliberaciones no existe constancia publicada.

Por otra parte, la República Federal Alemana propuso una enmienda en la que se introducía una referencia a las cláusulas contractuales como criterio de referencia a la hora de calificar un incumplimiento como esencial⁷⁰³. Ante la falta de consenso, también se envió la propuesta alemana al Grupo de Trabajo.

exoneración de la responsabilidad en caso de imposibilidad. Si se aceptaba la propuesta de Pakistán serían muy raros los casos en que una modificación fundamental comportara un incumplimiento esencial.

Rumanía (*Popescu*) apoyó la propuesta pakistaní por tener en cuenta las circunstancias que podían modificar la naturaleza del contrato, y por lo tanto su significación económica.

Francia (*Ghestin*) no apoyó la propuesta de Pakistán. Para él, el Proyecto era suficiente al recoger el concepto de perjuicio importante que es el que correspondía a la práctica de los tribunales. La propuesta de Pakistán no ofrecía novedades, ya que sustituía "importante" por una perífrasis que llevaría a nuevas dificultades de interpretación. Además era más restrictiva al exigir del perjuicio que fuera fundamental.

Noruega (*Rognlien*) entendía que el texto del Proyecto no suponía ayuda alguna para las partes ni para los tribunales. El texto de Pakistán intentaba precisar la definición al hablar de las condiciones de la transacción. Lo apoyaba con las siguientes modificaciones: "considerablemente" en lugar de "fundamentalmente", y "los intereses de la otra parte en la transacción" en vez de "las condiciones de la transacción".

⁷⁰¹ Pakistán (*Inaamulah*) modificó la redacción de la propuesta. Sustituyó "*the terms of the transaction*" por "*the expectations of the contract*".

⁷⁰² A propuesta de Ghana se adoptó la creación del Grupo de Trabajo, con representantes de República Federal Alemana, Argentina, España, Ghana, Hungría, Noruega, Pakistán, Rumanía y Checoslovaquia.

⁷⁰³ La enmienda de República Federal Alemana (A/CONF.97/C.1/L.63) proponía redactar así el artículo: "*Une contravention commise par l'une des parties est essentielle lorsque, compte tenu de toutes les clauses expresses et implicites du contrat, elle cause un préjudice important à l'autre partie, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu et n'ait aucune raison de prévoir un tel résultat*". Se reenvió la propuesta al Grupo de Trabajo Especial. Esta propuesta eliminó la

referencia al momento de previsibilidad, pero incluyó la consideración de las expectativas contractuales.

República Federal Alemana (*Klingsporn*) entendía que su enmienda era compatible con la de Pakistán y con la de Egipto. No se puede juzgar si un incumplimiento es o no esencial si no se tienen en cuenta las cláusulas del contrato. Esta interpretación era además conforme con el *Common Law*, donde el incumplimiento es esencial si afecta al fundamento del contrato. Parecía adecuado que para juzgar si el incumplimiento es esencial o no se deban tener en cuenta todas las cláusulas implícitas y explícitas del contrato.

Bélgica (*Dabin*) apoyó la propuesta de la República Federal Alemana ya que era importante atender a la voluntad de las partes, y con base en el mismo contrato determinar si el incumplimiento es o no esencial.

Reino Unido (*Feltham*) no apoyó la propuesta de la República Federal Alemana porque limitaría el poder de los jueces al examen de las cláusulas explícitas e implícitas del contrato, sin que puedan tener en cuenta otras circunstancias del caso concreto. Si por ejemplo una de las partes precisa antes de la conclusión del contrato que la fecha de entrega es esencial, aunque ello no se refleje en el contrato, ¿pueden ignorarlo los jueces?.

Finlandia (*Sevon*) apoyó la propuesta alemana. No obstante señalaba que aumentando el número de palabras de la definición de incumplimiento esencial se multiplicaría el riesgo de errores.

Argentina (*Boggiano*) apoyó la propuesta alemana porque consideraba que era esencial precisar que el criterio fundamental debía ser la voluntad de las partes.

Corea del Sur (*Kim*) apoyó la propuesta alemana que era similar a la disposición del artículo 33.1.b donde se utilizaba la expresión "*porté espressément ou tacitement à la connaissance du vendeur au moment de la conclusion du contrat*".

Australia (*Bennett*) no apoyó la propuesta alemana, aunque se refirió a la definición de incumplimiento esencial del *Common Law*. El artículo 23 se basaba en el concepto de perjuicio importante, que solamente se puede determinar caso por caso, y después de haberse producido. No se puede decir que la gravedad del perjuicio debe determinarse teniendo en cuenta las cláusulas del contrato.

URSS (*Lebedev*) entendió que la propuesta egipcia ya se había adoptado, por lo que la alemana era superflua, (ya que la egipcia tenía en cuenta todas las circunstancias), o contraria (si solo podían tenerse en cuenta las circunstancias del contrato).

Suecia (*Hjerner*) rechazó la posición alemana por ser restrictiva. Apoyó la objeción de Reino Unido.

República Federal Alemana (*Herber*) aclaró que no quería restringir la definición ni excluir las circunstancias del caso. No entendía que su propuesta fuera contraria a la de Egipto, ya que

Las decisiones finales de la sesión 12 fueron: rechazar la enmienda de Checoslovaquia: 24 votos contra 9. La de Egipto tras la modificación oral que sustituyó "*ne prouve qu'elle n'a pas prévu*" por "*n'a pas prévu*" se aprobó por 23 contra 14 y se envió al Comité de Redacción. Las propuestas de República Federal Alemana y Pakistán se enviaron al Grupo Especial de Trabajo compuesto por representantes de República Federal Alemana, Argentina, España, Ghana, Hungría, Noruega, Pakistán, Rumanía y Checoslovaquia, a fin de que redactaran un texto que sintetizara las ideas.

- SESIÓN 13⁷⁰⁴.

Reino Unido (*Feltham*) presentó dos enmiendas⁷⁰⁵: la primera consistía en añadir "*au moment où le contrat a été conclu*" entre "*à moins que*" y "*la partie en défaut*", pues el momento de conclusión del contrato, es decir, aquel en el que el contenido del mismo está claramente definido para las partes, es aquel en el que la cláusula de previsibilidad debe tener efecto, puesto que es el momento en el que las partes de interés mutuo determinan lo que constituirá un perjuicio importante. Esta enmienda fue criticada por Noruega (*Rognlien*), Finlandia (*Sevon*) y Hungría (*Sasz*), ya que informaciones aportadas después de la conclusión del contrato podían modificar la situación tanto a lo concerniente al perjuicio como a la

esta se centraba en la previsibilidad, mientras que la alemana en el concepto de perjuicio importante.

⁷⁰⁴Document A/CONF.97/C.1/SR.13, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981.p.320-321.

⁷⁰⁵ La enmienda de Reino Unido (A/CONF.97/C.1/L.104) propuso: "*Une contravention commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause un préjudice important à l'autre partie, à moins qu'au moment où le contrat a été conclu la partie en défaut ne prouve qu'elle n'a pas prévu n'ait pas prévu et n'ait aucune raison de prévoir un tel résultat. Une contraventionne cause pas un préjudice important à l'autre partie lorsque des dommages-intérêts constitueraient pour elle une réparation adéquate*".

previsibilidad. Por ello, el Reino Unido (*Feltham*) retiró la primera parte de su propuesta.

La segunda propuesta se refería a la necesidad de concretar "perjuicio importante". Era partidario de que si una parte saliera perjudicada por el curso desfavorable del mercado, no pudiera salir fácilmente de una situación previsible buscando todas las razones posibles para alegar un incumplimiento esencial que le permita resolverlo. Propuso: "un incumplimiento no causa un perjuicio importante a la otra parte si los daños y perjuicios constituyen para ella una reparación adecuada". No obstante, antes la crítica generalizada a tal propuesta⁷⁰⁶, esta también fue retirada.

⁷⁰⁶ Noruega (*Rognlien*) lo apoyó.

Bulgaria (*Stalev*) se pronunció en contra. El principio de la reparación del perjuicio era un principio establecido pero no era conveniente imponer a la parte perjudicada la modalidad de reparación. La naturaleza de la indemnización de daños y perjuicios derivada del incumplimiento de una de las partes podía dar lugar a negociaciones muy largas, y la parte perjudicada debe poder escoger entre la indemnización o la resolución del contrato.

Finlandia (*Sevon*) asertó que la propuesta inglesa definía las circunstancias en que los daños podían sustituir a la resolución del contrato, cuando lo que pretendía el artículo 23 del Proyecto era establecer las circunstancias que permitieran la resolución del contrato, ya que en otras se podrían ejercitar otras acciones, entre las que se encuentran la de daños y perjuicios. Por ello rechazó la propuesta inglesa.

Ghana (*Date-Bah*) rechazó la propuesta. Precisamente se trataba de la cuestión de que los daños no eran la respuesta adecuada. En el derecho inglés la reparación de daños está en función de la imposibilidad de obtener la ejecución *in natura*, lo que en derecho inglés se da en un número muy limitado de circunstancias. Adoptando a posición inglesa las posibilidades de resolver el contrato se verían drásticamente reducidas.

Irlanda (*Plunkett*) entendía la propuesta británica, pero asertó que la resolución del contrato era una solución justa en los casos de incumplimiento esencial. No sólo podría no ser de equidad obligar a la parte perjudicada a aceptar los daños y perjuicios, sino que además se plantearía la pregunta de en qué cantidad. ¿Se tendría en cuenta la capacidad de pago? Si se tuviera en cuenta, la determinación de la misma podría darse en un momento muy posterior al incumplimiento del contrato prolongando la incertidumbre. Si no se tuviera en cuenta, la parte lesionada que hubiera decidido que reclamar por daños en vez de resolver podría tener dificultades en obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Finalmente, las propuestas de Turquía y la India se consideraron meramente formales y se enviaron al Comité de Redacción⁷⁰⁷.

- SESIÓN 18.(21 DE MARZO DE 1980)⁷⁰⁸.

Los miembros de Grupo de Trabajo a excepción de Hungría propusieron el siguiente texto: "*Une contravention commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel que les avantages qu'elle escomptait du contrat en sont considérablement compromis, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu et n'ait aucune raison de prévoir un tel résultat*".

Tras una nueva discusión⁷⁰⁹ y una nueva propuesta de Pakistán que fue rechazada, se aprobó el texto por 22 contra 18.

España (*Garrigues*) se pronunció en contra. El artículo 23 debía tratar solamente de la resolución del contrato como consecuencia de un perjuicio importante causado por un incumplimiento esencial en su conexión con los artículos 41, 42 y 57.

⁷⁰⁷ La propuesta de Turquía (A/CONF.97/C.1/L.121) fue añadir "*au contrat*" después de "incumplimiento".

La propuesta de la India (A/CONF.97/C.1/L.126) fue la de sustituir en la última línea "*n'ait aucune raison*" por "*n'ait eu aucune motif raisonnable*".

⁷⁰⁸Document A/CONF.97/C.1/SR.18, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981. p. 348-349.

⁷⁰⁹ Pakistán (*Inaamullah*) destacó que la propuesta del Grupo de Trabajo mantenía el texto del Proyecto incorporando la propuesta egipcia. Propuso una modificación: donde decía "*à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu et n'ait aucune raison de prévoir un tel résultat*" debía decir "*à moins que la partie en défaut ne prouve qu'elle ne pouvait prévoir un tel résultat et qu'une personne raisonnable de sa qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu*".

Reino Unido (*Feltham*) aceptó la propuesta en lo esencial, si bien propuso cambiar "*impair*" por "*désappoint*" en la versión inglesa.

Bulgaria (*Stalev*) y Austria (*Reishofer*) apoyaron la propuesta del Grupo de Trabajo.

Hungría (*Szasz*) entendió que el texto no era más preciso. La fórmula "*les avantages qu'elle escomptait du contrat en sont considérablement compromis*" no es más clara que "*un préjudice important*".

Grecia (*Krispis*) opinaba lo mismo.

El Reino Unido realizó una propuesta de forma que se envió al Comité de Redacción.

4.3. INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

El 4 de abril de 1980⁷¹⁰, el Comité de Redacción emitió su informe final, con alteraciones que afectaban al fondo del artículo, aunque estas fueron defendidas

República Democrática Alemana (*Wagner*) aprobaba la propuesta de Reino Unido.

Francia (*Ghestin*) prefiere el texto del Proyecto por ser más breve y aportar una solución objetiva. El texto del Grupo de Trabajo era más largo por lo que ofrecía mayores dificultades de interpretación, además de incluir un elemento subjetivo que hacía pensar en un vicio del consentimiento.

Iraq (*Sami*) opinaba lo mismo.

República Federal Alemana (*Schlechtriem*), se enrocaba en su propuesta, para ellos "*les avantages escomptés du contrat*" era un test objetivo. En materia de incumplimiento, el criterio debía buscarse en el contrato mismo.

Italia (*Bonelli*) y Noruega (*Rognlien*), opinaban lo mismo.

URSS (*Lebedev*) se opuso a introducir "*les avantages escomptés*" porque ello supondría empeorar el texto al introducir un elemento subjetivo. Además, el término empleado en la versión rusa para "incumplimiento" era erróneo. Propuso conservar el texto anterior.

China (*Li Chih-min*) prefería también el texto original y reveló imperfecciones en la versión china.

España (*Olivencia Ruiz*), el texto propuesto por el Grupo de trabajo permitía evitar la imprecisión del concepto "perjuicio importante" y tenía la ventaja de establecer una relación directa con el contrato haciendo mención a "*les avantages escomptés*".

Checoslovaquia (*Kopac*) apoyó al Grupo de Trabajo. La definición de perjuicio debía interpretarse en un sentido más amplio y comparado objetivamente con el tenor del contrato.

Ghana (*Sam*): apoya la proposición del Grupo de Trabajo. Debía relacionarse todo incumplimiento con el contrato.

Argentina (*Boggiano*) aprobaba el texto al incluir "*les avantages escomptés*".

Irlanda (*Plunkett*): opinaba lo mismo.

⁷¹⁰Document A/CONF.97/C.1/SR.36, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981.p.449-450.

por la Presidencia, que destacó que la redacción final obedecía en todo caso a una solución de compromiso⁷¹¹.

Se aprobó el artículo pendiente de las enmiendas a los textos español y francés⁷¹².

4.4. LA SESIÓN PLENARIA DE LA CONFERENCIA

El 4 de abril de 1980, se sometió a la Sesión Plenaria el siguiente texto⁷¹³:
Artículo 23. "*Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause a l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive*

⁷¹¹ Noruega (*Rognlien*) se quejó de ver todavía en el texto "*a reasonable person of the same kind*",

El Presidente (*Loewe*) le indicó que esta fórmula ya se empleaba en el artículo 7.

Suecia (*Hjerner*) entendía que el Comité de Redacción había realizado modificaciones de fondo, aunque le parecían aceptables, se reservaba la posición de su delegación.

El Presidente (*Loewe*) le recordó que esa reserva no tiene eficacia práctica, ya que las delegaciones tienen siempre el derecho de sacar el artículo en la sesión plenaria.

España (*Olivencia Ruiz*) señaló que el artículo no hacía referencia a "avantages escomptés", que se introdujo por el Grupo de Trabajo.

El Secretario Ejecutivo de la Conferencia (*Vis*) precisó que había velado para que las enmiendas aprobadas fueran respetadas. Es cierto que el Grupo de Trabajo había propuesto la fórmula "*les avantages qu'elle escomptait du contrat en sont considérablement compromis*". Esta fórmula no era aceptable para los países cuyo derecho nacía en el derecho romano, por lo que propusieron hablar de "*intérêts d'une partie*", fórmula no aceptable para los países anglosajones. El texto final es de compromiso.

Finlandia (*Sevon*) afirmó que la fórmula del Grupo de Trabajo Especial introducía un elemento subjetivo, por lo que le parecía más objetivo el criterio del Comité de Redacción.

⁷¹² España (*Olivencia Ruiz*) entiende que el texto español no era satisfactorio y propuso la reforma (con las otras delegaciones de lengua española) de su forma sin alterar el contenido.

Francia (*Plantard*) propuso que donde decía "*aurait*" dijera "*eut*".

⁷¹³ Document A/CONF.97/11/Add.1 et 2., en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981.p.168.

substantiellement de que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus".

La votación del artículo 23 en la séptima sesión plenaria tuvo lugar el martes 8 de abril de 1980.

Votaron a favor 42, en contra 2 (Suecia y España), se abstuvieron.

Canadá (*Ziegel*) explicó su abstención puesto que la definición de incumplimiento esencial suponía una carga demasiado pesada para la parte que tuviera que alegarlo. En un gran número de casos (entrega de mercaderías defectuosas, particularmente si son bienes perecederos) será extremadamente difícil para la parte lesionada determinar si el incumplimiento de la otra parte es esencial. Teniendo en cuenta la experiencia de los tribunales canadienses en cuanto a la interpretación de la noción de incumplimiento esencial, la delegación canadiense estaba convencida de que tal definición daría lugar a numerosos inconvenientes.

Suecia (*Hjerner*) defendió que su delegación votara en contra, porque la nueva formulación no presentaba ventaja alguna respecto de la precedente; al contrario, se presta a diversas interpretaciones y al riesgo de traer consigo confusión. La cuestión es que los conceptos de incumplimiento esencial como el de buena fe, no se prestan a definición alguna. Preferían que no hubiera definición alguna, o mantener la anterior.

España (*Garrigues*) votó en contra por parecerle que la noción de incumplimiento esencial era una noción inaceptable para los ordenamientos jurídicos continentales. En España, como en América Latina, toda ruptura del contrato, cualquiera que sea su naturaleza, justifica una demanda de daños y perjuicios por la parte lesionada, a condición de que el incumplimiento en cuestión sea debido a una falta de la parte infractora o a que esta esté en mora, y teniendo en cuenta el caso de fuerza mayor, donde la parte incumplidora puede faltar al cumplimiento de sus obligaciones en función de circunstancias totalmente independientes de su voluntad. Por ello la idea del artículo 23 en virtud de la cual un incumplimiento no será tenido en cuenta si no es fundamental es totalmente

inaceptable. El artículo 23 supondrá dos grandes problemas para los jueces: determinar si el perjuicio resultante del incumplimiento es suficientemente importante, y decidir si el perjuicio era previsible o no.

Para la República Federal Alemana (*Herber*) la nueva formulación era una notable mejora, que si plantea problemas de interpretación, serán fáciles de resolver, por lo que votó a favor⁷¹⁴.

2.24.

La solución final fue la de adoptar una fórmula flexible a la vez que vaga⁷¹⁵. El texto definitivo del artículo 25 de la CCIM⁷¹⁶ dice así⁷¹⁷:

"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 ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación".

⁷¹⁴Document A/CONF.97/SR.7, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981. p. 220.

⁷¹⁵MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG) en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gsetabuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier-de Gruyter, Berlin, 1994, p.215.

⁷¹⁶Document A/CONF.97/18, Annexe I, en *Conférence des Nations Unies...Documents Officiels*. Nations Unies, New York, 1981.p.192.

⁷¹⁷ *"A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result"*

"Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause á l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, á moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de meme qualité placée dans la meme situation ne l'aurait pas prévu non plus".

5. CONCLUSIONES

5.1. CAMBIO DEL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

Conforme a lo expuesto, se pueden apreciar cinco fases en la evolución del concepto de incumplimiento esencial:

Una primera fase es la previa a la configuración del concepto de incumplimiento esencial como elemento básico para la resolución del contrato de compraventa. En los proyectos de ley uniforme de 1935 y 1939 no existe el concepto de incumplimiento esencial sino el de incumplimiento de una condición esencial en caso de obligaciones accesorias, basado en la distinción del *Common Law* entre *warranties* y *conditions*.

Una segunda fase se inicia con la sustitución del concepto de condición esencial por el de incumplimiento esencial de la obligación. Surgió en la discusión sobre el Proyecto de 1951 (que coincidía con el de 1939), y se materializó en el Proyecto de 1956. Con este giro en la concepción del sistema de remedios se pretendió evitar la rigidez del sistema anterior posibilitando la resolución del contrato por el incumplimiento de obligaciones que, aunque accesorias, podían ser importantes. A la vez se pretendía la conservación del contrato, ya que evitaba que un incumplimiento leve de una obligación considerada principal diera lugar a la resolución del contrato. No obstante se conservaron supuestos de incumplimientos que se consideraban esenciales dependiendo de la obligación incumplida, y que generaban la resolución automática del contrato. Eran los casos de ventas en Bolsa, en los que la norma pretendía seguir los usos de las mismas para evitar la especulación. También se inicia en esta fase una tendencia a la búsqueda de un test objetivo en la calificación de la esencialidad, con la pretensión de que la definición no favorezca la impunidad de la parte incumplidora, pero tampoco permita la especulación por la parte perjudicada. Finalmente se

centra temporalmente el juicio de previsibilidad en el momento de la celebración del contrato.

La tercera fase es la iniciada a raíz de la entrada en vigor de la LUCI. La definición de la LUCI sigue un criterio subjetivo de determinación de la esencialidad del incumplimiento. Se centra en el juicio hipotético antes mencionado pero limitado con el criterio objetivo de lo que una persona razonable hubiera debido conocer. Se mantiene el elemento temporal de apreciación del incumplimiento en el momento de la conclusión del contrato. También se mantienen la calificación de la entrega tardía en compraventas realizadas en bolsas o mercados como incumplimiento esencial, y la resolución automática del contrato en caso de que exista un incumplimiento esencial, salvo que se comunique por la parte perjudicada su intención de exigir el cumplimiento específico. Esta última solución se entiende como la más adecuada a las necesidades del tráfico mercantil internacional, la más adaptada a la voluntad del perjudicado, ya que presume que ha perdido el interés en el cumplimiento del contrato como consecuencia del incumplimiento, así como la menos perjudicial para la parte incumplidora, al impedir la posibilidad de especulación por la parte perjudicada.

La cuarta fase será la realizada en el seno del Grupo de Trabajo de la UNCITRAL. Este Grupo de Trabajo propuso la eliminación del test hipotético, y su sustitución por un test material que sería desarrollado por la Comisión y por la Conferencia Diplomática. Aunque muchos autores afirmaron que a pesar de la complicada redacción del artículo 10 de LUCI, la definición que contenía era suficientemente clara, las réplicas de los países sometidas a la UNCITRAL eran contrarias al criterio de la persona razonable por considerarlo impreciso. La definición en esta fase ofrece las siguientes novedades⁷¹⁸:

- más que insistir en una obligación contractual, considera el contrato en su totalidad.

⁷¹⁸WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987. p. 206.

- tiende a abandonar los criterios subjetivos y a adoptar criterios más objetivos: el primero fue la aceptación de la propuesta Mexicana de incluir el concepto de "detrimento sustancial"; el segundo fue la inclusión de la cláusula "unless" a iniciativa de Filipinas para cambiar la carga de la prueba relativa a la previsibilidad.

La quinta fase fue la Conferencia de Viena. En ella el Proyecto de 1978 fue objeto de modificaciones fundamentales. Fue especialmente crítica la discusión del concepto de incumplimiento esencial. Esta discusión vino motivada por la introducción de un elemento ajeno a toda noción de culpa y de valoración independiente de la voluntad de las partes. Ambas cuestiones no se resolvieron definitivamente, porque el test de previsibilidad implica una cierta referencia a la culpa del incumplidor, así como la explicación introducida por la Conferencia al concepto de perjuicio sustancial supone subjetivar dicho concepto, al hacerlo depender de las expectativas que el perjudicado tuviera, derivadas del contrato.

5.2. CRITERIOS INTERPRETATIVOS A TENER EN CUENTA

Los principios generales que inspiran la CCIM en su totalidad, reflejados en el artículo 7, (universalidad, internacionalidad y buena fe), y los recogidos en el Preámbulo, deben ser tenidos en cuenta en toda interpretación, tal como vimos en la Parte anterior de este ensayo.

También hemos visto que del conjunto de la CCIM y de los antecedentes legislativos se pueden deducir otros principios generales importantes a la hora de interpretar los conceptos de la CCIM, incluyendo el concepto de incumplimiento esencial que pretendemos analizar.

Estos principios son también necesarios para la labor de integración de las lagunas, que serán muchas, pues el concepto de incumplimiento esencial del artículo 25 de la CCIM no hace más que enmarcar una serie casi infinita de posibles incumplimientos concretos.

En realidad dicho artículo señala únicamente una serie de características abstractas que los incumplimientos deben reunir para que la parte perjudicada

pueda ejercitar determinadas acciones o derechos, entre los que destacan la resolución del contrato.

La principal finalidad de los legisladores era la agilización del tráfico mercantil internacional, a la vez que dotarlo de seguridad jurídica.

Uno de los medios para la consecución de esta finalidad fue la de dotar a la comunidad internacional de una regulación uniforme que permitiera a los comerciantes prever las consecuencias jurídicas de sus actuaciones y los remedios a su disposición en caso de incumplimiento de la contraparte.

La continua búsqueda de una definición lo suficientemente segura generó la búsqueda de la mayor objetividad posible. Pretende evitar posibles conflictos en la apreciación de la voluntad de las partes, y evitar la posibilidad de interpretaciones divergentes por los tribunales.

Este principio justificó también la sustitución de la resolución automática de LUCI por la resolución a instancias de la parte perjudicada mediante la notificación de la misma a la parte incumplidora, dada la mayor certidumbre para las partes que implicaba esta última solución, además de ser más conforme con la voluntad de las partes.

El criterio más objetivo hubiera sido una imposible enumeración de todos los supuestos de incumplimiento esencial posibles. Ante tal imposibilidad se buscó un criterio, el de perjuicio, que al final se traducirá en una concreción casuística por los árbitros y tribunales. Con todo, la interpretación jurisprudencial deberá tener en cuenta las cláusulas implícitas y explícitas del contrato, y las circunstancias del caso concreto, muchas de las cuales solamente pueden apreciarse una vez producido el perjuicio.

La celeridad del tráfico mercantil. Una interpretación objetiva permite que las partes sepan a qué atenerse con menos riesgo de error y la resolución sin necesidad de acudir a los jueces o árbitros permite al perjudicado el dejar sin efecto el contrato mediante una rápida notificación.

La necesidad de que los remedios jurídicos retrasen mínimamente el comercio internacional para hace que deban favorecerse acciones de reparación o

de reducción del precio frente a los supuestos de resolución, de entrega de mercaderías sustitutivas o incluso del ejercicio de acciones indemnizatorias.

En ningún caso se entenderá que el perjuicio no sea importante por el hecho de que pueda ser cubierto adecuadamente por una indemnización de daños y perjuicios, o por la acción de cumplimiento específico. Se pretende con ello otorgar a la parte perjudicada la posibilidad de escoger el remedio que entienda más adecuado entre la resolución y la indemnización de daños y perjuicios, ya que esta última suele dar lugar a largas negociaciones, (ya que se suelen plantear problemas sobre la cantidad, la influencia en su determinación de la capacidad de pago o el momento de su determinación, que puede pactarse que sea posterior a la conclusión del contrato e incluso posterior al incumplimiento). Por otra parte, el carácter esencial del incumplimiento hace que la indemnización de daños no suela ser la solución más adecuada.

También existe una justificación económica desfavorable a la solución resolutoria: los costes de transporte en la compraventa internacional son muy altos, por lo que debe evitarse la reexpedición que se da en los casos de sustitución o de restitución de las prestaciones generadas por la resolución, así como por la dificultad del vendedor de disponer de las mercaderías rechazadas que se encuentren en el establecimiento del comprador. Precisamente a estos criterios económicos atiende la obligación de conservación de las mercaderías recogida en los artículos 85 a 89 de la CCIM.

Esta finalidad económica se traduce en el principio de conservación del contrato que se deriva de los antecedentes más remotos de la CCIM.

A este principio se debe la propia configuración del sistema de remedios, y el concepto mismo de incumplimiento esencial, concepto clave para el ejercicio de la facultad resolutoria o para la acción de sustitución de las mercaderías. La aplicación de este principio general evita que incumplimientos menores de obligaciones principales den lugar a resoluciones innecesarias del contrato.

Este principio de *favor contractus* implica que la interpretación del concepto de incumplimiento esencial sea, en la medida de lo posible, lo más restrictiva

posible. Por esto, en caso de duda se debe entender que las condiciones de la contravención esencial no se han dado⁷¹⁹.

Aunque esta interpretación restrictiva no debe confundirse con una interpretación literalista de la norma de la CCIM que definen el incumplimiento esencial. Las palabras utilizadas en los derechos domésticos de cada una de las versiones oficiales tienen una gran carga de significación propia de cada uno de los derechos internos. En este sentido, el principio de uniformidad impone una interpretación lo suficientemente armónica por parte de los tribunales de los diversos Estados, evitando no solamente las posibles interpretaciones divergentes entre jueces de un mismo país, sino también entre jueces de distintos países. Para ello, en primer lugar se debe determinar el contenido real de cada requisito, sin tener en cuenta el posible significado del mismo en derecho interno, operación que en aras de la uniformidad interpretativa, debe realizarse de una forma amplia. En segundo lugar, aplicar este concepto al caso concreto, lo que en aras del principio de conservación del contrato, debe interpretarse restrictivamente.

Uno de los principios rectores de los antecedentes legislativos es evitar la impunidad de la parte incumplidora, de tal forma que la parte perjudicada pueda liberarse de un contrato que por cualquier motivo le sea especialmente gravoso como consecuencia de dicho incumplimiento.

Otro principio es el de evitar la especulación por la parte perjudicada. Es decir, que la continuidad o no del contrato no dependa exclusivamente de la voluntad de la parte perjudicada, que viendo la evolución de los precios resuelva el contrato para contratar de nuevo a un precio más favorable.

La resolución *ipso iure* de la LUCI obedecía a este principio. Si luego fue discutida, y finalmente rechazada, no fue porque este principio dejara de tenerse en cuenta, sino porque la solución que ofrecía generaba un alto grado de inseguridad jurídica para ambas partes.

⁷¹⁹NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. *La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*. Edité par François Dessemontet. Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne. Lausanne, 1993. p. 208.

La sencillez de la redacción. En principio se buscó una redacción sencilla y clara, dado que se pretendía que la norma tuviera fácil acceso y fuera comprensible al para el mayor número de personas.

Para conseguir una redacción clara y sencilla se buscó que fuera lo más objetiva posible:

- se unificó el concepto de incumplimiento, ya que en un principio se distinguía entre incumplimiento esencial causante de la resolución y el justificante de la no necesidad de *Nachfrist*.

- se eliminó en lo posible el test subjetivo de los proyectos de la Sociedad de Naciones. No obstante, se recuperó el test de previsibilidad, invirtiendo la carga de la prueba. La parte incumplidora podrá liberarse de las consecuencias del incumplimiento si no previó y no tenía razones para prever tal resultado, aunque deberá probarlo.

- se objetivó el test de previsibilidad del perjuicio, que no sólo es la de la parte incumplidora, sino también la de una persona razonable, entendiendo como tal una persona en la misma situación y de la misma condición que la parte incumplidora, pero sin que esta sea necesariamente un comerciante, (aunque lo normal es que esta deba tener los hábitos de los empresarios dedicados al comercio internacional). En realidad, el criterio de persona razonable no es el más adecuado como presupuesto objetivo del derecho a unilateral a resolver el contrato, puesto que cada una de las partes lo entenderán de la manera más ventajosa para sus intereses. Si los intereses de las partes divergen, la intervención judicial se hará necesaria, y es entonces cuando el criterio de persona razonable demuestra su verdadera utilidad. Con todo, el criterio de persona razonable, procedente de la *law of torts* del derecho anglosajón, introduce un elemento de culpabilidad en la causación del daño, observado desde un punto de vista objetivo, al requerir un estándar de diligencia, aunque susceptible de múltiples interpretaciones. Persona razonable lo será la que esté en la misma situación, tenga la misma profesión y no habría tenido razón alguna para prever el perjuicio.

- a pesar de diversas propuestas, no se adoptó una mayor objetivación mediante una referencia expresa a los usos de comercio, cuestión que, sin embargo sí se introdujo por vía de integración del contrato.

- no obstante la máxima objetivación del concepto se consiguió mediante la introducción del concepto de perjuicio que prive sustancialmente. Al principio fue entendido como un perjuicio importante del contenido de los derechos de la contraparte. Se trata de un criterio aplicable a supuestos y ámbitos muy diversos. El perjuicio debe considerarse en relación con el valor económico del contrato, con el perjuicio monetario del incumplimiento y con las consecuencias perjudiciales sobre otras actividades del perjudicado. El problema de considerar al perjuicio como criterio definidor del incumplimiento esencial es que lo normal es que el perjuicio se constate después de un tiempo, y que el comprador deberá esperar a que haya un perjuicio importante, para poder ejercitar su remedio, lo que es contrario a la celeridad del comercio internacional. Por otra parte la consideración de la importancia del perjuicio implica una valoración del mismo, con lo que la relación con la indemnización de daños y perjuicios es clara. En realidad no se trata de un criterio objetivo, ya que se permite al incumplidor la elusión de la responsabilidad de daños y perjuicios según criterios personales (que pueden ser la mera conveniencia de la parte perjudicada por una alteración de los precios). No se tuvo en cuenta la propuesta de suavización de la importancia del perjuicio, (exigir un perjuicio considerable en vez de sustancial).

La voluntad de objetivar absolutamente la definición de la esencialidad del incumplimiento no se pudo conseguir por dos motivos: primero, porque aunque toda definición abstracta implica un riesgo de interpretación divergente, la única solución hubiera sido un listado imposible de todos los casos que se pudieran dar; segundo, porque en determinados presupuestos de la definición fue imposible llegar a un acuerdo, como el caso de la determinación del momento en que debía apreciarse la previsibilidad y la importancia del incumplimiento, caso cuya resolución se dejó expresamente a la apreciación de los tribunales en cada caso.

Sin embargo, la necesidad de llegar a un texto conjunto que fuera aceptado por todas las familias jurídicas dio lugar a lo contrario, dejando cuestiones no

resueltas, como el momento en que se debe tener en cuenta la previsibilidad del incumplimiento, así como incrementando el número de palabras a interpretar (a mayor número de palabras, mayor riesgo de interpretación divergente o errónea), y mezclando en la definición tanto criterios objetivos, como el concepto de perjuicio o el de persona razonable, junto con criterios subjetivos, como el de considerar las expectativas del contrato y la previsibilidad de la parte incumplidora.

El elemento de interpretación subjetiva, que parece secundario en la redacción del artículo 25 , adquiere una relevancia especial visto desde el punto de vista histórico y sistemático. En el aspecto histórico, se eliminó el test hipotético, que consideraba esencial el incumplimiento si daba lugar a una pérdida de interés de la parte perjudicada en el contrato. Se buscó un elemento lo más objetivo posible con el concepto de perjuicio sustancial, pero que en definitiva lo que pretendía era objetivar la resolución contractual por presumir que el perjudicado había perdido interés en el cumplimiento del contrato como consecuencia del perjuicio generado por tal incumplimiento. De todas formas puede entenderse excesivo exigir para la resolución que el perjuicio deje al contrato sin interés para la otra parte. La redacción final incluyó elementos subjetivos, que ya habían sido incluidos en la LUCI (la referencia expresa a las expectativas de la parte lesionada reflejadas en el contrato, que pretendidamente se introdujo como un elemento de objetivación del concepto demasiado general de perjuicio, que evite su imprecisión, aunque buscando la precisión en la voluntad de las partes reflejada en el contrato; y el test de previsibilidad, matizado con la alusión a la persona razonable en las mismas condiciones y situación). Además, aunque no se incluyeron en la definición de incumplimiento esencial algunas propuestas de recoger los supuestos pactados como tales por las partes expresa o tácitamente, sí se impuso con carácter general el carácter dispositivo de la CCIM. Por ello, desde un punto de vista sistemático, esta norma se sujeta a otra de carácter subjetivo, la autonomía de la voluntad de las partes que pueden variar expresa o tácitamente el concepto, así como determinar supuestos específicos de incumplimiento esencial. Por lo tanto, para la determinación en el caso concreto del concepto de incumplimiento esencial es necesario, como paso previo, la

indagación de la voluntad real de las partes, interpretando e integrando el contrato. Y es a través de esta integración del contrato por donde el artículo 9 introduce un refuerzo de carácter objetivo: la prelación de los usos internacionales de comercio sobre el concepto de incumplimiento esencial recogido en el artículo 25 de la CCIM, y que pueden dar lugar a casos determinados no sólo de incumplimiento esencial, sino también a consecuencias más estrictas, como la resolución *ipso iure* en supuestos como el retraso en la entrega de las mercaderías si estas se negociaban en una Bolsa o mercado, regulado como supuesto específico de incumplimiento esencial hasta la LUCI. Puede surgir un problema con la introducción de elementos subjetivos, ya que introducen en la definición conceptos que pueden dar lugar a vicios del consentimiento.

Tanto en la LUCI, como en la tramitación del artículo 25 de la CCIM, se tuvo en cuenta el momento de la celebración del contrato como tiempo para la apreciación de la esencialidad del incumplimiento, a pesar de la oposición de algunos países, sobre todo de los escandinavos, que entendían que para evitar un enriquecimiento injusto de la parte incumplidora en el caso de que se hubieran modificado las circunstancias en que se concluyó el contrato, el momento de apreciación debía ser aquel en que se cometió el incumplimiento. Finalmente, el momento a tener en cuenta en la apreciación de la previsibilidad y la importancia del incumplimiento, fue el que los tribunales y árbitros determinen en cada caso, de acuerdo con las circunstancias del mismo. Esta falta de determinación no deja de ser contradictoria si se observa desde un punto de vista sistemático, ya que es el momento de conclusión del contrato el que se tiene en cuenta a la hora de calcular los daños y perjuicios indemnizables y a los supuestos de exoneración. Se argumentó que la determinación del momento como el de conclusión del contrato era necesaria, ya que era en ese momento cuando el contenido del contrato está claramente definido para las partes, cuando las partes determinan de interés mutuo lo que constituirá perjuicio importante. La indeterminación del momento permitiría que una parte perjudicada por el curso del mercado pudiera buscar razones posibles de alegación de incumplimiento esencial para resolver el contrato y eludir su cumplimiento. No obstante, se impuso la tesis de

indeterminación del momento, para evitar situaciones de desequilibrio de las prestaciones de las partes por modificación de la situación referente al perjuicio y a la previsibilidad. El problema de la indeterminación del momento puede tener consecuencias perjudiciales si una de las partes realiza maniobras unilaterales para hacer más grave el incumplimiento para poder justificar así una resolución del contrato. Pero deben ser tenidas en cuenta las circunstancias posteriores del contrato, ya que pueden modificar la significación económica del mismo.

Una de las preocupaciones que mereció una especial atención fue la carga de la prueba. El test hipotético que definía el incumplimiento esencial en sus primeras redacciones presuponía que la carga de la prueba de que el perjudicado no habría celebrado el contrato de conocer el incumplimiento correspondía a este. El problema de esta solución era la dificultad de la indagación de la voluntad real de la parte perjudicada por la parte incumplidora y, en definitiva, la dificultad de su prueba. Frente a las críticas de este sistema se planteó la eliminación de toda norma sobre la prueba, por ser de carácter procesal. Aunque la solución final fue la de que la carga de la prueba de la existencia del perjuicio fuera del perjudicado, mientras que la carga de la imprevisibilidad tanto subjetiva como objetiva de la esencialidad del mismo se invirtiera y gravara al incumplidor.

CAPÍTULO QUINTO. EL INCUMPLIMIENTO, EL PERJUICIO SUSTANCIAL Y LAS EXPECTATIVAS DEL CONTRATO

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

La definición del concepto de incumplimiento esencial recogida en el artículo 25 de la CCIM peca de abstracta. Como se aprecia en la evolución histórica del precepto, la tendencia a su objetivación nunca llegó hasta el punto de elaborar una lista, ni siquiera un *numerus apertus*, de supuestos predeterminados de incumplimiento esencial⁷²⁰.

Conforme a lo que se deduce de la evolución del concepto a lo largo de sus antecedentes y, en especial, de la Conferencia, la finalidad de la norma, o de la disposición de las partes que modifique su contenido, debe ser que la esencialidad del incumplimiento se dé cuando la parte que sufre un perjuicio como consecuencia del incumplimiento, pierda el interés en el contrato por ver gravemente defraudadas las expectativas derivadas del mismo. No obstante, se pretende que esas expectativas sean conocidas o puedan ser conocidas por la parte incumplidora de ahí la necesidad de previsibilidad del perjuicio. En definitiva, se trata de que la parte que ha sufrido un perjuicio real, no pueda alcanzar sus metas más elementales, reflejadas en el contrato, a causa del incumplimiento de una de las obligaciones del contrato, y siempre que ese incumplimiento fuera objetiva o subjetivamente previsible.

Esta interpretación del contenido del artículo 25 es, sin embargo, simple en exceso. Una interpretación correcta es más compleja, debido a que dicho artículo

⁷²⁰ Solamente el representante del Reino Unido hizo referencia expresa a la importancia del casuismo en esta materia, pero ante la imposibilidad (e inoportunidad) de que se recogieran todos los supuestos de posibles incumplimientos, apoyó la opción de la definición abstracta.

es uno de los ejemplos más claros de compromiso de los diferentes sistemas legales en alcanzar una redacción unitaria, aunque con posibles interpretaciones divergentes.

La dicción del artículo 25 es intencionadamente vaga, lo que permite a juristas de los diversos países la interpretación más acorde con la de sus respectivos sistemas legales, o con las conveniencias de sus clientes.

De hecho, se aprecia en las discusiones de la Conferencia que el rechazo del criterio subjetivo manifestado en los trabajos preparatorios, fue matizado hasta el punto de modalizar el criterio objetivo de perjuicio sustancial, añadiendo que la sustancialidad se debía valorar conforme a las expectativas contractuales, con lo que se subjetivaba su significado, dejando así irresuelto el carácter objetivo o subjetivo de la esencialidad del incumplimiento.

En cuanto a la determinación del momento de la previsibilidad, las diferencias entre sistemas legales fueron irreconciliables, con lo que ni siquiera se llegó a una redacción consensuada, dejando también un nuevo problema sin resolver.

En su redacción final, el artículo 25, establece tres presupuestos que deben cumplirse para que exista un incumplimiento esencial: en primer lugar, debe existir un incumplimiento de cualquiera de las partes del contrato; en segundo lugar, dicho incumplimiento debe causar un perjuicio que prive "sustancialmente" a la contraparte de lo que tenga derecho a esperar del contrato; y en tercer lugar, el perjuicio debe ser previsible, tanto subjetiva como objetivamente.

La doctrina se ha puesto de acuerdo en señalar que estos requisitos se agrupan en dos test necesarios para calificar el incumplimiento como esencial: el test del perjuicio a las expectativas de la parte agraviada y el de la previsibilidad del mismo por la parte incumplidora⁷²¹.

En la práctica, la existencia de un incumplimiento esencial se debe analizar para cada caso en concreto. Para ello se tienen que aplicar los anteriores tests a

⁷²¹ BABIAK, Andrew. "Defining "Fundamental breach" under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". *Temple International and Comparative Law Journal*. Vol. 6. 1992, p. 118.

la relación jurídica específica, atendiendo a la voluntad contractualmente manifestada. Esta especial atención a la voluntad de las partes es fundamental dado el carácter dispositivo de las normas de la CCIM, manifestado en su artículo 6.

La voluntad real de las partes contenida en el contrato se interpreta conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la CCIM, salvo que se haya pactado otra cosa. Las lagunas se integran mediante los usos particulares y generales, que son las normas de integración del contrato conforme al artículo 9 de la CCIM. En última instancia, en defecto de una voluntad clara de las partes, será aplicable lo dispuesto en el artículo 25 integrándolo conforme a las reglas del artículo 7.

En esta parte del trabajo se intentará averiguar si estas cuestiones son resolubles siguiendo la metodología planteada. En especial se incidirá en si la jurisprudencia y la doctrina internacionales han seguido una tendencia uniforme en su tratamiento.

En este Capítulo analizamos el concepto de incumplimiento esencial y los elementos que lo componen. Para ello interpretaremos el artículo 25 de la CCIM conforme a los criterios hermenéuticos que han sido analizados en la parte anterior de esta obra: el histórico, el gramatical, el sistemático, el teleológico, y, sobre todo, el transnacional, (ya que la abstracción de la definición de incumplimiento esencial del artículo 25 de la CCIM, hace que sea la jurisprudencia la encargada de delimitar progresivamente los contornos de esta noción)⁷²². Si de la interpretación del concepto no se puede extraer una solución adecuada para los problemas que la definición plantea en la práctica, siempre será posible acudir a la analogía y a los criterios de integración del artículo 7.2, antes tratados.

Por otra parte, el que el incumplimiento esencial tenga en cuenta los intereses de las partes y, al menos en cuanto a la parte perjudicada, lo que se pudiera esperar del contrato, implica que la calificación de un incumplimiento como

⁷²² D. H. (HASCHER) en su comentario del laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional n° 8128 de 1995, en *Journal de Droit International* 1996, p. 1024-1028, citando a J.HUET, "Vente internationale de marchandises" *J.-Cl Commercial*, Fasc. 474, 1995; y a WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, L.G.D.J., 1995, p. 94.

esencial requiere la interpretación de la voluntad de las partes manifestada en el contrato. Voluntad que además puede haber modificado o modalizado el mismo concepto de incumplimiento esencial dada la primacía que la propia Convención concede a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de configurar el contenido del contrato.

El plan de exposición seguido en este Capítulo sigue en principio los diferentes elementos que aparecen en la primera parte del artículo 25: En primer lugar se define el concepto de incumplimiento; en segundo lugar se determinan quiénes pueden cometer dicho incumplimiento y la influencia de la culpa en la responsabilidad por incumplimiento; en tercer lugar se analiza el concepto de perjuicio y sus requisitos: existencia de privación causada a la otra parte contratante, privación que debe ser sustancial, y privación que debe frustrar las expectativas legítimas de la contraparte; en cuarto lugar se destacan algunas notas sobre la interpretación del contrato, interpretación imprescindible para la determinación de las expectativas de las partes; y finalmente profundizamos en el preponderante papel que juega la autonomía de la voluntad en la definición de incumplimiento esencial.

2. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El primer presupuesto de la existencia de un incumplimiento esencial es la existencia de un incumplimiento. Ya hemos justificado que el concepto de incumplimiento debe interpretarse autónomamente, sin tener en consideración su significación en derecho interno no uniforme.

2.1. NOTAS DE DERECHO COMPARADO

Esta cautela debe observarse especialmente respecto al derecho anglosajón, dado que ha sido el inspirador originario del concepto, aunque su

contenido uniforme se ha diferenciado notablemente del mismo. En realidad en derecho anglosajón se distingue entre “*breach of contract*” y “*failure of performance*”. “*Breach of contract*” consiste en el verdadero incumplimiento del contrato y puede ser anticipado, tardío (si el plazo es esencial), cumplimiento defectuoso (con vicios ocultos), o falta de cumplimiento sin “*legal excuse*”⁷²³. “*Failure of performance*” es también un incumplimiento pero se diferencia en que es excusable por estar amparado por una “*legal excuse*”. Son “*legal excuses*” la “*frustration*” (concepto análogo al de fuerza mayor), la inclusión de una cláusula contractual explícita o implícita que excuse del cumplimiento, o la existencia de un “*statute law*” que exonere del mismo. Como se verá, la existencia de una “*legal excuse*” no impide la resolución del contrato si existe “*a substantial failure of performance*”⁷²⁴.

En derecho español no se puede hablar de la existencia de un concepto de incumplimiento esencial resolutorio con carácter general, sino que según la obligación incumplida sea la de entrega, la de evicción o la de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos, las acciones a ejercitar serán distintas. El artículo 1124 del Código Civil sí que se establece una facultad resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas, para el caso de que uno de los obligados incumpliese lo que le incumbe, lo que permite a la parte perjudicada escoger entre el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato. Este artículo es bastante similar al sistema regulado en la CCIM en el sentido de que es aplicable independientemente de la obligación incumplida, no obstante, existen notables

⁷²³La definición del Black’s Law Dictionary es: “ *Failure, without legal excuse, to perform any promise which forms the whole or part of a contract. Prevention or hindrance by party to contract of any occurrence or performance requisite under the contract for the creation or continuance of a right in favor of the other party or the discharge of a duty by him. Unequivocal, distinct and absolute refusal to perform agreement*”. BLACK’S LAW DICTIONARY, Fifth Edition, St. Paul, Minnesota, 1982, p. 171.

⁷²⁴ CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia. 1992, p. 89-91.

diferencias, como la posibilidad de intervención de los tribunales para moderar las consecuencias de la resolución, o la necesidad de una declaración judicial resolutoria, o la protección consagrada a los terceros de buena fe recogida en el último párrafo del artículo, así como la exigencia jurisprudencial de una voluntad deliberadamente rebelde y obstativa del cumplimiento imputable al deudor. Por otro lado, la interpretación jurisprudencial del artículo sí introduce un elemento aproximado a los criterios resolutorios de la CCIM, como es el necesario examen de la importancia del incumplimiento en la economía del contrato que justifique la resolución, es decir, el carácter “esencial” del mismo⁷²⁵.

2.2. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

Para averiguar el verdadero sentido de “incumplimiento del contrato”, la interpretación gramatical nos obliga a contrastar varias versiones oficiales de la Convención. La versión inglesa habla de “*breach of contract*” y la francesa habla de “*contavention au contrat*”.

Otras versiones oficiales han sido criticadas a la hora de calificar el incumplimiento: el término ruso para incumplimiento es erróneo, y lo mismo en la versión china⁷²⁶.

Es imposible deducir cuál es el concepto concreto de incumplimiento acudiendo solamente a la interpretación literal del precepto. Ya hemos visto que el concepto del *Common Law* y el del Derecho español son diferentes, y una

⁷²⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1970, de 3 de septiembre de 1992 y de 18 de noviembre de 1993, entre otras. En cuanto a la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, también se exige en el artículo 1504, al regular la resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles en el supuesto de falta de pago de todo o parte del precio. Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1990, de 3 de enero de 1991, de 11 de marzo de 1991 y de 2 de abril de 1993.

⁷²⁶ Sesión 18 del Grupo de Trabajo de la Conferencia.

interpretación autónoma de la CCIM nos obliga a rechazar ambas interpretaciones *a priori*.

Acudiendo a los trabajos preparatorios y a las discusiones de la Conferencia, únicamente podemos confirmar la afirmación anterior, ya que si bien la inspiración conceptual procede del derecho estadounidense, no se identifica con el mismo.

Acudiendo a una interpretación sistemática, se puede afirmar que tanto del sistema de acciones y facultades concedidas a la parte acreedora en virtud del incumplimiento, reflejadas en los artículos 45 y 61, como de los artículos 49 y 64 al hablar respectivamente de la resolución del contrato basada en el incumplimiento esencial del vendedor o del comprador, como del artículo 79, respecto de la exención de responsabilidad, se deduce que es incumplimiento cualquier forma de prestación defectuosa tanto como la falta absoluta de prestación, dado que en todos estos artículos se habla de incumplimiento de “cualquiera de las obligaciones”.

Podemos concluir por lo tanto que se entiende el incumplimiento del contrato como el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales por una de las partes, es decir, la adopción de un comportamiento perturbador de la ejecución del contrato.

Conviene hacer una salvedad, no existe incumplimiento si la falta de prestación se ampara en una motivo justificado en la propia CCIM, como por ejemplo la suspensión del cumplimiento por motivos económicos establecida en el artículo 71 y que analizaremos más adelante.

2.3. INCUMPLIMIENTO DE CUALQUIERA DE LAS OBLIGACIONES

Para que exista incumplimiento del contrato no es necesario un incumplimiento de todas las obligaciones contractuales. El incumplimiento del contrato presupone el incumplimiento de alguna de las obligaciones que forman parte del mismo.

Desde el punto de vista sistemático, los artículos de la CCIM antes mencionados, se refieren al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que les incumban. Desde el punto de vista gramatical parece clara esta interpretación si tenemos en cuenta las versiones inglesa (*any of his obligations*), la francesa (*l'une quelconque des obligations*), aunque en alguna versión como la alemana no aparezca tan claro⁷²⁷.

Se entienden como obligaciones contractuales aquellas expresamente recogidas en las cláusulas contractuales, las no contenidas en el contrato pero que se integran en el mismo a través de los usos, (siguiendo una interpretación sistemática del artículo 25, conforme al artículo 8)⁷²⁸, así como las reguladas en la CCIM, que se aplican con carácter supletorio, dado su carácter dispositivo conforme al artículo 6.

23.1. OBLIGACIONES DE LA CCIM

Es irreprochable la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 25 para calificar como esenciales incumplimientos de obligaciones expresamente referidas en la CCIM: tanto la entrega conforme, transmisión de la propiedad, o la

⁷²⁷En la versión alemana se utiliza la versión *einer Pflicht* (una obligación) en lugar de *irgendeiner Pflicht* (cualquier obligación). No obstante, esta diferente dicción no ha generado divergencias en la consideración del incumplimiento del contrato como incumplimiento de cualquiera de las obligaciones, un ejemplo lo encontramos en la sentencia del OLG de Frankfurt n.º 5 U 164/90 de 17 de septiembre de 1991, comentada en BEHR, Volker. "Commentary to *Journal of Law & Commerce* Case I: Oberlandesgericht, Frankfurt am Main", en *International Quarterly*, 6, n.º 1, p. 26-31.

⁷²⁸ Salvo en contadas sentencias que hacen referencia expresa a los usos de comercio internacional y que veremos más adelante, la jurisprudencia suele referir el incumplimiento esencial como el que se da por incumplimiento de una obligación en vigor en virtud del contrato o de la CCIM. Ejemplo, sentencia del Handelsgericht des Kantons Aargau, n.º OR.96.00013, de 26 de septiembre de 1997, *SZIER*, 1998, p. 78.

entrega de documentos, recogidas en el artículo 30 y siguientes, como el pago, o la recepción de la mercadería, del artículo 53.

23.2. OBLIGACIONES PACTADAS

Sin embargo la aplicación del artículo 25 para calificar como esenciales incumplimientos de obligaciones especialmente redactadas para una determinada compraventa, (eventuales pactos de exclusiva, deber de secreto de instrucciones de fabricación, etc.), estará sujeta a que estas últimas estén dentro del ámbito de la CCIM o se ligen inseparablemente a obligaciones que se encuentren en dicho ámbito, excluyéndose siempre los supuestos del artículo 4, que se regularán por las normas de derecho internacional privado.

El problema es que no está claro el ámbito de aplicación de la CCIM, aunque ya hemos visto que la doctrina y la jurisprudencia ha conseguido criterios uniformes de exclusión o de inclusión para casos concretos.

La importancia de las obligaciones contenidas en las cláusulas específicas ponderándola dentro del intercambio de prestaciones contractuales será determinante en los contratos mixtos para considerar aplicable la CCIM, de acuerdo con el artículo 3. Ya hemos visto que en este campo es especialmente importante la valoración objetiva o subjetiva de la importancia de las obligaciones para calificar a un contrato como de compraventa o como arrendamiento de servicios, no existiendo una jurisprudencia unívoca, aunque la mayoritaria se incline por la valoración objetiva. En todo caso, en los contratos mixtos, se hace necesario valorar las obligaciones y solamente una vez valoradas, evaluar la importancia de su incumplimiento.

23.3. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Muchas veces la importancia del incumplimiento tendrá una relación directa con la importancia de la obligación incumplida. Esta consideración nos llevaría a la distinción entre obligaciones principales y accesorias, que precisamente se pretende eludir en la definición del artículo 25. No obstante, tal elusión no puede evitar que lo normal sea que el incumplimiento de una obligación principal suele dar lugar a un incumplimiento esencial, y no así el incumplimiento de una obligación accesoria. Aunque puede acontecer que el incumplimiento leve de una obligación principal no se considere esencial, y el incumplimiento grave de una obligación accesoria sea considerado como esencial.

Un ejemplo de supuesto en el que el incumplimiento de una obligación accesoria se calificó como incumplimiento esencial y supuso la resolución del contrato es el caso de los “zapatos Malboro”, resuelto por la sentencia del OLG de Frankfurt n ° 5 U 164/90 de 17 de septiembre de 1991⁷²⁹. El supuesto de hecho consistía en que un vendedor alemán había encargado a un fabricante italiano la producción de zapatos con un diseño y una marca aportados por la empresa alemana, que era a su vez compradora de esa producción. La empresa italiana expuso los zapatos fabricados en una feria y se opuso a retirarlos a pesar del requerimiento que al efecto le hizo la empresa alemana, compradora, puesto que aunque no hubo mención expresa de la condición de no exhibirlos, durante el curso de las negociaciones quedó claro que los zapatos que tuvieran la marca “Malboro” solamente podían ser vendidos o utilizados con cualquier otro fin únicamente con el permiso del titular de la marca, que era el comprador. El tribunal de segunda instancia alemán entendió que si bien la prohibición de exhibición de los zapatos no era una obligación que constara expresamente en el contrato escrito, se trataba de una obligación derivada del mismo, y que aunque no era una obligación principal del contrato, sino una obligación secundaria, no obstante su incumplimiento podía calificarse de incumplimiento esencial, tanto más cuanto no se aclaró si el

⁷²⁹ OLG de Frankfurt n ° 5 U 164/90 de 17 de septiembre de 1991, en *NJW*, 1992, p. 633-635.

vendedor-expositor marcó las piezas de exhibición de forma claramente reconocible que esos productos no estaban a la venta⁷³⁰.

No obstante, en la sentencia del Landgericht Frankfurt n ° 3/11 O 3/91, de 16 septiembre de 1991⁷³¹, caso "Exclusiva su B", el incumplimiento de una obligación accesoria aunque de aparente importancia para las partes, una cláusula de distribución exclusiva en un determinado territorio, no se consideró suficiente para resolver el contrato de compraventa. El problema consistió en que el vendedor italiano había entregado zapatos a otro comerciante alemán con establecimiento fuera de la zona de exclusiva y este, a sabiendas del contrato de exclusiva con el primer comerciante, también alemán, vendió los zapatos dentro de la zona de exclusiva de este. El primer comerciante, ante el incumplimiento de la obligación de exclusiva declaró el contrato resuelto en virtud de un incumplimiento esencial. El LG Frankfurt entendió que no podían imputársele al vendedor las acciones y conocimientos de sus compradores, por lo que entendió que ni siquiera se había violado el contrato por su parte⁷³².

⁷³⁰ La sentencia de primera instancia del Landgericht Frankfurt, n ° 3/13 O 125/89, de 2 de mayo de 1990, había declarado nula la resolución y obligado al comprador al pago del precio, al considerar que no había quedado suficientemente demostrado que la pretendida exclusividad en la que se basaba la prohibición de exhibición fuera parte del contrato.

⁷³¹ Landgericht Frankfurt n ° 3/11 O 3/91, de 16 septiembre de 1991, *RIW* 1991, p. 952-954.

⁷³² Se trata de una solución criticable, ya que, como se comenta más adelante, la intención de las partes en el incumplimiento no debe tener relevancia en la calificación de este como esencial. Por otra parte, el vendedor que pactó la cláusula de exclusiva tenía la obligación de controlar en la medida de lo posible su red de distribución de tal manera que se evitara esta situación. Para ello debería haber impuesto en los contratos con sus compradores posteriores la obligación de no vender en el área reservada. En este sentido KAROLLUS va más allá señalando que el vendedor es responsable también en el caso de que concluya contratos con otros compradores que previsiblemente vendan el producto en el área de exclusiva. "The result is not different if the commercial agent alone can foresee the interference, since a seller who engages commercial agents is liable for their actions under CISG Article 79 (2) to the extent they concern his obligations. KAROLLUS, Martin. "Judicial Interpretation and Application of The CISG in Germany 1988-1994", en *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1995, p. 51-94.

En la sentencia del Handelsgericht des Kantons Aargau, de 26 de septiembre de 1997⁷³³, se analizó si el incumplimiento de una obligación de exclusiva se podía calificar como incumplimiento esencial o bien como incumplimiento de una obligación accesoria no esencial. En este supuesto se entendió que no existía tal incumplimiento esencial porque el vendedor no había probado que había dejado claro en el contrato que la cláusula de exclusividad era una parte esencial del contrato.

2.4. CLASES DE INCUMPLIMIENTO

Podemos distinguir entre el incumplimiento esencial y el incumplimiento parcial, así como diferenciarlos del incumplimiento previsible y el anticipado, los cuales serán objeto de estudio en capítulos posteriores. En este capítulo y el siguiente se analizará el incumplimiento esencial tal y como se define en el artículo 25 de la CCIM, que atiende especialmente a la gravedad del daño que dicho incumplimiento produzca a la otra parte, para diferenciar entre incumplimiento esencial y no esencial⁷³⁴.

La distinción entre incumplimiento esencial y no esencial es de cardinal importancia para el sistema de remedios, ya que puede determinar la vida o muerte del contrato⁷³⁵. De ahí que la historia legislativa del concepto haya sido

⁷³³ Handelsgericht des Kantons Aargau, n ° OR.96.00013, de 26 de septiembre de 1997, caso "juegos de cuchillería", en *SZIER*, 1998, p. 78. En esta sentencia, entre otros temas de interés, destaca la interpretación de los tribunales suizos en materia de carga de la prueba de incumplimiento esencial. Se establece que los presupuestos de hecho como el incumplimiento, la desventaja, el perjuicio esencial de los intereses, deben ser alegados y probados por el acreedor.

⁷³⁴ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 258.

⁷³⁵ WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention. Milano, 1987*, p. 205.

una permanente batalla por precisarlo. La definición, tal como está, es fruto de innumerables propuestas y constantes proyectos.

24.1. NOTAS DE DERECHO COMPARADO

Si analizamos el concepto de incumplimiento esencial en diversos ordenamientos jurídicos internos podemos observar la ausencia de conceptos similares en muchos de ellos.

"Les défauts graves" a las que se refiere el artículo 1641 del *Code Civil* francés o una disminución del valor de la mercancía "dans une notable mesure" en el sentido del artículo 197.1 del *Code des Obligations* suizo no responden al concepto de incumplimiento esencial.

En derecho español se habla de incumplimiento resolutorio. Pero no se parte tanto de la gravedad del incumplimiento como de la importancia de la obligación incumplida, es decir, atender a si esta es una obligación principal o accesoria⁷³⁶. Así, para que un incumplimiento sea resolutorio es necesario en primer lugar que suponga el incumplimiento de una obligación principal y no accesoria, y en segundo lugar, dicho incumplimiento de la obligación principal debe ser grave. El desarrollo de estos principios se ha realizado jurisprudencialmente. Para determinar si una obligación es principal o accesoria, se atiende a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones recíprocas, de tal forma que una obligación será accesoria si no existe una obligación recíproca que corresponda cumplir a la contraparte⁷³⁷. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en

⁷³⁶ DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Vol. I. Madrid, p. 861.

⁷³⁷ CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución ...* p. 127-128.

sentencias de 5 de enero de 1935⁷³⁸ y de 19 de mayo de 1989⁷³⁹. En segundo lugar es necesario que el incumplimiento de una obligación principal sea de suficiente entidad como para frustrar el fin práctico del negocio, es decir, que sea de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, cuestión que se considera desde un punto de vista objetivo, o sea, considerando la importancia económica del incumplimiento, sin tener en cuenta la importancia del incumplimiento para el acreedor. La jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto es abundantísima: sentencias de 9 de diciembre de 1966⁷⁴⁰, de 24 de mayo de 1977⁷⁴¹, de 19 de abril de 1989, etc. No obstante, a la hora de calificar una prestación como principal o accesoria, el Tribunal Supremo no ha empleado un criterio apriorístico de entender como principales las obligaciones esenciales para la consecución del resultado típico del contrato, sino que en muchas ocasiones el criterio empleado es el de considerar las gravedad de las consecuencias del incumplimiento⁷⁴², así las sentencias de 4 de octubre de 1983⁷⁴³ y de 17 de marzo de 1987⁷⁴⁴. Un ejemplo claro de esta tendencia jurisprudencial es la doctrina del “aliud pro alio”⁷⁴⁵. Se observa, en definitiva, que la

⁷³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1935, *Repertorio Aranzadi* 198\1935.

⁷³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989. *Repertorio Aranzadi* 3680\1989.

⁷⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1966. *Repertorio Aranzadi* 5707\1966.

⁷⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1977. *Repertorio Aranzadi* 2138\1977.

⁷⁴² CLEMENTE MEORO, Mario. La resolución de los contratos por incumplimiento. Valencia, 1992, p. 129-131.

⁷⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1983. *Repertorio Aranzadi* 5227\1983.

⁷⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1987. *Repertorio Aranzadi* 1512\1987.

⁷⁴⁵ Esta doctrina, desarrollada por el Tribunal Supremo fundamentalmente con la intención de eludir el rigor de la brevedad de los plazos de denuncia de los vicios y defectos, en casos especialmente

práctica jurisprudencial en materia de incumplimiento resolutorio derivado del artículo 1124 del Código Civil, se aproxima a la regulada en la CCIM.

La distinción que establece el derecho continental entre obligaciones principales y accesorias es similar a la distinción tradicional⁷⁴⁶ del derecho anglosajón entre *conditions* y *warranties*. En derecho anglosajón el incumplimiento de las *conditions* o *essential terms* lleva aparejado la facultad de

graves, trataría de hacer ver que, en casos de vicios o defectos graves, es decir, ante un incumplimiento grave de una de las obligaciones del vendedor, no nos hallamos ante simples vicios o defectos (que den lugar al ejercicio de las acciones redhibitoria o «*quanti minoris*», siempre que se denuncien dentro de plazo), sino que estaríamos, sencillamente, ante la entrega de cosa distinta, ante una prestación diversa de la pactada, por lo que el régimen para tratar ese incumplimiento contractual es el común de los arts. 1101 y ss., y art. 1124 Código Civil con la consecuencia que ello tiene sobre el plazo de prescripción de la acción (que pasaría a ser de quince años) e innecesariedad de denunciar los vicios o defectos ocultos. Entre otras muchas sentencias de nuestro más alto Tribunal, pueden consultarse las de fecha 22 de julio de 1998 (RJ 1998\6391) (aunque para un caso de permuta); 23 de enero de 1998 (RJ 1998\124); 1 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8693); 4 de julio de 1997 (RJ 1997\5842); 17 de mayo de 1995 (RJ 1995\3925); 14 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8485); 7 de mayo de 1993 (RJ 1993\3466); 6 de abril de 1989 (RJ 1989\2994). De la misma forma que la distinción entre incumplimiento esencial y no esencial en la CCIM, la distinción entre un supuesto de vicios ocultos y uno de verdadero «*aliud pro alio*» presenta dificultades, por lo que en ambos casos habrá de estarse al caso concreto, sin que una interpretación tan laxa de la segunda llegue a desvirtuar y dejar sin efecto alguno el régimen previsto en el Código para el saneamiento por vicios. Como señala la STS 1 de diciembre de 1997 en un supuesto de compraventa civil, «se estará en la hipótesis de entrega de una cosa por otra, “*aliud pro alio*”, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y concurrido absoluta insatisfacción a la parte compradora», criterios similares a los establecidos en el artículo 35 de la CCIM en materia de cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor.

⁷⁴⁶ Tal distinción encuentra su origen en la sentencia *Boone v. Eyre*, en la que el juez Lord Mansfield entendió que la venta de una plantación con sus esclavos no podía resolverse por el hecho de que algunos de los esclavos no fueran de propiedad del transmitente, ya que este estaba suficientemente resarcido por el incumplimiento mediante una indemnización de daños y perjuicios. CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia, 1992, p. 104.

resolución, mientras que el incumplimiento de las *warranties*, la de reclamar daños. La determinación de qué cláusula incorpora una *condition* y cuál una *warranty* depende de la voluntad manifestada implícita o explícitamente por las partes. No obstante, esta distinción daba lugar a situaciones injustas de imposibilidad de resolución por incumplimiento de obligaciones que, sin ser *conditions*, suponían incumplimientos suficientemente graves, por lo que la jurisprudencia anglosajona generó el término de *intermediate terms*, concepto no admitido unánimemente por la doctrina anglosajona, que podían también dar lugar a la resolución del contrato si eran suficientemente serias sus consecuencias, mientras que en el resto de los casos daban lugar a indemnización de daños y perjuicios. Finalmente, a partir de la sentencia *Honk Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*⁷⁴⁷ el criterio de la naturaleza de la obligación se tornó criterio de la gravedad del incumplimiento. Por ello los tribunales tienen en cuenta la gravedad del incumplimiento, si este afecta a la raíz del contrato⁷⁴⁸, "fundamental breach that goes to the root of the contract", frustrando el propósito comercial de la empresa o privando sustancialmente al acreedor del beneficio que las partes pretendían que obtuviera⁷⁴⁹. Desde entonces *condition* pasa a ser definida a partir de sus consecuencias. Es *condition* el pacto cuyo incumplimiento

⁷⁴⁷ Sentencia *Honk Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* (1962) 2 Queen's Bench 26(3). En ella el juez Lord Diplock estableció que el efecto que causa el incumplimiento de una obligación, en este caso contenida en un contrato de fletamiento, es el elemento fundamental para calificarla como *condition* o como *warranty*, clasificación que no se puede considerar a priori, salvo que las partes así lo acuerden expresamente. Este criterio fue el seguido para supuestos de compraventa de mercancías a partir del caso *Cehave N. V. v. Bremer Handelsgesellschaft mbH, The Hansa Nord* (1976) Queen's Bench 26, 64. CLEMENTE MEORO, Mario. La resolución ... p. 110.

⁷⁴⁸ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. ... 1993. p. 209.

⁷⁴⁹ CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "artículo 25" en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario* ... p.212. También AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention de Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1990, p. 119.

produce serias consecuencias para el acreedor, sólo entonces se podrá resolver. Los *essential* o *fundamental terms* son las cláusulas contractuales que afectan a la raíz del contrato, y su incumplimiento se considera *fundamental breach of contract* o *substantial failure of performance*. El *fundamental breach* se caracteriza por la gravedad de la infracción, que afectan a la base del contrato, y por las consecuencias que se derivan de la misma, que justifican la resolución del contrato⁷⁵⁰. En otras palabras, debe violarse una obligación principal, de tal forma que el objetivo económico del contrato no pueda alcanzarse y que uno o varios elementos que hayan ejercido una influencia determinante sobre la voluntad de concluir la venta hayan desaparecido, por lo que a parte lesionada ya no tenga interés en la ejecución, puesto que el incumplimiento "*substantially impairs the value of the contract*"(2-606 UCC). En Inglaterra se usaba el concepto de *fundamental breach* para la determinación de la supervivencia de las *disclaimer clauses* a un determinado incumplimiento del contrato. Paradójicamente tal doctrina desapareció cuando a principios de los años 80 la Cámara de los Lores no se puso de acuerdo precisamente en la definición de lo que era *fundamental breach*⁷⁵¹.

24.2. FUNDAMENTAL BREACH EN LA CCIM

El sistema recogido por la CCIM, aunque se inspiró en un principio en la doctrina inglesa del "*fundamental breach*", no tiene el mismo significado. No se debe acudir al antecedente anglosajón para la interpretar la definición de

⁷⁵⁰CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "artículo 25" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario ...p. 213.

⁷⁵¹WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ...p.209. La ley de Israel ha sido recientemente derogada al haber sido incorporada como ley interna la CCIM, que sin embargo no ha sido ratificada. La Ley checoeslovaca ha sido asimismo derogada por la CCIM.

incumplimiento esencial de la CCIM, sino al concepto de incumplimiento esencial recogido en el proyecto de LUCI de 1956. Por otra parte el concepto de la LUCI, acogido parcialmente en la CCIM ha participado en la modelación del concepto de incumplimiento esencial en países alejados del sistema anglosajón en los que carecía de precedentes como el artículo 236 del Código de Comercio Internacional de Checoslovaquia de 1963 y la Sección 6 de la Ley de Contratos de Israel de 1970⁷⁵².

Lo trascendente del concepto es el no incidir en la importancia de la obligación incumplida, sino en la importancia del incumplimiento en tanto que afecte al buen fin del contrato. No es determinante el tipo de incumplimiento, sino las consecuencias del mismo para la parte lesionada.

La estructura de la CCIM, es consecuente con esta idea ya que en ningún momento liga el sistema de remedios a la causa del incumplimiento (mora, vicios de la cosa, ...), sino a la gravedad del mismo, bien por su esencialidad, bien por la reiterada negativa al cumplimiento después de haberle sido otorgado un plazo suplementario.

La calificación de todo incumplimiento contractual dentro del ámbito de aplicación de la CCIM se regirá fundamentalmente conforme a la definición del artículo 25. El incumplimiento del que se habla en el artículo 25 es un incumplimiento de especial gravedad, que no tiene que ver con la validez de las cláusulas contractuales libremente pactadas. El incumplimiento debe afectar al contenido esencial del contrato, ya sea la mercadería, ya sea el pago del precio, de tal forma que entrañe un atentado grave al objetivo económico perseguido por las partes.

Actualmente es un concepto que a través de las versiones oficiales de la CCIM existe oficialmente en español, chino, árabe y ruso, además de en otras diversas lenguas de los países que son parte de la CCIM. La interpretación autónoma e internacional de la CCIM que pretende el artículo 7 hace que el

⁷⁵²WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p. 210.

concepto tenga un contenido propio, que es el que este trabajo pretende delimitar en lo posible⁷⁵³.

En definitiva, incumplimiento esencial se trata de un concepto reciente, fruto de un compromiso internacional y abierto a la interpretación, en especial de los tribunales, que son los que deben especificar su contenido, partiendo de los tests recogidos en la definición de la CCIM: que exista detrimento sustancial, y que sea previsible.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INCUMPLIMIENTO

3.1. POR UNA DE LAS PARTES

Es indiferente que la parte que incumpla sea el comprador o el vendedor para que el incumplimiento sea calificado de sustancial los requisitos del test de esencialidad son los mismos e independientes de que la obligación de que se trate sea considerada como esencial o no.

Este planteamiento es compatible con la estructura de remedios de la CCIM, en el que en general no se distingue si la parte incumplidora es compradora o vendedora, aplicándose a ambas las mismas reglas.

El mayor número de supuestos que llegan a los tribunales son incumplimientos del vendedor, como entregas tardías, entregas defectuosas o faltas de entrega, sin embargo también se dan supuestos de incumplimiento por parte del comprador, bien de su obligación de pago dentro de plazo, bien de instrumentar el pago con ciertas garantías complementarias.

La Cámara de Comercio Internacional, el laudo n ° 7585, de 1992⁷⁵⁴, entendió que la falta de comunicación de las cartas de crédito en la fecha pactada era un supuesto de incumplimiento

⁷⁵³MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG)" ... p. 216.

⁷⁵⁴ Cámara de Comercio Internacional, laudo n ° 7585, de 1992. *ICC - Bulletin* n ° 2, 1995, p. 60-64.

esencial de la obligación de pago por parte del comprador finlandés. Aclaró que el retraso en esa comunicación no hubiese supuesto un incumplimiento esencial, pero en este caso el vendedor italiano, a pesar de conocer la falta de recursos financieros del comprador manifestada en que este buscó financiación en una sociedad de préstamo financiero italiana, esperó varios meses antes de resolver el contrato, sin que se cumpliera la obligación de pago, y que ese tiempo podía entenderse además como el plazo suplementario al que también se refiere el artículo 64 de la CCIM, con lo que la resolución del contrato quedaba suficientemente justificada.

Respecto a este último supuesto, la jurisprudencia no es unánime.

Así, el caso del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, en su laudo arbitral n° 200 / 1994, de 25 de abril de 1995⁷⁵⁵. Se trataba de una compra de productos de confitería de chocolate, realizada entre una empresa suiza y una compradora de Rusia, en la que se condicionó la entrega de la mercadería a la comunicación de una garantía bancaria del pago del precio. A pesar de la falta de comunicación de la garantía bancaria, la vendedora realizó la entrega que fue recibida por la compradora. Debido a un cambio de la situación económica del país, los que le habían encargado las mercaderías al comprador se negaron a aceptarlas, y este no pagó a la compañía suiza alegando que la entrega se había producido antes de la comunicación de la garantía bancaria, lo que suponía un incumplimiento esencial. Para el Tribunal tal supuesto no supuso un incumplimiento esencial, tanto más cuando había recibido las mercaderías, por lo que no concedió la resolución del contrato, aunque dejó abierta la posibilidad de reclamar por daños y perjuicios.

Una situación litigiosa bastante frecuente es el incumplimiento de la obligación de pago por parte del comprador, creyéndose este amparado en una resolución del contrato que fundamentó en un pretendido incumplimiento esencial de la obligación de entrega del vendedor, que sin embargo no es considerado como tal por los tribunales al haber sido realizada la denuncia de los defectos de las mercaderías fuera de un plazo razonable.

Son numerosísimos estos supuestos, a los que ya nos hemos referido al explicar uno de los ejemplos de unificación de criterios jurisprudenciales, en este caso, el de tomar como referencia de plazo razonable para la denuncia de los defectos de las mercaderías entregadas, conforme a los artículos 38 y 39 de la CCIM, el plazo de un mes a contar desde el día en que debieron examinarse las mercaderías. Por citar otra, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, n°

⁷⁵⁵ Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo arbitral n° 200 / 1994, de 25 de abril de 1995, en *CLOUT* N° 141 y en *Dir. Com. Int.* 1997, p. 735-736, n° 148.

310/2000, de 16 de junio⁷⁵⁶, en la que se rechazó la pretensión del comprador español que reclamaba la resolución del contrato de compraventa de una máquina pulidora de azulejos, con la consiguiente exoneración del pago de la misma al vendedor italiano, dados los graves defectos observados en la misma. El rechazo se justificó no en virtud del plazo de 30 días del artículo 342 del Código de Comercio, sino en virtud del transcurso del plazo razonable del artículo 39, plazo que califica de “fórmula más laxa”.

En la sentencia de la Audiencia de Navarra, n ° 63/2000, de 27 de marzo⁷⁵⁷, no se atendió la demanda reconvenzional de una empresa española que pretendía el cobro de los costes de reparación de 184 calentadores-enfriadores de agua averiados vendidos por una empresa norteamericana, dado que la compradora había notificado los defectos una vez reparados y transcurridos más de seis meses.

3.2. POR UN TERCERO

Los supuestos en que el incumplimiento se derive del acto de un tercero no se entienden incluidos en el artículo 25. Se tratarían de casos de responsabilidad extracontractual excluidos por el artículo 4 de la CCIM.

No obstante se deben incluir los supuestos de incumplimiento por un tercero subcontratista de una de las partes, en situación análoga a la del artículo 79.2.

Un caso que resulta conflictivo es el de la inclusión en los contratos de compraventa de maquinaria, la cláusula de garantía del fabricante. La Cour d'appel de Grenoble 15 de mayo de 1996⁷⁵⁸, consideró que, al incluirse una garantía en el contrato de compraventa de un remolque frigorífico con defectos que causaron que las mercancías transportadas por la compradora se perdieran, tanto la empresa francesa vendedora del mismo, como la norteamericana fabricante que lo vendió a esta, eran responsables frente a aquella. No obstante, la Cour de Cassation, en sentencia de 5 de enero de 1999⁷⁵⁹, casó y anuló la sentencia de apelación, puesto que la

⁷⁵⁶ Audiencia Provincial de Castellón, n ° 310/2000, de 16 de junio, *Aranzadi Civil*, n ° 2000\1348.

⁷⁵⁷ Audiencia de Navarra, n ° 63/2000, de 27 de marzo, *Aranzadi Civil*, n ° 2000 \1123.

⁷⁵⁸ Cour d'appel de Grenoble 15 de mayo de 1996. <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/150596v.htm>

⁷⁵⁹ Cour de Cassation, 5 de enero de 1999,

sociedad norteamericana no había sido parte en el contrato de compraventa en la que la demandante fue compradora, teniendo esta acción contra su vendedora, y nunca una acción directa contra la empresa norteamericana, al menos en aplicación de la CCIM.

3.3. LA CULPA

En principio, se considera que existe un incumplimiento esencial cuando el deudor viola un contrato, bien no ejecutando un acto al que está obligado, bien no cumpliendo un resultado al que se ha comprometido, o bien cometiendo un acto o contribuyendo a un resultado que se ha comprometido a evitar u omitir. Todo ello sin especial consideración a la culpa⁷⁶⁰. En este aspecto, la CCIM sigue un criterio semejante al de los países del *Common Law*, en los que el deudor es responsable por el incumplimiento, sin importar que el incumplimiento haya sido deliberado⁷⁶¹ y se distancia del *Civil Law*, en los que la voluntad de no cumplir es relevante⁷⁶².

<http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/050199v.htm>

⁷⁶⁰NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p.208. BLACK'S LAW DICTIONARY, Fifth Edition, St. Paul, Minnesota, 1982, p. 208.

⁷⁶¹ No obstante, un incumplimiento deliberado puede legitimar la resolución del contrato si de ello se deduce que el deudor no tiene intención de continuar obligado por el contrato, lo que equivale a una *repudiation of the contract* (caso *Freeth v. Burr* (1874)), o a una oferta de resolución del deudor que el acreedor puede aceptar o no, (caso *Bradley v. Newsom, Sons & Co.* (1919)), no exigiendo el derecho inglés en ninguno de estos casos la existencia de un *substantial failure in performance*. CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución...* p. 145-146.

⁷⁶² En derecho español, por ejemplo, la jurisprudencia exige que el deudor, además de incumplir el contrato de manera grave u objetivamente importante, tenga una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para que se pueda resolver el contrato en virtud del artículo 1124 del Código Civil. Esta voluntad puede manifestarse de forma expresa, de palabra o de obra, o puede darse por una conducta culpable del deudor que de modo definitivo, absoluto o irreformable impide el cumplimiento. CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución ...* p. 147. Sentencias del Tribunal Supremo se han pronunciado sobre la materia: la de 6 de noviembre de 1987 exige que la voluntad rebelde al cumplimiento debe ser indubitada, puesto que genera una posible resolución y, por lo

Lo que se ha tomado en cuenta no es la gravedad de la culpa sino el resultado del incumplimiento. Una constante de la CCIM es la objetivación de las relaciones entre comprador y vendedor. No se busca la culpa sino el incumplimiento, que se juzga por sus consecuencias.

La falta de capacidad o la falta de voluntad de cumplimiento por una de las partes o por ambas, no es causa de resolución del contrato en sí misma, sino en la medida en que supone un incumplimiento esencial de las obligaciones de cada parte, desde en momento en que impide la finalidad última del contrato de compraventa: el intercambio de bienes por dinero.

La introducción de la consideración a las expectativas del contrato y del test de previsibilidad hace que lo que era una responsabilidad objetiva se tenga que matizar. El que incumple deja de ser responsable si no previó, y además ninguna persona razonable podría haber previsto, los resultados que se produjeron⁷⁶³. Este test de previsibilidad se anuda con la aseveración de culpa del que incumple, por lo que se puede hablar de una responsabilidad objetiva atenuada.

Esto se confirma mediante una interpretación sistemática de la norma. El artículo 25 está directamente relacionado con los artículos 36, 46, 49, y 64, para afirmar que puede resolverse el contrato si existe incumplimiento esencial. La

tanto, debe interpretarse restrictivamente, al ser contradictoria con el principio *pacta sunt servanda* y según la de 22 de marzo de 1984, sería un contrario al principio de buena fe permitir la resolución mientras sea posible el cumplimiento desde un punto de vista tanto subjetivo como objetivo. Por otra parte, no se exige esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del deudor en los contratos a fecha fija (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1949), y se atenúa la exigibilidad de esa voluntad en los contratos mercantiles, (sentencia de 31 de enero de 1985). Finalmente, el Tribunal Supremo ha excluido de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento los casos en los que existe un retraso temporal o justificado compatible con el designio de cumplir con lo prometido, lo que concuerda con la facultad del tribunal de señalar plazo, sentencias de 10 de marzo de 1949 y 25 de marzo de 1964.

⁷⁶³ Los comportamientos se aprecian en términos de razonabilidad. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "Artículo 25" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario ...p. 216.

redacción de los mismos podría dar a entender que se trata de una responsabilidad objetiva si no fuera porque introduce excepciones.

Pero son especialmente relevantes los artículos 79 y 80 que exoneran al incumplidor en determinados casos, lo que hace necesario que exista en todo caso una indagación sobre la previsibilidad del incumplimiento y sobre su evitabilidad por parte del deudor, pudiendo decirse entonces que la CCIM recoge un régimen de responsabilidad objetiva atenuada por el sistema de exenciones y el parámetro de razonabilidad⁷⁶⁴.

3.4. FALTA DE CAPACIDAD PARA EL CUMPLIMIENTO

Al hablar de capacidad de las partes podemos referirnos a dos tipos de supuestos: la capacidad jurídica para contratar y la posibilidad física de cumplir con las obligaciones contraídas por las partes.

El primero de los supuestos es uno de los casos excluidos del ámbito de la convención. La falta de capacidad jurídica para contratar por una de las partes dará lugar a la aplicación de las normas de derecho internacional privado en virtud del artículo 4 de la CCIM, antes tratado. Se trata de uno de los supuestos incluidos

⁷⁶⁴ ALPA / BESSONE consideran que no puede darse una respuesta contundente a la pregunta de si el incumplimiento esencial exige culpa. En principio parece imponer una responsabilidad objetiva al deudor, y así parece interpretando el artículo sistemáticamente con los artículos 36, 46, 49 y 64. No obstante, la inclusión del artículo 79 que se refiere, aunque no directamente, a la exención de responsabilidad derivada de una “fuerza mayor” o un “caso fortuito”. Estos autores emplean un método que en la primera parte de este trabajo hemos rechazado: el comparar el ordenamiento jurídico norteamericano y el italiano como paradigmas de los sistemas jurídicos anglosajón y continental respectivamente. ALPA, Guido / BESSONE, Mario. “Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili”, en V.V.A.A. *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell’11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*. Milano, 1981, p. 179-185.

en el Proyecto de Convención sobre la Validez de los contratos de compraventa internacional, que finalmente no fue acordado.

Respecto al segundo de los supuestos, la imposibilidad de cumplir con la obligación de entrega de la mercadería o la del pago del precio, u otras obligaciones accesorias pactadas por las partes, deben entenderse como supuestos de incumplimiento de tales obligaciones, sean imposibilidades definitivas o temporales.

En caso de imposibilidad definitiva como la destrucción de la mercadería única y específica en un momento anterior a la conclusión del contrato, de la misma forma que algunos derechos internos suelen optar por la anular el contrato, no obstante, algunos autores como HUBER optan por la resolución del mismo, resolución no *ipso iure* sino considerada como una facultad de la parte perjudicada. El dilema de qué acción es aplicable al caso se debe resolver a favor de la facultad resolutoria en virtud del principio de internacionalidad del artículo 7 de la CCIM, y dado que no en todos los países se adopta la solución de la nulidad contractual en estos casos⁷⁶⁵. Se debe tener en cuenta además que la desaparición de la mercadería dará lugar siempre a un incumplimiento esencial.

Si la destrucción es posterior a la conclusión del contrato se debe estar a lo dispuesto en el mismo o, en su defecto, a la regulación de la CCIM en materia de transmisión del riesgo.

En caso de que la imposibilidad sea no definitiva, la posibilidad de resolver o no el contrato, será una cuestión de hecho que depende tanto de la naturaleza del incumplimiento como de la duración de la situación de imposibilidad. Por ello, el haberse el comprador declarado en quiebra, o el haber sido robada la mercadería al vendedor, o haber sido vendida anteriormente a otra persona, no implica necesariamente la existencia de un incumplimiento esencial. En estos casos debe tenerse en cuenta la facultad de suspensión recogida en el artículo 71

⁷⁶⁵ HUBER. "Article 49", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 418.

y la facultad resolutoria anticipada del artículo 72, y si en la fecha de cumplimiento este deviene en esencial, considerar la posibilidad de subsanación del artículo 48.

La jurisprudencia ha calificado como supuestos de incumplimiento esencial casos en los que el incumplimiento se debía a una situación de imposibilidad de cumplimiento generados por imposibilidad subjetiva de entrega de las mercaderías pactadas. Tal es el caso resuelto por la sentencia del Oberlandesgericht Dusseldorf, n ° 6 U 298/92, de 18 de noviembre de 1993⁷⁶⁶, en la que se afirmó la adecuación a derecho de la resolución de un contrato de compraventa de una máquina de estampar concertado entre un vendedor alemán y un comprador suizo. La causa de la resolución fue que el fabricante de la máquina, que debía entregarla directamente al comprador, resolvió el contrato de distribución con el vendedor. Esta resolución motivó la resolución del contrato de compraventa por parte del comprador, dado que el vendedor no podía entregar la maquinaria ni transmitirle el derecho de propiedad, que había sido objeto de una reserva en el contrato de compraventa del fabricante con el vendedor. El Tribunal no amparó la interpretación del vendedor, consistente en la afirmación de que la falta de entrega o la entrega tardía no consistía por sí misma un incumplimiento esencial, desde el momento en que la entrega era objetivamente posible y que existía una voluntad del vendedor de cumplir con sus obligaciones. Para el Tribunal estaba claro que aunque objetivamente fuera posible tal entrega, subjetivamente no lo era, dada la ruptura de relaciones entre el fabricante y el vendedor, por lo que el pago directo efectuado por este al fabricante de la maquinaria estaba válidamente realizado.

Con todo, esta última sentencia fue objeto de revisión por el Bundesgerichtshof, en sentencia n ° VIII ZR 18/94, de 15 de febrero de 1995⁷⁶⁷, que declaró la resolución efectuada por el comprador suizo no conforme a derecho, aunque por motivos procesales: por haber alegado indebidamente que la resolución se apoyaba en el artículo 72, referente a la resolución anticipada, lo cual no era el caso, dado que la fecha de cumplimiento había sido rebasada; y por haber hecho la declaración de resolución en un plazo no razonable, dado que la realizó cinco meses después de tener conocimiento del rechazo del fabricante a la entrega de la maquinaria al vendedor.

⁷⁶⁶ Oberlandesgericht Dusseldorf, n ° 6 U 298/92, de 18 de noviembre de 1993, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/92.htm>. Primera instancia: Landgericht Düsseldorf, n ° 31 O 223/91, de 9 de julio de 1992, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/42.htm>

⁷⁶⁷ Bundesgerichtshof, en sentencia n ° VIII ZR 18/94, de 15 de febrero de 1995, en *RIW*, 1995, p. 505-506.

En el caso *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen v. Rosedown Park Pty Ltd. and Reginald R. Eustace*, resuelto por la Federal Court, South Australian District, el 28 de abril de 1995⁷⁶⁸, entiende que la insolvencia y la consiguiente puesta en administración judicial de la empresa australiana compradora constituye un supuesto de incumplimiento esencial. Una compañía alemana había vendido a la empresa australiana estructuras para tiendas y toldos de grandes dimensiones, adecuados para grandes festivales. La compradora pasó por dificultades financieras que le impidieron efectuar los pagos en los plazos previstos y le hicieron caer en una insolvencia generalizada que originó la puesta de la empresa bajo administración judicial. La empresa alemana resolvió el contrato, basándose en esta situación y reclamó la devolución del material, amparándose además en una reserva de dominio contenida en el contrato. El Tribunal consideró que tanto la situación de insolvencia de la empresa, como la puesta de la empresa bajo administración judicial, como la negativa del administrador judicial a reconocer la reserva de dominio y devolver las mercaderías eran supuestos de incumplimiento esencial.

3.5. VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO

La manifiesta falta de voluntad de no cumplir la obligación que le corresponde a una de las partes es un factor no imprescindible a la hora de calificar a un incumplimiento como esencial. No obstante, la existencia de tal voluntad manifiestamente contraria al cumplimiento de la obligación supone la esencialidad del incumplimiento a no ser que la parte tuviera motivos justificados para oponerse al cumplimiento de lo que le incumbe. Bien se manifieste dicho rechazo al cumplimiento en el momento del cumplimiento de la obligación, bien sea en un momento anterior, (en cuyo caso estaremos en un supuesto de los regulados en el artículo 72).

Tanto en este supuesto como en el anterior, se trata de que la parte perjudicada tenga la oportunidad de resolver el contrato y realizar una

⁷⁶⁸ Federal Court, South Australian District, *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen v. Rosedown Park Pty Ltd. And Reginald R Eustace*, 28 de abril de 1995, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950428a2.html>

compraventa de reemplazo para mitigar las pérdidas del incumplidor que deberá indemnizar por la diferencia de precio⁷⁶⁹.

El rechazo a recibir las mercaderías por parte del comprador es suficiente para considerar el incumplimiento como esencial, aunque la mercadería no presente defectos⁷⁷⁰.

La calificación de un incumplimiento como esencial viene aclarada en los supuestos en los que se manifiesta la voluntad contraria de la contraparte a ejecutar su obligación. Si el vendedor se opone seria y definitivamente a la entrega de una mercadería a la que está obligado, no hay necesidad de que el comprador fije un período de tiempo posterior de cumplimiento para asegurar la resolución válida del contrato. La combinación de la falta de cumplimiento de la entrega en la fecha convenida, conjuntamente con la declaración de falta de voluntad de cumplir se considera incumplimiento esencial. La declaración de la voluntad de no cumplir puede ser expresa en tal sentido, pero también tácita. Es frecuente que el vendedor manifieste tal voluntad mediante la realización de reclamaciones injustificadas, aunque él pretenda tener derecho a las mismas, como por ejemplo, alegar la nulidad del contrato erróneamente, alegar erróneamente un pretendido incumplimiento esencial del comprador, o una causa de suspensión del artículo 71, o una causa de exoneración de las del artículo 79. En todo caso, debe quedar claro que la manifestación de la voluntad de no cumplir es definitiva⁷⁷¹.

También constituye incumplimiento esencial hacer depender el cumplimiento de la obligación de una contraprestación injustificada o de condiciones adicionales a las pactadas⁷⁷².

⁷⁶⁹ SCHLECHTRIEM, Peter. "Article 25", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p.185.

⁷⁷⁰ MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG) ... p. 501.

⁷⁷¹ HUBER. "Article 49", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 417-418.

⁷⁷² MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG)" ... p. 563-564.

Es frecuente que una de las partes no cumpla con su obligación so pretexto de una pretendida violación del contrato por la otra parte o para conseguir la renegociación de determinadas cláusulas. Estos casos se pueden considerar supuestos de incumplimiento esencial, aunque HONNOLD⁷⁷³ considera que la comunicación de una de las partes informando a la otra de que es necesaria una renegociación y modificación del contrato no debe ser motivo suficiente para desencadenar la resolución del mismo basándose en la voluntad de aquella parte de no cumplir tal contrato.

La sentencia del Oberlandesgericht Düsseldorf, n ° 6 U 119/93, de 10 de febrero de 1994⁷⁷⁴, declaró que no había sido válidamente resuelto el contrato de compraventa de tejidos tintados, ya que el hecho de que el vendedor italiano informara al comprador alemán que no podía entregar parte del cargamento de tejidos del color pactado en el plazo previsto en el contrato no era un supuesto de incumplimiento esencial. Sí lo hubiera sido en el caso de que el vendedor hubiera declarado de forma seria y definitiva que no iba a realizar entrega alguna de bienes sustitutivos⁷⁷⁵.

3.6. FALTA DE CONFIANZA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPARTE

La falta de confianza en el cumplimiento de la otra parte puede considerarse como un factor determinante de la existencia de un incumplimiento

⁷⁷³ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991, p. 496.

⁷⁷⁴ Oberlandesgericht Düsseldorf, n ° 6 U 119/93, de 10 de febrero de 1994, en *R/W*, 1994, p. 1050-1051. Primera instancia: Landgericht Dusseldorf, 37 O 169/92, de 22 de marzo de 1993.

⁷⁷⁵ Por otra parte, el vendedor entregó tejidos de color diferente en sustitución de los que no pudo entregar en plazo, lo que el Tribunal entendió que no era constitutivo de incumplimiento esencial, ya que tales mercaderías no eran inadecuadas para el fin para el que fueron compradas, como se demuestra por el hecho de que fueron revendidas por el comprador.

esencial siempre que el acto o la omisión cree incertidumbre en el futuro cumplimiento de la obligación de una de las partes de tal forma que, como consecuencia, la otra parte pierda su interés en el contrato⁷⁷⁶. Un claro ejemplo es el caso en el que una de las partes incurre en uno de los supuestos de suspensión de la ejecución del contrato del artículo 71. Si la parte que suspende la ejecución por la sospecha de incumplimiento solicita garantías a la contraparte para evitar esa suspensión, y la contraparte no las ofrece, o estas son insuficientes, puede suspender la ejecución de su obligación hasta la fecha en que la contraparte estuviera obligada a cumplir, pero si la sospecha alcanza los presupuestos del artículo 72 de la CCIM, podrá resolver anticipadamente el contrato, como analizaremos más adelante.

Varios son los supuestos más frecuentes en la jurisprudencia en los que los tribunales han apreciado un incumplimiento esencial fundamentado en que una de las partes haya perdido legítimamente la confianza en el cumplimiento de la contraparte y no pueda razonablemente esperar continuar la relación contractual.

En primer lugar, es frecuente que la violación de derechos de exclusiva de una de las partes dé lugar a un incumplimiento esencial:

La sentencia de la Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n ° 5 U 164/90, de 17 de septiembre de 1991⁷⁷⁷, sostuvo que la exhibición en una feria de los modelos de zapatos de marca registrada "Malboro" por el vendedor-fabricante italiano, a pesar de las admoniciones para su retirada realizadas por el comprador alemán, era motivo suficiente como para que el comprador alemán resolviera el contrato de compraventa concertado entre ambos, puesto que si el vendedor rechazó retirar los modelos de la feria a pesar de las advertencias del comprador, este no podría confiar en que aquel cumpliera cabalmente con el resto del contrato, por lo que no se podía esperar razonablemente colaboración entre ambos.

⁷⁷⁶ KOCH, Robert. "The Concept of Fundamental Breach of Contracts under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Review of the convention of contracts for the international sale of goods (CISG)*, 1999, p. 267.

⁷⁷⁷ Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n ° 5 U 164/90, de 17 de septiembre de 1991, en NJW, 1992, p. 633-635. Primera instancia, Landgericht Frankfurt am Main, n ° 3/13 O 195/89, de 2 de mayo de 1990.

La sentencia del Landgericht Frankfurt am Main, n ° 3/11 O 3/91, de 16 de septiembre de 1991⁷⁷⁸, *obiter dicta*, consideró que el vendedor-fabricante italiano no habría cometido incumplimiento esencial del contrato de compraventa de zapatos “Exclusiva su B” realizado con un distribuidor minorista alemán, a pesar de que la cláusula de exclusiva inserta en el contrato había sido violada por otro minorista, que vendía zapatos de la misma marca en la zona geográfica de la exclusiva y a un precio notablemente inferior, ya que el vendedor no podría haber previsto en ningún caso tal resultado.

En la sentencia del Oberlandesgericht Koblenz, n ° 2 U 31/96, de 31 de enero de 1997⁷⁷⁹, el Tribunal señaló *obiter dicta* que el incumplimiento por el vendedor holandés de una obligación de exclusiva en la entrega y distribución de alfombras acrílicas, habría sido motivo suficiente como para que el comprador alemán pudiera resolver el contrato de compraventa y negarse a pagar el precio de las mismas.

La sentencia de la Chambre Commerciale de la Cour d’appel de Grenoble, de 22 de febrero de 1995⁷⁸⁰, caso *S.A.R.L. Bri Production “Bonaventure” v. Société Pan Africa Export*, que se analiza más adelante, el tribunal consideró que el incumplimiento, ya en la primera remesa, de la cláusula de prohibición de distribución en España de los pantalones vaqueros marca “Bonaventure” impuesta al comprador estadounidense por el vendedor francés era un incumplimiento esencial, puesto que daba al vendedor fundados motivos como para concluir que el comprador incumpliría nuevamente esta condición respecto de futuras entregas.

En segundo lugar, la incertidumbre sobre si el vendedor va a cumplir con su obligación ha sido decisiva a la hora de considerar la existencia de un incumplimiento esencial:

La sentencia de la Oberlandesgericht Hamburg, n ° 1 U 167/95, de 28 de febrero de 1997⁷⁸¹, calificó de incumplimiento esencial la falta de entrega de molibdeno procedente de China

⁷⁷⁸ Landgericht Frankfurt am Main, n ° 3/11 O 3/91, de 16 de septiembre de 1991, en *RIW*, 1991, p. 952-954.

⁷⁷⁹ Oberlandesgericht Koblenz, n ° 2 U 31/96, de 31 de enero de 1997, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/256.htm>. Confirmó la sentencia de primera instancia, del Landgericht Koblenz, n ° 3 Ho 188/94, de 29 de noviembre de 1995. Actualmente pendiente ante el Bundesgerichtshof, con expediente n ° VIII ZR 64/97.

⁷⁸⁰ Cour d’appel de Grenoble, de 22 de febrero de 1995, en *JDI*, 1995, p. 632-639.

⁷⁸¹ Oberlandesgericht Hamburg, n ° 1 U 167/95, de 28 de febrero de 1997, en *Forum des Internationales Recht*, Heft 2, 1997, p. 168-171. Primera instancia, Landgericht Hamburg, n ° 419 O 85/95, 2 de octubre de 1995. Por otra parte, en este caso se consideró que además existía un especial interés por parte del comprador en la entrega puntual en el plazo previsto, manifestado

por parte del vendedor alemán al comprador británico, dentro del plazo estipulado, puesto que el vendedor solicitó un aplazamiento de la fecha de entrega debido a que estaba en negociaciones con su suministrador sobre la entrega del mismo o una indemnización. El Tribunal consideró que tal declaración mantenía al comprador en la incertidumbre sobre si el vendedor podría cumplir con su obligación de entrega, por lo que dio por buena la resolución basada en incumplimiento esencial efectuada por el comprador.

En la sentencia de la Pretura circondariale di Parma-Fidenza, n ° 77/89, de 24 de noviembre de 1989⁷⁸², el Tribunal entendió que existió un incumplimiento esencial porque solamente después de transcurridos dos meses desde la confirmación del pedido de portafolios y otros productos plásticos de la marca Air Bubble realizado por el comprador suizo, con especificación de que la entrega debía realizarse entre 10 y 15 días, y que pagó por anticipado, el vendedor italiano realizó la entrega de un tercio del pedido, que llegó después de que el comprador hubiera notificado al vendedor la cancelación del mismo solicitando el reintegro del precio además de daños y perjuicios. El Tribunal consideró que el hecho de que después de dos meses el comprador todavía esperara dos tercios del material justificaba la calificación de esencial del incumplimiento.

En tercer lugar, la falta de garantía de pago del precio en ocasiones ha constituido un incumplimiento esencial:

La sentencia de la Oberlandesgericht Dusseldorf, n ° 17 U 146/3, de 14 de enero de 1994⁷⁸³, afirmó que existía incumplimiento esencial desde el momento en que el comprador alemán de zapatos italianos no había ofrecido las garantías de pago del precio solicitadas por el vendedor italiano, teniendo en cuenta que aquel le debía ya cantidades de dinero derivadas de anteriores entregas.

En otra contienda entre comprador alemán de zapatos y vendedor italiano, la sentencia del Landgericht Berlin, n ° 99 O 123/92, de 30 de septiembre de 1992⁷⁸⁴, sostuvo la existencia de un

por el Incoterm CIF, por lo que la falta de entrega en dicho plazo constituía por sí misma un incumplimiento esencial.

⁷⁸² Pretura circondariale di Parma-Fidenza, n ° 77/89, de 24 de noviembre de 1989, caso Foliopack AG v. Daniplast S. p. A., en UNILEX 1995 / II, D. 1989-7.

⁷⁸³ Oberlandesgericht Dusseldorf, n ° 17 U 146/3, de 14 de enero de 1994, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/119.htm>. Primera instancia Landgericht Krefeld, n ° 11 O 210/92, de 28 de abril de 1993, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/101.htm>

⁷⁸⁴ Landgericht Berlin, n ° 99 O 123/92, de 30 de septiembre de 1992, en UNILEX 1995 / II, D. 1992-21.

incumplimiento esencial basado en la negativa del comprador alemán a garantizar el pago del precio, aunque tal garantía no se había pactado en el contrato de compra. El Tribunal tuvo en cuenta que el vendedor italiano había mantenido relaciones comerciales con el comprador y que la exigencia de una garantía era razonable teniendo en cuenta que el comprador había dejado de pagar cheques correspondientes a dos remesas anteriores, y que para su cobro, el comprador había tenido que ejecutarlos judicialmente.

Finalmente, el laudo de la Shiedsgericht des Handelskammer Hamburg, de 21 de marzo de 1996⁷⁸⁵, resolvió una disputa entre un comprador alemán y un vendedor de Hong Kong, en la que se interpretó que el hacer depender la entrega de la mercadería de una condición injustificada constituía incumplimiento esencial. Las partes habían concluido un contrato marco de distribución de productos de China según el cual la empresa de Hong Kong asumía las relaciones comerciales con los fabricantes chinos, mientras que la empresa alemana distribuía las mercaderías en Europa. Al amparo de este contrato marco se celebraron sucesivos contratos de compraventa. En 1993 la empresa alemana realizó un pedido, cuyo precio satisfizo por anticipado, a la empresa de Hong Kong, que lo confirmó. No obstante, esta, debido a que pasaba por dificultades financieras sufridas por sus suministradores chinos, hizo depender la entrega de esta última remesa del pago de facturas correspondientes a pedidos anteriores. El Tribunal entendió que esta última condición suponía un incumplimiento esencial. Pero también consideró que la empresa de Honk Kong tenía derecho a resolver el contrato marco, dado el impago de facturas anteriores, que alcanzaban varios meses.

3.7. APLICABILIDAD DEL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

El artículo 7.3.1. de los Principios UNIDROIT incluye entre los supuestos de incumplimiento esencial, con efectos resolutorios,

- a) no sólo aquel que sigue la definición del artículo 25 de la CCIM,
- b) sino también el incumplimiento estricto de una obligación esencial dentro del contrato,
- c) el incumplimiento intencional o temerario,

⁷⁸⁵ Shiedsgericht des Handelskammer Hamburg, de 21 de marzo de 1996, en *NJW*, 1996, p. 3229-3232.

d) el incumplimiento que otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra,
e) o el supuesto en que la “terminación” del contrato haga sufrir la parte incumplidora una pérdida desproporcionada consecuencia de su preparación o cumplimiento.

De los diferentes casos que dan lugar a un incumplimiento esencial según los Principios UNIDROIT: el a) se identifica con el del artículo 25 de la CCIM, de los demás; el b) no es aplicable a la CCIM si no existe una trascendencia económica especial; el c) no puede aceptarse en tanto quepa un margen para cumplir o subsanar, en caso contrario se podría incluir como supuesto de incumplimiento anticipado regulado en el artículo 72, que da lugar a la resolución del contrato; el d) se recoge en el artículo 71 y no da lugar a la resolución sino a la suspensión del cumplimiento; y el e) en realidad es un factor limitativo de la posibilidad de alegar un incumplimiento esencial. No tiene parangón en la CCIM, aunque la obligación de mitigar las pérdidas del artículo 77 podía justificar un principio restrictivo en este caso, solamente se refiere a la indemnización de daños y perjuicios.

Algún autor entiende que e) no puede aplicarse a la CCIM amparándose en la literalidad del artículo 25⁷⁸⁶. Además, tener en cuenta la proporción o desproporción de la pérdida a la hora de descalificar un incumplimiento como esencial supone entrar en la utilización de criterios cuantitativos en la determinación de la esencialidad del incumplimiento, lo que supone una cierta arbitrariedad si no se tienen en cuenta las circunstancias de las partes.

⁷⁸⁶ KOCH, Robert. “The Concept of Fundamental Breach ...”p. 267.

4. CUANDO CAUSE A LA OTRA PARTE UN PERJUICIO TAL QUE LA PRIVE SUSTANCIALMENTE DE LO QUE TENÍA DERECHO A ESPERAR EN VIRTUD DEL CONTRATO

4.1. ELEMENTO CAUSAL

41.1. CONCURRENCIA DE INCUMPLIMIENTOS

Se puede plantear la cuestión de que la parte perjudicada haya incumplido a su vez alguna de sus obligaciones.

Además del supuesto del artículo 80, en virtud del cual una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en tanto que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella (artículo 80). El sistema de la CCIM prevé la actuación debida de la parte que sufre el perjuicio y que no ha visto cumplida la obligación de la contraparte. En efecto, para casos en que la probabilidad de incumplimiento es alta, el artículo 71 prevé la suspensión de los efectos del contrato. Mientras que si el incumplimiento anticipado reúne los requisitos para ser considerado esencial, el artículo 72 establece que la parte perjudicada está liberada del cumplimiento correlativo, pudiendo resolver el contrato. Del mismo modo, cabe la resolución en caso de que el incumplimiento esencial sea definitivo. Solamente en el caso de que el perjudicado opte por la no resolución del contrato, deberá cumplir con su parte, con independencia del resultado de la reclamación derivada del incumplimiento de su contraparte.

Podría argumentarse que el que sufre el perjuicio derivado del incumplimiento debe tomar las medidas necesarias para mitigar los perjuicios que el incumplimiento le cause, reduciendo así las consecuencias gravosas para el

incumplidor, en virtud del principio de buena fe y de lo dispuesto en el artículo 77 de la CCIM⁷⁸⁷.

No obstante, una interpretación de este último artículo nos conduce a la aplicabilidad limitada del mismo a los supuestos en los que la acción derivada del incumplimiento sea la de reclamación de daños y perjuicios, no siendo aplicable a los casos de resolución contractual.

Así, una interpretación literal aclara que el incumplimiento de este deber da derecho al comprador a reducir el importe de la indemnización de daños que le pudiera corresponder, luego, si el remedio escogido por el perjudicado es la resolución del contrato o la sustitución de las mercaderías, no cabe tal compensación.

Además, la sistemática de la CCIM incluye este precepto en la Sección que regula los daños y perjuicios, en la que no se incluyen otro tipo de remedios como la reducción del precio, la resolución o la sustitución de las mercaderías.

El argumento decisivo para no extender la aplicación del artículo 77 a remedios distintos de la indemnización de daños y perjuicios es que una enmienda en tal sentido propuesta en la Conferencia de Viena por los Estados Unidos fue rechazada⁷⁸⁸. No obstante, si observamos detenidamente el argumento de tal rechazo, podemos limitar el sentido del mismo. Lo que se pretendió con esta enmienda era evitar la situación en la que el vendedor, a pesar de la postura contraria del comprador, continuara fabricando una mercadería inútil para el

⁷⁸⁷ Dice el artículo 77 de la CCIM: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.”

⁷⁸⁸ La propuesta estadounidense decía: “If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount which should have been mitigated, *or a corresponding modification or adjustment of any other remedy*”. La propuesta fue rechazada por el Primer Comité con 8 votos a favor y 24 en contra. Document A/CONF.97/C.1/L.288. HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands.1989.p. 705.

comprador, solamente para poder exigir la totalidad del precio. Podría argumentarse que en otros supuestos distintos, como el caso en el que, habiéndose celebrado el contrato, pero no habiéndose entregado materialmente la mercadería al comprador, este incumpla su obligación de pago inmediato del precio, supuesto que permite un fácil cálculo de la compensación, análogo al derivado de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, la voluntad del legislador es clara, y no discrimina entre supuestos de hecho.

A pesar de estos argumentos, o más bien, no teniéndolos en consideración, nuestro Tribunal Supremo, en sentencia n ° 31/2000, de 28 de enero⁷⁸⁹, ha admitido la aplicabilidad del artículo 77 de la CCIM a un supuesto de resolución por falta de pago del precio de compra de 800.000 sacos de yuta a una compañía norteamericana. La compañía española compradora alegó que aunque se le condenase al pago del mismo, de tal cantidad debía deducirse la cantidad que la vendedora habría obtenido en una venta de reemplazo al precio de renegociación propuesto por la compradora, en vez de vender a otra empresa por un precio notablemente inferior.

Supuesto distinto es que el acreedor no lleve a cabo la cooperación necesaria para posibilitar el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso, en virtud del principio de buena fe, el incumplimiento de esta no será considerado como esencial.

4.2. PERJUICIO

El concepto de perjuicio es un concepto novedoso en la contratación internacional, al menos como concepto técnico-jurídico.

No era frecuente en los contratos hasta 1980, y era absolutamente desconocido en el ámbito del derecho anglosajón (*detriment*).

⁷⁸⁹ Tribunal Supremo, en sentencia n ° 31/2000, de 28 de enero, en Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000\454.

Sin embargo no ocurre lo mismo en derecho continental, donde los términos *préjudice* (francés), perjuicio (español) y *bpep* (ruso), equivalen a daño o pérdida, y siempre en un sentido abstracto⁷⁹⁰.

Las definiciones de derecho interno no pueden ser aceptadas al hacerse en un ámbito muy distinto a la CCIM, y dentro de un ordenamiento jurídico autónomo de integración de sus normas. Por ejemplo, el concepto de *detriment* del *Common Law*⁷⁹¹ está íntimamente ligado a la doctrina de la *consideration*⁷⁹².

No existe en la CCIM una definición del concepto de perjuicio, ni siquiera ejemplos de perjuicio que den lugar a un incumplimiento esencial, por lo que la determinación de su contenido hace imprescindible una interpretación y, en su caso, la integración de los preceptos de la CCIM, siempre partiendo de la interpretación autónoma conforme a la metodología propuesta en la primera parte de este trabajo.

⁷⁹⁰ WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ...p. 211.

⁷⁹¹ Definición del diccionario jurídico BLACK'S LAW DICTIONARY, de uso frecuente por la jurisprudencia anglosajona: "*DETRIMENT: Loss, injury, or deterioration, caused by the negligence, design, or accident of one person to another, in respect of the latter's person or property. The word is to be distinguished from its plural, "damages", which means a compensation in money for a loss or damage. An injury produces a right in them who had suffered any damage by it to demand reparation of such damage from the authors of the injury. By damage we understand every loss or diminution of what is a man's own, occasioned by the fault of another. The harm, detriment, or loss sustained by reason of an injury*". BLACK'S LAW DICTIONARY, Fifth Edition, St. Paul, Minnessotta, 1982, p. 351.

⁷⁹² WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p. 211.

42.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

La interpretación gramatical del concepto perjuicio no debe ser exclusivamente conforme a la definición de un idioma concreto⁷⁹³. Toda traducción del término a cualquier idioma debe tener en cuenta que aunque exista en el mismo una denominación similar e incluso idéntica, con contenido propio en derecho interno, la interpretación del término perjuicio en la CCIM es completamente autónoma e independiente de cualquier tradición doméstica⁷⁹⁴.

Para su definición se deben tener en cuenta como mínimo el sentido que se le da a “perjuicio” en otros idiomas oficiales (“*detriment*” o “*préjudice*”). Conforme a ello, el sentido que “perjuicio” tiene en la CCIM es más cercano al de “daños y perjuicios” del derecho español. Pero tampoco coincide con este, ni con el concepto de daños y perjuicios de la propia CCIM, recogido en su artículo 74. En realidad al hablar de “perjuicio” se habla de la consecuencia negativa para la contraparte, considerada dentro del conjunto de intereses y expectativas reales creadas por el contrato, como nos aclara el análisis de los antecedentes legislativos del precepto.

Por ello perjuicio debe interpretarse con elementos autónomos, como el sentido dado por los redactores a lo largo de su evolución histórica, o el desarrollo de dicho concepto por los tribunales en el más de medio centenar de sentencias que hacen referencia expresa al artículo 25.

⁷⁹³Según el Diccionario de la Lengua Española, perjuicio es “ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que este debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado de modo directo”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, 20 edición. 1984.

⁷⁹⁴WILL, Michael R. “Fundamental breach”, en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary ...* p. 211-212.

42.2. HISTORIA

La definición del artículo 10 de la LUCI se centraba en el test hipotético: el incumplimiento era esencial si la parte incumplidora conocía o debiera haber conocido, en el momento de conclusión del contrato, que una persona razonable en la misma situación que la parte perjudicada no habría concluido el contrato de haber tenido conocimiento del incumplimiento y sus consecuencias. En definitiva respondía al interés que se pretendía proteger: el que si la parte perjudicada por un incumplimiento esencial no tuviera interés en la pervivencia del contrato una vez conocidas las consecuencias del incumplimiento, pudiera resolverlo.

Con este criterio se pretendía incorporar un test objetivo en la medición de lo esencial de un incumplimiento: el de la persona razonable. No obstante, este criterio se observó defectuoso, ya que implicaba que la posible actuación de la persona razonable se determinaba *ex post facto*.

Este criterio hipotético de presunción de la voluntad del perjudicado fue duramente criticado durante los trabajos preparatorios de la CCIM por ser excesivamente subjetivo.

El término "perjuicio" se incorporó al texto en 1975 en la Comisión. Se introdujo por el representante de México como un criterio objetivo de determinación de la esencialidad del incumplimiento y se mantuvo en el Proyecto propuesto por la misma en 1976.

En el Comentario de la Secretaría de 1978, "perjuicio" se identifica con términos como "*monetary injury*", "*consequential harm*", y "*result*", así como se ejemplifica con términos como "*monetary harm*" o "*interference with other activities*", lo que nos da una guía casuista de lo que se debe entender por "perjuicio". También se dan criterios a tener en cuenta en la consideración de la importancia del perjuicio, tales como el valor total del contrato, las pérdidas monetarias sufridas por el perjudicado o las interferencias que cause el incumplimiento en otras operaciones de este.

Durante la Conferencia fue calificado como criterio objetivo, así como también se le criticó por ser un término vago y subjetivo. El Grupo de Trabajo entendió que debía interpretarse en un sentido amplio. Esto no es concluyente por sí mismo, pero indica una dirección. Ello lo corroboran diversas alegaciones que lo interpretan de una forma amplia, no poniendo en cuestión su naturaleza sino solamente su efectividad. En la Conferencia, el concepto se ampliaría a los supuestos subjetivamente desventajosos, es decir, que sean de tal importancia que afecten a intereses de la parte perjudicada concretos y contractualmente exigibles, cuya pérdida pueda dar lugar a que la parte perjudicada pierda el interés en la continuidad del contrato. Quedaron, por tanto, fuera del concepto de “perjuicio” las meras pérdidas de oportunidad.

No obstante, en la Conferencia se complicó el test del perjuicio al introducir su relación con las expectativas del contrato, añadiendo: “de lo que tenía derecho a esperar del contrato”. Se trata de una frase que no tiene parangón en parte alguna de la CCIM. Tal vez sea comparable a la previsibilidad requerida en el artículo 74, para en ningún caso tiene la misma significación. Ni siquiera puede encontrarse en los antecedentes históricos un precepto similar. Esta cláusula es fruto del Trabajo de un Comité especial cuyas deliberaciones no han sido hechas públicas, por lo que es difícil realizar una interpretación histórica adecuada. De todas formas, en la Conferencia se puso de manifiesto que este añadido suponía la inclusión de un elemento subjetivo en la determinación de la esencialidad del incumplimiento, respondiéndose que su inclusión obedecía a un compromiso, sin más especificaciones. En realidad parece, según las deliberaciones anteriores, que dicho compromiso se alcanzó para contentar a los juristas alemanes, para los cuales la referencia al contrato como criterio de referencia de la calificación de la esencialidad del incumplimiento parecía innegociable. Se trataba de una solución de compromiso forzada por los países encuadrados en la familia de derecho germánico, lo que explica que en ningún caso se aclare cómo se pueden determinar los parámetros que hagan esenciales esas expectativas contractuales.

El compromiso final es una compleja mezcla de elementos objetivos, como el perjuicio, y subjetivos, como la evaluación de la sustancialidad con referencia a

las expectativas contractuales que obliga a una indagación de la voluntad de las partes, completada por el criterio de previsibilidad como supuesto de posible exoneración.

A pesar de la modificación del texto durante la Conferencia, los factores interpretativos del Comentario al Proyecto de 1978 no han sido totalmente desvirtuados por la introducción de la referencia a las expectativas contractuales, sino que indican, como mínimo una tendencia en la interpretación del concepto de perjuicio que debe ser tomada en cuenta.

42.3. INTERPRETACIÓN SEGÚN FAMILIAS JURÍDICAS. ¿DAÑO MONETARIO?

En principio no parece claro, al menos desde una interpretación puramente gramatical, cuál debe ser el contenido del concepto “perjuicio”. No está claro si se incluye en él solamente los daños materiales o también los intangibles o morales, si se incluyen los lucros cesantes, legal *detriment*, etc.

Con todo, la importancia que la doctrina da a la inclusión de las expectativas en la definición del incumplimiento esencial es distinta según la familia jurídica a la que pertenece el intérprete y la importancia que se quiera dar al elemento objetivo o al subjetivo.

Hemos dicho que en el *Common Law* el concepto de *detriment* no es frecuente como término jurídico, por lo que no está claramente definido. La sentencia *Fothergill v. Monarch Airlines* reproduce los términos de la sentencia de la New York Court en el caso *Schimmer v. Air France*, en la que se plantea el problema de determinar lo que es *detriment*, sin dejar claro si incluye de daño emergente y lucro cesante, o solamente este último⁷⁹⁵. En el ámbito anglosajón, el

⁷⁹⁵ Casos citados en VAN DER VELDEN. “The Law Of International Sales: The Hague Conventions 1964 And The UNCITRAL Uniform Sales Code 1980 - Some Main Items Compared”, en VOSKUIL / WADE (eds.), *Hague Zagreb Essays 4: On the Law of International Trade. (Colloquium Erneuwoude 12.-15.5.1981)*, The Hague (T.M.C. Asser Instituut / Nijhoff) 1983, p. 64. Van der

concepto de la CCIM de “perjuicio sustancial” se equipara al de “prive sustancialmente”⁷⁹⁶, y “lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato” está directamente relacionado con estos criterios objetivos⁷⁹⁷. Para estos autores el alcance real de la pérdida o el deterioro es lo primordial. Además se trata de un perjuicio cuantificable. En un contrato de compraventa internacional de mercaderías siempre existe una mención a la cantidad, el precio y la clase de mercaderías. Se trata de elementos exigidos por el artículo 14 para que la oferta sea válida y se pueda perfeccionar el contrato con la correspondiente aceptación. Estas menciones permiten evaluar económicamente el valor de la transacción. Es más, las partes contratantes no pueden ser consumidores dada la exclusión de este tipo de ventas en virtud del artículo 2, por lo que se tratará de comerciantes que incorporarán esas mercaderías a procesos productivos o de distribución, que pueden verse afectados por el incumplimiento y son evaluables.

Esta tendencia se sigue también por los comentaristas de tradición francesa, amparándose en la contraposición del artículo 25 de la CCIM con el artículo 10 de la LUCI, que era claramente subjetivo, es decir, dependiente del estado de ánimo del acreedor. Según estos comentaristas, el carácter esencial de un incumplimiento conforme al artículo 25 es una cuestión de hecho, y como tal,

Velden propone como solución tal vez válida en el derecho anglosajón la definición del *Corpus Iuris Secundum*, (Volumen 26 a, p. 984): “ ... *the detriment need not to be real and need not involve actual loss, nor does it necessarily refer to material disadvantage to the party suffering it, but means a legal detriment as distinguished from a detriment in fact and has been defined as giving up something which one had the right to keep, or doing something which he had the right not to do.*”, aunque tal solución no puede ser válida para la CCIM, ya que incumpliría la exigencia de interpretación autónoma de la misma.

⁷⁹⁶ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Deventer-Boston, 1991. p. 256.

⁷⁹⁷ BABIAK, Andrew. "Defining "Fundamental breach" under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". *Temple International and Comparative Law Journal*. Vol.6, 1992, p. 120.

proponen la delimitación contractual de los supuestos de incumplimiento esencial en la medida de lo posible⁷⁹⁸.

En el ámbito germánico el énfasis recae en “lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”, es decir, el perjuicio no se refiere tanto a la extensión del daño sólo a la importancia del interés de la parte perjudicada en la ejecución del contrato, si bien ese interés se debe deducir del propio contrato⁷⁹⁹, atendiendo al contrato en general o a sus obligaciones individuales⁸⁰⁰. Para estos autores la redacción del artículo 25 de la CCIM no ha modificado en demasía el principio al que respondía la LUCI: un incumplimiento es esencial si la parte perjudicada por el incumplimiento ha perdido interés en el contrato como consecuencia de un perjuicio importante, (criterio objetivo), teniendo en cuenta sus expectativas contractuales, (criterio subjetivo). Para esta corriente la inclusión de las expectativas en la definición indica que el detrimento no tiene porqué ser real e implicar una pérdida real, ni que haya de hacerse referencia a la desventaja material de la parte que lo sufra, sino que el detrimento legal se diferencia del detrimento de hecho⁸⁰¹.

Atendiendo a su historia y a su propósito el término perjuicio debe interpretarse de una forma amplia. No equivale a daño, ni a pérdida, ni a cualquier otro término similar existente en derecho interno.

⁷⁹⁸AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention de Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1990, p. 119-120.

⁷⁹⁹ HOLTHAUSEN, Rüdiger. "Die wesentliche Vertragsverletzung des Verkäufers nach Artículo 25 UN-Kaufrecht", en *R/W*, 1990, Heft 2 , p. 102.

⁸⁰⁰ SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 1995, p. 211.

⁸⁰¹Se puede definir como "Giving up something wich one had the right to keep, or doing something which one had the right not to do". VELDEN, F. J. A. van der. "The Law of International Sales: The Hague Convention and the UNCITRAL Uniform Sale Code 1980 - Some Main Items Compared", en VOSKUIL WADE (ed.), *Hage Zagreb Essays 4*, The Hage(Nijhoff), 1983, p. 64-65.

Como se deduce de la evolución histórica, no se trata de un daño concreto en el sentido del artículo 74 (pérdida) sino que tiene más que ver con la desaparición de una ventaja esencial del contrato⁸⁰².

42.4. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA: CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 74

Para una interpretación sistemática del concepto de perjuicio es interesante la comparación de los artículos 25 y 74. En realidad, el perjuicio del artículo 25 es distinto del concepto del 74. En este se pretenden resarcir unos daños y perjuicios, un daño emergente y un lucro cesante, una pérdida previsible en el momento de la conclusión del contrato y necesariamente evaluada numéricamente para dar lugar a la indemnización.

En el artículo 25 se entiende por perjuicio una consecuencia negativa para la parte que lo sufre, evaluable aproximadamente con referencia al contrato, pero previsible en un momento que no tiene que ser necesariamente el de la conclusión, y de tal entidad que puede dar lugar a la resolución del contrato.

La sentencia de la Cour d'appel de Grenoble, de 21 de octubre de 1999, (caso Cazados Magnanni contra SARL Shoes General International)⁸⁰³, entendió válida una resolución del contrato basada en un incumplimiento esencial, acompañada de una indemnización de daños y perjuicios basada en los causados por la falta de entrega y relacionados directamente con a misma, pero no aceptó dentro del concepto de lucro cesante del artículo 74 la indemnización de los daños derivados de la pérdida de la clientela.

La diferencia entre el concepto de perjuicio del artículo 25 y el del artículo 74 es importante a efectos de la determinación del momento a partir del cual se debe considerar la previsibilidad del mismo, cuestión que se analiza más adelante.

⁸⁰²MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG)" ... p. 216.

⁸⁰³ Cour d'appel de Grenoble, de 21 de octubre de 1999, (caso Cazados Magnanni contra SARL Shoes General International), en <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/211099v.htm>

42.5. VALORACIÓN DEL PERJUICIO

La valoración del alcance del perjuicio pasa a depender del daño causado, pero también tiene en cuenta la simple amenaza de que ese perjuicio se produzca. Esto se demuestra en el artículo 72.1 así como en la sentencia de Landgericht Frankfurt de 1992 citada, en la que aunque el vendedor no había quebrantado de hecho todavía el contrato de exclusiva pactado, realizó una oferta a otro comprador. Por ello se consideró clara la voluntad de quebrantar el contrato, a pesar de que existía solo un riesgo, se consideró que este era de suficiente peso como para justificar la aplicación del artículo 72.1⁸⁰⁴.

Se trata de comparar dos situaciones patrimoniales: la hipotética que tendría el acreedor en el caso de que se hubiese cumplido el contrato, y por lo tanto, sus expectativas, es decir el valor descriptivo del patrimonio que tendría de no haberse producido el incumplimiento, comparado con el valor real de su patrimonio resultante de la conducta del deudor, que no ejecuta la prestación o la ejecuta de manera irregular⁸⁰⁵.

Esa cuantía se considera esencial si lleva al perjudicado a perder todo interés en el contrato. El perjuicio derivado del incumplimiento esencial debe ser tal que el acreedor no reciba lo que tenía derecho a esperar de los términos de la venta, de tal forma que toda ejecución posterior devenga inútil para él. No es necesario que además haya sufrido un daño pecuniario.

⁸⁰⁴MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG)" ... p. 217.

⁸⁰⁵CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "Artículo 25" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario ...p. 215.

El hecho de que la violación del contrato no engendre reclamación de daños y perjuicios no puede ser en sí mismo un índice de que no existe incumplimiento esencial⁸⁰⁶.

Perjuicio, sin otra calificación, cumple la modesta función de filtrar ciertos casos fuera del concepto de incumplimiento esencial, como cuando un incumplimiento contractual no ha causado perjuicio alguno, v. gr. el vendedor no ha empaquetado o asegurado adecuadamente los bienes, pero estos llegan íntegros a pesar de todo. Sin embargo, si el comprador ha perdido la posibilidad de una reventa, sí existe el perjuicio⁸⁰⁷. Esto mismo puede deducirse claramente interpretando *sensu contrario* la definición del artículo 25 es que el incumplimiento es no esencial cuando no tiene consecuencias perjudiciales de carácter sustancial para la otra parte, observando ese perjuicio desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo, es decir, teniendo en cuenta lo que podía esperar del contrato.

La jurisprudencia ha rechazado la calificación de un incumplimiento como esencial en los casos en los que la parte perjudicada no ha sufrido un perjuicio económico importante:

El Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, en laudo n.º 200 / 1994, de 25 de abril de 1995⁸⁰⁸, resolvió que el incumplimiento por parte del vendedor suizo de la obligación de no realizar la entrega de los productos de confitería de chocolate al comprador ruso hasta que este no le hubiera presentado garantía bancaria de

⁸⁰⁶NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p.215-216. En este sentido se pronunció también la jurisprudencia alemana sobre la LUCI: sentencia de la Oberlandesgericht Frankfurt, de 15 de abril de 1980.

⁸⁰⁷WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p. 212.

⁸⁰⁸ Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, en laudo n.º 200 / 1994, de 25 de abril de 1995, aunque el original está redactado en ruso, el laudo está ampliamente resumido en el n.º 141 de *CLOUT*.

pago, no suponía un incumplimiento esencial desde el momento en que el comprador había aceptado la recepción de las mercaderías no suponiendo tal recepción ningún perjuicio grave que no pudiera solventarse adecuadamente con una indemnización de daños y perjuicios. En realidad, la resolución realizada por el comprador basada en un incumplimiento de una obligación secundaria, pretendía responder a un quebranto económico causado porque la difícil situación económica de su país había generado la negativa de sus clientes a aceptar las mercaderías de la primera remesa entregada por el comprador.

En otro caso, el Oberlandesgericht München, en sentencia n ° 7 U 4419 / 93, de 2 de marzo de 1994⁸⁰⁹, el Tribunal consideró que no existía un incumplimiento esencial en el supuesto en el que el vendedor sueco entregó al cliente yugoslavo del comprador alemán un cargamento de *coque* polaco de calidad algo inferior a la pactada. El incumplimiento no solamente consistió en esa inferior calidad, que el Tribunal consideró insuficiente como para resolver el contrato, sino también en que el vendedor entregó directamente la mercadería al cliente yugoslavo del comprador alemán, pero presentándose con su nombre, en contra de lo acordado con el alemán. En este último supuesto entendió el Tribunal que no existía un perjuicio significativo para el comprador que justificara la resolución del contrato con la consecuencia de la liberación al comprador de la obligación de pago del precio.

⁸⁰⁹ Oberlandesgericht München, sentencia n ° 7 U 4419 / 93, de 2 de marzo de 1994, en *RIW*, 1994, Heft 7, p. 595-597, que confirmó la sentencia del Landgericht München I, n ° 15 HKO 19978 / 91, de 24 de mayo de 1993.

4.3. PRIVACIÓN SUSTANCIAL

43.1. TAUTOLOGÍA

Otro punto de discusión de la definición de incumplimiento esencial fue el grado del mismo. Como se observa en la versión española se define el incumplimiento esencial como aquel que genera una privación sustancial, es decir, la sustancialidad califica la esencialidad. Ambos conceptos son de complicada diferenciación⁸¹⁰. Los términos "esencial", "sustancial" o "previsible" son lo suficientemente abstractos como para permitir elucubraciones sobre su contenido. Son términos más propios para un filósofo que para un texto legal que pretende dar seguridad jurídica al tráfico mercantil internacional. Precisamente esta necesidad hace que los juristas no dispongan de mucho tiempo para reflexionar sobre dichos conceptos, y mucho menos los comerciantes.

Definir esencial como sustancial parece una tautología. La sustitución de un adjetivo por un adverbio no aclararía nada de no ser porque el adverbio viene acompañado de unas palabras adicionales: "de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato". La cuestión es si estas palabras añaden algo a la definición⁸¹¹.

⁸¹⁰ El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, en su edición de 1984 definía sustancial como "lo esencial y más importante de una cosa", y esencial como "substancial, principal, notable". Por otra parte sustancia se define como "ser, esencia, naturaleza de las cosas" y "cualquier cosa con que otra se aumenta o nutre y sin la cual se acaba", mientras que esencia se define como "naturaleza de las cosas", o "lo permanente e invariable en ellas, lo que es el ser". Como se puede comprobar, tales definiciones no ayudan demasiado a diferenciar ambos conceptos. Sin perjuicio de que tampoco puedan ser tomadas en consideración, dado que los conceptos de la CISG se deben delimitar huyendo de las concepciones preconcebidas en un idioma o un sistema jurídico en concreto.

⁸¹¹WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ...p.212. También GHESTIN, Jacques. "Les obligations du vendeur", en DERAÏNS, Yves / GHESTIN, Jacques. *La Convention de Vienne su la vente internationale et les incoterms*. Paris. 1990. p. 109.

43.2. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Esta tautología no se resuelve acudiendo a otras versiones oficiales de la CCIM. Es más, conviene remarcar la posible incorrección de algunas de las versiones, que presumiblemente responden a defectuosas traducciones de las versiones inglesa y francesa, para que los que, por premura de tiempo, no puedan estudiar los antecedentes de la CCIM, tengan en cuenta que el concepto expresado en un término no tiene porqué coincidir con el significado de ese mismo término en el lenguaje jurídico doméstico.

En inglés habla de “*fundamental breach*” y de “*such detriment as substantially to deprive*”. La versión francesa, “*contravention essentielle*” y “*prive substantiellement*”. En ambas versiones existe la misma diferenciación terminológica que en la versión española. Más acentuada se da la tautología en el caso de la versión alemana, que aunque no sea oficial, es importante ya que sirve de base inmediata para la interpretación que los tribunales alemanes, austriacos y suizos hacen de la CCIM⁸¹². En esta se define el calificativo en ambos supuestos es la misma palabra: “*wesentlich*”. La versión china contiene una traducción calificada como errónea por la doctrina china. Así traduce "sustancial" como "*shi ji shan*" que en realidad quiere decir "real, verdadero"⁸¹³.

En todo caso las posibles inexactitudes de las traducciones no deberían causar problemas interpretativos, puesto que el concepto debe ser el mismo independientemente de la denominación que se le dé en cada idioma.

⁸¹² Estos representan casi la mitad de la jurisprudencia sobre la CCIM.

⁸¹³ GUOJIAN, Xu. *Anwendungsprobleme des chinesischen internationalen Kaufrechts*. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien.(Lang).1994. p. 213.

43.3. MÉTODO OBJETIVO DE VALORACIÓN

En este punto es donde la interpretación gramatical nos aclara que se deben compaginar dos métodos aparentemente contradictorios de evaluación del perjuicio, y por ende, del incumplimiento: el método objetivo, concretado en la sustancialidad observada desde un punto de vista objetivo, y el de las expectativas, que incluye la evaluación subjetiva del incumplimiento.

El perjuicio debe ser objetivo: “priva sustancialmente” implica, conforme a los antecedentes legislativos y al propio sentido de la palabra sustancial, un perjuicio importante.

No es trascendente que el comprador pueda utilizar la mercadería de forma distinta a la prevista en el contrato o que pueda revenderla con un beneficio, siempre que la utilidad típica de los bienes o la finalidad concreta convenida en el contrato haya disminuido considerablemente o incluso desaparecido⁸¹⁴.

Como contraposición, las divergencias de poca importancia tanto en calidad como en cantidad respecto de las convenidas, no permiten al comprador resolver el contrato, sino que deberá hacer uso de otros medios previstos en la CCIM⁸¹⁵.

Parte de la doctrina entiende que esa importancia del perjuicio, es decir, que la esencialidad del incumplimiento, debe evaluarse desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo⁸¹⁶: Según ZIEGEL un déficit de un diez por ciento de la cuantía pactada llevará casi siempre a un perjuicio sustancial. No obstante, ello no implicará necesariamente la existencia de un incumplimiento esencial, puesto que además del perjuicio sustancial se exige que este no prive a la parte perjudicada

⁸¹⁴NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p. 210.

⁸¹⁵NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p. 211.

⁸¹⁶ No se trata de una solución desconocida en nuestro derecho para fundamentar una resolución. En sede de compraventa de inmuebles, los artículos 1469 y 1470 del Código Civil aplican porcentajes del 10% en caso de entrega de bienes inmuebles con defecto de cabida, o del 20% si se trata de un exceso de cabida.

de sus legítimas expectativas contractuales. Según este autor, la redacción actual del artículo 25 sugiere al menos un detrimento sustancial que alcance el 50 por ciento o más para que se alcance el incumplimiento esencial, lo que, afirma, no se justifica etimológicamente y lleva a resultados no perseguidos por los delegados que votaron a favor de la enmienda al artículo 23 del Proyecto⁸¹⁷.

Esta interpretación choca claramente con la dicción del artículo 25, que se refiere expresamente a las expectativas del contrato. La referencia a tales expectativas introdujo un elemento subjetivo de valoración, que según la mayoría de la doctrina es el determinante del concepto de perjuicio sustancial.

43.4. EL CRITERIO SUBJETIVO

Se argumenta que el comprador siempre tiene la intención de comprar las mercaderías para darles un uso determinado, por lo que si estas son inútiles para dicho uso, se deben considerar esenciales los incumplimientos que han dado lugar a la imposibilidad de usar las mercaderías conforme al propósito del comprador. Y este supuesto se dará en los casos en los que las mercaderías no sean conformes por no reunir los requisitos característicos de las mismas, en los supuestos en los que un tercero reclame la posesión de las mismas o prohíba su uso en virtud de una patente u otro derecho de propiedad industrial o intelectual⁸¹⁸.

⁸¹⁷ZIEGEL, J. S. "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", en GALSTON / SMIT (ed.), *International Sales*, New York (Matthew Bender), 1984, 9-16. Según WILL este criterio está influenciado por la concepción de incumplimiento esencial del derecho canadiense tal como lo interpretan sus tribunales. WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary ...* p. 214.

⁸¹⁸ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine...p. 213. Sigue los términos y comentario de Tunc sobre el artículo 10 ULIS.

⁸¹⁸SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung" p. 220.

En todo caso, se debe entender que existe un incumplimiento esencial si el comprador no puede revender las mercaderías compradas, a no ser que su intención fuera la de incorporarlas a un proceso productivo, en cuyo caso, será esencial el incumplimiento si la imposibilidad de vender los productos de dicho proceso se deriva de la incorporación de dichas mercaderías al mismo.

La imposibilidad de comercialización de un producto derivada de una prohibición o de la falta de determinados requisitos exigidos por una norma de derecho público sea del país del comprador como del país de destino de las mercaderías, no es relevante a la hora de considerar la esencialidad del incumplimiento, al menos no es suficiente la simple indicación hecha por el comprador del país de destino de las mercaderías⁸¹⁹. No obstante, en el caso de que el vendedor exporte habitualmente a un determinado país, o por la naturaleza de los bienes no pueda venderlos en otro país, sí es justificable la inclusión de tales normas imperativas en la valoración de la esencialidad de un eventual incumplimiento de la obligación de entrega de la mercadería conforme.

La jurisprudencia se ha pronunciado en sentidos aparentemente contradictorios en supuestos en los que las normas internas de los países de las partes compradoras prohibían la venta de las mercaderías objeto de los respectivos contratos.

Especial repercusión ha tenido el polémico caso de los "Mejillones de Nueva Zelanda" en el derecho uniforme. El Bundesgerichtshof, en la sentencia n.º VIII ZR 159/94, de 8 de marzo de 1995⁸²⁰, resolvió un supuesto en el que una empresa suiza vendió a un comprador alemán un

⁸¹⁸ BABIAK, Andrew. "Defining "Fundamental breach" under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". *Temple International and Comparative Law Journal*. Vol.6, 1992, p. 131.

⁸¹⁸ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p. 215.

⁸¹⁹ AUDIT, Bernard. *La vente internationale de marchandises*. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980. Paris. 1990, p. 96.

⁸²⁰ Bundesgerichtshof, n.º VIII ZR 159/94, de 8 de marzo de 1995, en *RIW*, 1995, p. 595-597. En primera instancia Landgericht Darmstadt, n.º 14 O 165/92, de 22 de diciembre de 1992, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/177.htm> y apelación Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n.º 13 U 51/93, de 8 de marzo, en *RIW*, 1994, p. 593-595. En esta última sentencia no se

cargamento de mejillones de Nueva Zelanda que contenía una concentración de cadmio que superaba los límites recomendados por las autoridades sanitarias alemanas, aunque eran perfectamente comercializables en otros países, como Nueva Zelanda, el país de donde procedían, o en Suiza, de donde era la empresa vendedora. El Alto Tribunal alemán asertó que no existía incumplimiento esencial, ya que las mercaderías entregadas eran conformes con lo pactado. Según el Tribunal, el vendedor solamente tiene obligación de conocer los estándares del país de venta y no tiene obligación de que las mercaderías que suministre cumplan con todas las normas imperativas en vigor en el país de importación, a menos que en el país de exportación existan normas similares, que el comprador le haya puesto en conocimiento de las mismas, o que las haya conocido por otras circunstancias, como que el vendedor tenga una filial en el país de destino.

En sentido contrario, la Cour de Cassation, en sentencia n ° B 93-16.542, de 23 de enero de 1996⁸²¹, juzgó incumplimiento esencial por falta de conformidad de la mercadería la venta de vino realizada por un vendedor italiano a un comprador francés, en la que se comprobó por la autoridad sanitaria francesa que se había producido una rebaja del mismo con agua, (*chaptalización*), que incumplía la normativa francesa y, según esta, lo hacía impropio para el consumo, y no susceptible de comercialización en Francia. Con todo, debemos matizar que el supuesto de hecho difiere del caso antes comentado en que el incumplimiento de la norma imperativa obedece a una actividad defraudatoria del vendedor.

Si para la entrega de las mercaderías son necesarios determinados documentos, como un conocimiento de embarque, la falta de entrega de los mismos, o la entrega de forma incompleta o defectuosa, constituye un incumplimiento esencial⁸²². Aunque es discutible que se pueda considerar como tal en el caso de que los defectos sean subsanables y entre en aplicación el artículo 48.

tuvo en consideración el exceso de concentración de cadmio conforme a la normativa sanitaria alemana, sino que el debate se centró en si era necesario el cumplimiento de unas calidades medias para que las mercaderías se consideraran adecuadas o si bastaba que fueran susceptibles de ser vendidas sin mayores exigencias de calidad media.

⁸²¹ Cour de Cassation, n ° B 93-16.542, de 23 de enero de 1996, en *JDI*, 1996, p. 670-671.

⁸²² HUBER, Peter. "Article 49", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 420.

La entrega de mercaderías defectuosas o en poca cantidad conforme a lo pactado, también concede al comprador la facultad de resolver el contrato, si tales defectos cualitativos o cuantitativos inciden en características o cantidades de mercadería imprescindibles para el uso que el comprador pretendía hacer de las mismas⁸²³.

La entrega de *aliud pro alio* supone también un supuesto de incumplimiento esencial, y no de error, como más arriba se ha analizado, siempre que la mercadería entregada indebidamente no sea susceptible de atender a las necesidades del comprador por desviarse sustancialmente de lo pactado de tal forma que el vendedor debiera haber visto que la aceptación del comprador era imposible. El tema de la entrega de un *aliud pro alio* ha sido tratado por la doctrina alemana con detenimiento. Frente a Michael R. WILL⁸²⁴, más partidario de considerar la existencia de un incumplimiento esencial en estos casos, se posiciona Peter SCHLECHTRIEM⁸²⁵, que matiza que no siempre la entrega de un *aliud* impide la consecución de las expectativas de la parte compradora. La posición de Ulrich MAGNUS⁸²⁶, matiza que la entrega de un *aliud* no constituye *per se* un incumplimiento esencial, excepto en el caso de que lo entregado sea inútil para el comprador y le exija medidas no razonables para revenderlo. Finalmente, HUBER, analiza más a fondo el problema y señala que la entrega de un *aliud* es un incumplimiento esencial siempre que la mercadería sea específica, sea única o sea fungible, mientras que en las genéricas, solamente existe

⁸²³ En este sentido, HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Deventer-Boston, 1991. p. 401.

⁸²⁴ WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary ...p. 214 y ss.*

⁸²⁵ SCHLECHTRIEM, Peter. "Article 25", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 184.

⁸²⁶ MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG)" ... p. 386.

incumplimiento esencial en los casos en los que no sea razonable para el comprador revender los bienes y reclamar una indemnización por la diferencia⁸²⁷.

43.5. CRITERIO JURISPRUDENCIAL: OBJETIVIDAD NO MANIFIESTA.

La cuestión es hasta qué punto el criterio cuantitativo, (el de considerar la pérdida monetaria sufrida por la parte agraviada en comparación con la cuantía total del contrato), se impone sobre el criterio cualitativo, (el que atiende a la frustración del propósito del contrato). Este problema no solventado por el comentario de la Secretaría, sí ha sido tratado por la jurisprudencia, que en ocasiones ha determinado porcentajes de perjuicio considerados como esenciales, aunque en la mayor parte de supuestos ha optado por el criterio cualitativo.

En teoría, ninguna de las resoluciones opta manifiestamente por el criterio objetivo. No obstante, parece que en bastantes casos ha sido este el criterio preponderante:

La sentencia de la Oberlandesgericht Hamm, n ° 19 U 97 / 91, de 22 de septiembre de 1992⁸²⁸, declaró que la falta de voluntad de recibir más de la mitad de las entregas de tocino

⁸²⁷ HUBER. "Article 46", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 386-387. Esta doctrina es la seguida por la jurisprudencia alemana y favorece al comprador de mercaderías complejas y específicas, como maquinaria o productos informáticos.

⁸²⁸ Oberlandesgericht Hamm, n ° 19 U 97 / 91, de 22 de septiembre de 1992, en WITZ, Claude. *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale. (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*. Paris. 1995, p. 142-147. En ella se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia del Landgericht Biefeld, n ° 15 O 201/90, de 18 de enero de 1991, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/jpr1/urteile/text/174.htm>. La sentencia es especialmente interesante en tanto que trata en primer lugar un conflicto en materia de formación del contrato, en el que el comprador alemán ofreció la compra de 200 toneladas de tocino magro envasado en diez lotes, a lo que el vendedor italiano respondió la venta en las mismas condiciones de diez lotes de tocino magro "no" envasado. El comprador aceptó los cuatro primeros lotes, que constituían 83,4 toneladas, pero se negó a aceptar los restantes, alegando los defectos de embalaje y la falta de conformidad de 420 kilos correspondientes a la cuarta entrega, resolvió el contrato y realizó una

encargadas por un comprador alemán a un vendedor italiano, con la consiguiente falta de pago de más de la mitad del precio, constituían un incumplimiento esencial.

El laudo de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, n ° 7531 de 1994⁸²⁹, calificó de válida la resolución del contrato de compraventa de piezas de andamio realizada por el comprador austriaco y rechazada por el vendedor chino⁸³⁰. En este caso el árbitro único consideró el perjuicio causado por los defectos de las mercaderías entregadas desde un punto de vista cuantitativo, al comparar el valor de coste estimado de los defectos en 17.000 dólares USA, con el valor total de la factura, 46.397 dólares USA. Tales cuantías que fueron apreciadas por una compañía inspectora independiente en el momento del examen de las mismas y que no fueron objeto de disputa por las partes. La falta de conformidad de una importante parte de los bienes, con respecto a las muestras pactadas, fundamentó la esencialidad del incumplimiento⁸³¹.

En la sentencia del Landgericht Landshut, n ° 54 O 644/94, de 5 de abril de 1995⁸³², el Tribunal declaró conforme a derecho la resolución del contrato de compraventa realizada por un comprador suizo frente a un vendedor alemán de ropa deportiva, basándose en la existencia de un incumplimiento esencial por el hecho de que la ropa entregada encogía entre un 10 y un 15 %.

venta de reemplazo a precio muy inferior al del mercado. El vendedor demandó al comprador el pago del saldo pendiente más una indemnización de daños y perjuicios. El tribunal entendió que la respuesta del vendedor constituía una contraoferta que había sido aceptada por el comprador al aceptar la entrega de las primeras remesas. Por otra parte consideró que las malas condiciones higiénicas de 420 kilos no justificaban la aplicación del artículo 71, al no ser parte sustancial en un contrato en el que debían entregarse 200 toneladas.

⁸²⁹ Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, n ° 7531 de 1994, en UNILEX Database, 1995 / II E. 1994-31.

⁸³⁰ La oposición del vendedor se basó en que no se le permitió a su representante realizar una inspección tras la entrega. El árbitro alegó que el comprador no está obligado a esperar que esta se realice, siendo válida la realizada por la compañía independiente contratada por el comprador mientras no se pruebe que fue errónea.

⁸³¹ También es interesante este laudo como aplicación del artículo 48, ya que el árbitro entiende que el derecho del vendedor de subsanar con posterioridad a la fecha de entrega depende del consentimiento del comprador.

⁸³² Landgericht Landshut, n ° 54 O 644/94, de 5 de abril de 1995, en UNILEX 1995 / II E. 1995-12.

Otro ejemplo es el de la sentencia del caso *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corporation*, resuelto en apelación por la United States Court of Appeals for the Second Circuit, n ° 95-7182, 957186, de 6 de diciembre de 1995⁸³³. En este caso la vendedora estadounidense de compresores para aires acondicionados Rotorex vio como estos eran rechazados por la compradora Delchi, que resolvió el contrato y realizó una compra de reemplazo a Sanyo, debido a que el 93% de los entregados en la primera remesa fueron rechazados en los controles de calidad por tener menor capacidad refrigeradora y consumir mayor energía que el modelo contratado y probado. Tanto en primera como en segunda instancias se fundamentó la conformidad a derecho de la resolución basándose en el valor determinante de esos defectos con relación a valor total del producto⁸³⁴.

Vemos que a la hora de la argumentación jurídica se imponen las consideraciones subjetivas, hasta tal punto, que en diversas sentencias en las que el perjuicio monetario no aparece como inmediatamente relevante, se califica al incumplimiento como esencial en virtud de consideraciones puramente subjetivas.

Un ejemplo es la sentencia de la Federal Court of Australia, South Australian District, Adelaide, de 28 de abril de 1995, caso *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH versus Resodown Park Pty. Ltd. y Reginald R. Eustace*, n ° SG 3076 de 1993 FED n ° 275/95, en el que se consideró que el sometimiento a administración judicial del comprador australiano de tiendas y toldos, suponía una privación sustancial del derecho del vendedor alemán. Además, también entiende que la negativa del administrador alemán a devolver las mercaderías, sobre las cuales existía un derecho de reserva de dominio, también constituía un supuesto de incumplimiento esencial⁸³⁵.

⁸³³ United States Court of Appeals for the Second Circuit, n ° 95-7182, 957186, de 6 de diciembre de 1995, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/140.htm>, que revisa, aunque solamente a efectos de la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, la sentencia de primera instancia de la United States District Court for the Northern District of New York, n ° 88-CV-1078, de 9 de septiembre de 1994, en 1994 U.S. Dist. LEXIS 12820, p. 8 a 13.

⁸³⁴ “(...) *the cooling power and energy consumption of an air conditioner compressor are important determinants of the product’s value* (...)”.

⁸³⁵ Federal Court of Australia, South Australian District, Adelaide, de 28 de abril de 1995, caso *Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH versus Resodown Park Pty. Ltd. y Reginald R. Eustace*, n ° SG 3076 de 1993 FED n ° 275/95, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/218.htm>. Sentencia interesante también al tratar el tema de la reserva de dominio y su relación con la CCIM.

43.6. EL CRITERIO INDEMNIZATORIO COMO CALIFICADOR DE LA ESENCIALIDAD DEL INCUMPLIMIENTO: EL “*REMEDY APPROACH*”

La jurisprudencia alemana, más numerosa que la del resto de los países, ha desarrollado un nuevo sistema de resolución de conflictos derivados del incumplimiento esencial, como evolución del sistema casuístico propuesto en los trabajos preparatorios de la CCIM. Mientras que el sistema de resolución caso por caso implica observar en cada caso si el propósito concreto del contrato se ha frustrado, en el nuevo sistema se parte del principio de la CCIM de conservación del contrato, y observa ante todo si es razonable para el comprador la conservación de los bienes defectuosos, su uso, bien para el proceso productivo, bien para una reventa, en cuyo caso favorece esta solución frente a la de resolución contractual, indemnizando el vendedor al comprador por los daños causados y las pérdidas que le generó el incumplimiento⁸³⁶.

Se trata de una solución anunciada por la doctrina en el análisis de la importancia objetiva del perjuicio causado, que afirma que un perjuicio no será sustancial si no es serio objetivamente considerado, entendiendo que no se dará este supuesto en el caso de que, a pesar del defecto, sea razonable esperar del comprador que reciba las mercaderías y se contente con la indemnización de los daños generados por la pérdida de valor o con la reducción del precio. En el juicio de razonabilidad se tienen en cuenta la desviación entre lo pactado y lo entregado considerando la naturaleza y calidad de la mercadería, la gravedad de la alteración de uso de la mercadería por parte del comprador, las dimensiones de la empresa compradora, (ya que si es un comerciante minorista, no tendrá interés alguno en vender a los consumidores productos de inferior calidad), la mercantilidad de los bienes entregados y la facilidad para colocarlos a un precio

⁸³⁶ KOCH, Robert. “The Concept of Fundamental Breach ...” p. 220.

razonable en un mercado accesible al comprador sin grandes dificultades, los posibles litigios con el vendedor derivados de la compraventa a causa de posibles infracciones del deber de mitigar las pérdidas y el grado de descripción de los bienes que conste en el contrato⁸³⁷.

Normalmente los empresarios entran en relaciones comerciales por motivos puramente económicos, por lo que prácticamente cualquier perjuicio debería poder compensarse en su totalidad mediante una indemnización de daños y perjuicios. No obstante, en caso de que tal indemnización no sea suficiente como para cubrir el perjuicio sustancial de las expectativas, existirá un incumplimiento esencial⁸³⁸.

De la misma forma, el artículo 25 no excluye la posibilidad de reparación. Esta acontecerá si se dan los requisitos del artículo 48.1 de la CCIM. Si estos se cumplen y cabe la reparación, las expectativas de la parte perjudicada no se verán sustancialmente perjudicadas, por lo que no existirá un incumplimiento esencial⁸³⁹.

La demostración de una pérdida monetaria sufrida por la parte perjudicada no debe justificar el *Remedy oriented approach*. Emplear este criterio puede suponer una carga de la prueba de la sustancialidad del perjuicio excesivamente pesada para la parte perjudicada. Cualquier determinación de la esencialidad del incumplimiento partiendo de la pérdida monetaria causada por el mismo parecerá arbitraria desde el momento en que no estará claro a partir de qué cuantía la pérdida supone una privación sustancial.

Supuestos concretos de aplicación jurisprudencial del *remedy oriented approach* se han reconocido exclusivamente en los tribunales alemanes:

⁸³⁷ Especialmente interesante por sus múltiples ejemplos, incluyendo el problema de la entrega de un *aliud*. HUBER. "Article 46", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p.385. Ejemplos en p. 385 y siguientes.

⁸³⁸ KOCH, Robert. "The Concept of Fundamental Breach ..." p. 266.

⁸³⁹ KOCH, Robert. "The Concept of Fundamental Breach ..." p. 266.

La sentencia del Landgericht Heidelberg, n ° O 42/92, de 3 de julio de 1992⁸⁴⁰, analizó un caso en el que un comprador alemán de componentes de ordenador resolvió el contrato de compra realizado con el vendedor estadounidense, por haber realizado esta una entrega parcial, 5 de los 11 componentes comprometidos. El Tribunal juzgó improcedente tal resolución contractual, basada en un incumplimiento esencial que no existió en este supuesto, porque por una parte, se trataba de un incumplimiento parcial de los encuadrables en el artículo 51, que veremos más adelante, y por otra, el perjuicio causado era fácilmente subsanable mediante una compraventa sustitutiva, como la que de hecho efectuó el comprador alemán para satisfacer a su cliente austriaco. Para el Tribunal, a la hora de determinar si existe un incumplimiento esencial, debe tenerse en cuenta si era razonable para el perjudicado efectuar una compraventa sustitutiva y reclamar daños y perjuicios por cualquier coste extra derivado de la misma.

La sentencia de la Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n ° 5 U 15/93, de 18 de enero de 1994⁸⁴¹, resolvió un caso en el que el fabricante y vendedor italiano de zapatos había entregado la mercadería a un comprador alemán, expidiendo las facturas correspondientes al precio de compra. El comprador pagó parte del precio, alegando, respecto a la parte no satisfecha, que había resuelto el contrato dado el retraso en la entrega y que además parte de las mercaderías eran defectuosas. El Tribunal rechazó la pretensión del comprador por considerar que el perjuicio causado no era esencial, ya que para que fuera considerado como tal, no bastaba un simple retraso en la entrega, ni que las mercaderías no fueran completamente conformes a lo estipulado. Según este Tribunal, bajo la CCIM se espera del comprador que acepte dentro de unos amplios márgenes, incluso mercaderías no conformes e invoque diferentes acciones, como la de reducción de precio o la de daños y perjuicios, para compensar tales defectos, antes que resolver el contrato. Así, es posible que no haya un incumplimiento esencial en los casos en los que el comprador pueda utilizar las mercaderías no conformes de forma análoga a las que debieron haberse entregado.

La sentencia del Bundesgerichtshof, n ° VIII ZR 51/95, de 3 de abril de 1996⁸⁴², confirma la doctrina seguida por la jurisprudencia alemana, al pronunciarse sobre un caso en el que un

⁸⁴⁰ Landgericht Heidelberg, n ° O 42/92, de 3 de julio de 1992, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/38.htm>

⁸⁴¹ Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n ° 5 U 15/93, de 18 de enero de 1994, en NJW, 1994, p. 1013-1014. Primera instancia Landgericht Frankfurt am Main, n ° 3/3 37/92, de 9 de diciembre de 1992.

⁸⁴² Bundesgerichtshof, n ° VIII ZR 51/95, de 3 de abril de 1996, en RIW, 1996, p. 594-597. Primera instancia: Landgericht Hamburg, n ° 404 O 175/92, de 5 de noviembre de 1993, en

comprador alemán resolvió cuatro contratos de suministro de sulfato de cobalto concertados con un vendedor holandés, una vez observó, que la procedencia de la materia prima no era Gran Bretaña, tal como se pactó y como aparecía en el erróneo certificado de origen, sino Sudáfrica. Por otra parte, la calidad de la mercadería era inferior a la pactada. Siguiendo los pronunciamientos de las instancias inferiores, el Tribunal Supremo alemán mantuvo que no existía incumplimiento esencial alguno que justificase la resolución del contrato, puesto que el comprador no probó que la venta del sulfato de cobalto sudafricano no fuera razonablemente posible, por lo que entendió que no se había probado que la parte perjudicada hubiese sido privada de algo a lo que tenía derecho a esperar del contrato. El Tribunal rechazó el argumento de que la viabilidad de una subsanación debía ser el único factor a tener en cuenta en la consideración de la esencialidad del incumplimiento, afirmando que, si bien era un elemento a tener en cuenta, no constituía necesariamente un supuesto de incumplimiento esencial. Concluyó el Tribunal que, a falta de pacto expreso en contrario, debe tenerse en cuenta el sistema de acciones de la CCIM y sus principios generales, que pretenden restringir los supuestos de resolución en aras de la conservación de la eficacia del contrato. La resolución del contrato debería permitirse únicamente como último recurso, en respuesta a un incumplimiento tan serio que la parte no incumplidora hubiera perdido su interés en cumplir sus obligaciones contractuales. Por lo tanto, entendió que la falta de conformidad de las mercaderías no era suficiente como para justificar un incumplimiento esencial, ni tampoco la entrega de certificados de origen y calidad erróneos, dado que podían haberse obtenidos los documentos correctos por otras vías.

4.4. LO QUE TENÍA DERECHO A ESPERAR EN VIRTUD DEL CONTRATO.

44.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Conforme a una interpretación gramatical, “de lo que tenía derecho a esperar del contrato”, “ *what he is entitled to expect under the contract*”, “*de ce celle-ci était en droit d’attendre du contrat*”, se liga a un perjuicio causado a la contraparte, que le prive sustancialmente de las expectativas contractuales.

<http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/215.htm> Segunda instancia: Oberlandesgericht Hamburg, n ° 5 U 224/93, de 14 de diciembre de 1994, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/216.htm>

De ello se deduce que esas expectativas deben concretarse en cláusulas (implícitas o explícitas) establecidas en el contrato de forma concreta. No será suficiente cualquier expectativa que sea meramente especulativa.

No se incluyen como expectativas a tener en cuenta aquellas que se deliberaron durante la formación del contrato, pero que luego no se tuvieron en cuenta a la hora de concluir el contrato.

El punto de partida de la apreciación de la calificación de un elemento como principal no será el valor objetivo de mercado, sino las expectativas de la parte perjudicada, defraudadas por el incumplimiento, lo que subjetiviza la evaluación de dicho perjuicio, obligando a una interpretación del contrato previa a la valoración del perjuicio. En definitiva, se trata de esclarecer la naturaleza de la obligación contractual.

La severidad del incumplimiento debe evaluarse a la luz de si la finalidad del contrato se ve frustrada o si la parte perjudicada ha perdido el interés en su cumplimiento por el hecho de que los bienes entregados no posean las características necesarias para el uso contratado⁸⁴³.

Una de las consecuencias será que el momento en el que se centran los intereses en juego será el de la conclusión del contrato.

44.2. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Esta referencia a las expectativas resulta fundamental en la interpretación del artículo 25, como se aprecia de sus antecedentes legislativos.

Fue cuestión debatida en el Pleno dada la premura de tiempo que impidió que fuera tratada a fondo por la Comisión.

Ante el Pleno se presentó el primer borrador, próximo en su redacción al UCC, que permitía al comprador "*to revoke a merchandise whose non-conformity substantially impairs its value to him*"(2-608(1)), y aplicar un criterio menos subjetivo y más estricto en los contratos de entregas sucesivas, mediante la

⁸⁴³ KOCH, Robert. "The Concept of Fundamental Breach ..."p. 266.

eliminación de la referencia a la parte perjudicada como sujeto evaluador de la falta de conformidad (2-612(2) y (3)).

En la discusión varios delegados no vieron diferencias entre el concepto previo y el añadido, otros las vieron pero las consideraron inútiles. Hubo división de opiniones respecto a si la referencia a las expectativas creadas en el contrato era un paso adelante o un elemento de subjetividad.

Los representantes de la República Federal Alemana lucharon por conseguir que la sustancialidad del perjuicio fuera vinculada a las expectativas de las partes manifestadas en el contrato.

Los representantes de los países anglosajones, en concreto Australia se había opuesto a incluir las expectativas de las partes como criterios de modalizar el perjuicio considerable como sustancial.

Estas dos posturas fueron recogidas en el artículo 25, pero no se llegó a una determinación clara sobre si la valoración del perjuicio debía ser objetiva o subjetiva.

Ya hemos dicho antes que la doctrina del *Common Law* tiende a la valoración objetiva del perjuicio. Para ellos las expectativas del contrato son un medio para averiguar si el perjuicio es o no sustancial. Según se deriva de la interpretación histórica del precepto, la referencia a las expectativas se incluyó para dotar de una mayor objetividad al concepto del perjuicio. Por ello no se debe incidir especialmente en las expectativas derivadas del lenguaje contractual, sino en las circunstancias que rodean la relación contractual de las partes, ya que estas determinarán el grado del perjuicio a los efectos de que sea considerado como esencial. Por ello es importante que las partes sean conscientes de sus respectivos intereses monetarios y no monetarios⁸⁴⁴.

La inclusión de una referencia a las expectativas del contrato pretendió que la determinación del grado de perjuicio calificador de lo que es sustancial y lo que no lo es, no dependiera solamente de los tribunales, sino que estos se vieran atados a las expectativas de la parte perjudicada, a la vez que esas expectativas

⁸⁴⁴ BABIAK, Andrew. "Defining ... p. 120.

se tienen en cuenta en tanto se han manifestado en los términos del contrato. La determinación del grado de perjuicio depende de las expectativas de la parte perjudicada, de lo que se prometió en el momento de contratar. No se puede juzgar si un incumplimiento es esencial o no sin hacer referencia a las cláusulas del contrato, tanto las explícitas como las implícitas⁸⁴⁵. Pero estas deben ser también relativizadas, en tanto que la consideración de la sustancialidad puede variar excepcionalmente conforme a las imprevisibles circunstancias de la vida comercial⁸⁴⁶.

El voto fue ajustado: 22 contra 18. Ello motivó que se intentara llegar a un compromiso de último minuto: "*impair his expectations*" resultaba inaceptable para los representantes de los países de derecho continental. Ellos preferían "*interests*" lo que no era aceptado por los países de sistema anglosajón. Finalmente se llegó a una solución de compromiso, que responde a la actual redacción del artículo 25⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "Artículo 25" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Comentario ... p. 214.

⁸⁴⁶WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p. 215.

⁸⁴⁷ La solución final parece inspirada en el test de Lord Diplock: "*does the occurrence of the event deprive the party... of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties as expressed in the contract that he should obtain?*", recogida en la sentencia Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd.(1962) 2 Queen's Bench 26; (1962) All England Reports 474- que se aplicó a contratos de compraventa de mercaderías en Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m. b. H. (1976) Queen's Bench 44; (1975) All England Reports 739 at 747, 755-757, 765).

44.3. EXPECTATIVAS NO PROTEGIDAS POR EL ARTÍCULO 25 DE LA CCIM

La referencia a las expectativas derivadas del contrato no se refiere a las representaciones unilaterales de la parte lesionada, que son susceptibles de modificarse posteriormente a la formación del contrato en función de la situación económica cambiante.

Tampoco son los deseos personales lo que se protege, lo que además sería de prueba cierta difícil, sino las expectativas creadas tal y como puedan ser conocidas por juristas expertos, asesores legales, árbitros y jueces.

Se trata más bien del objetivo perseguido por las partes y que ha sido tenido en consideración por ambos contratantes. Para apreciar desde un punto de vista objetivo si el interés determinante que fundamenta la venta por una de las partes ha sido reconocido por la otra se debe estar al momento de la formación del contrato o al inmediato subsiguiente. Si la parte lesionada ve que su interés en el contrato se modifica después de la conclusión del acuerdo, no puede invocarlo puesto que el cambio no fue tenido en cuenta por ambas partes en la formación del contrato ni en un acuerdo subsiguiente: no son más que expectativas unilaterales que no se desprenden del acuerdo concluido. Lo mismo ocurre respecto de las modificaciones que no fueran cognoscibles por la parte incumplidora.

44.4. IMPORTANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO

A la hora de tener en cuenta las expectativas se deben considerar las circunstancias que rodearon el contrato, los términos explícitos, pero también a los acuerdos explícitos e implícitos de dicho contrato, porque lo que se pretende es acudir a la fuente, a la verdadera intención de las partes en la que se basa la

autonomía contractual. De ahí que se trate de interpretar objetivamente un criterio subjetivo.

44.5. LOS INTERESES FRUSTRADOS DE LAS PARTES

El problema de si a la hora de qué intereses generales frustrados por un incumplimiento pueden dar lugar a que ese incumplimiento pueda calificarse como esencial, si solamente los intereses contractuales generales que se pueden esperar del contrato por la parte perjudicada, o solamente los intereses concretos del caso específico, no puede resolverse acudiendo a una interpretación gramatical del artículo 25.

Tampoco se resuelve mediante una interpretación sistemática, ya que no existe un precepto similar en toda la CCIM. Es más, se trata, tal vez, del precepto más complejo de la CCIM en cuanto a su interpretación, dividida en dos partes, sucesivamente modificada, con modificaciones de última hora que alteraron la estructura largamente estudiada presentada por el Grupo de Trabajo, y cuya redacción final supone la mezcla revuelta de elementos interpretativos de orden objetivo y subjetivo.

Solamente acudiendo a la interpretación teleológica se puede desenmarañar parte de tal complejidad.

Para que exista un incumplimiento esencial será necesario que se frustren los intereses de una de las partes. Se debe interpretar la voluntad de las partes a la hora de tener en consideración esos intereses generales. Pero no una voluntad unilateral de la parte perjudicada, sino esa voluntad en tanto haya sido conocida por su contraparte a la hora de celebrar el contrato. El principio que se pretende proteger es el de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil internacional. Para la protección de ese interés es necesario que los intereses que se pretenden cubrir en el contrato se manifiesten expresamente en el contrato, sea por escrito o verbalmente.

Los intereses defraudados deben tener su contraprestación, dado lo sinalagmático del contrato de compraventa. Por ejemplo, no cabe duda que la entrega de la mercadería es generadora del interés del vendedor por obtener un precio por la misma, de tal forma que si no se paga el precio, su interés se ha visto defraudado. El incumplimiento será esencial cuando la prestación sinalagmática no tenga ya ningún interés para la parte perjudicada.

Esa prestación puede ser manifestación no de un interés inmediato de obtener una mercadería o un precio, sino que puede ser manifestación de intereses mediatos, que el incumplimiento de una de las partes frustraría, como la intención de revender las mercaderías o de incorporarlas a un proceso productivo, para lo que sea necesario que la entrega se realice en un plazo determinado, considerado como esencial.

Para que estos intereses mediatos se tengan en cuenta para la calificación de la esencialidad del incumplimiento, se deberán manifestar claramente en el contrato (o en un documento o una declaración complementaria conocida por la contraparte).

Normalmente estos intereses se manifiestan con la inclusión de cláusulas especiales en el contrato. Pero no todas las cláusulas especiales (*Vertragsmodalitäteninteresse*) son manifestación de intereses calificadores de la esencialidad, sino solamente aquellos cuya frustración sea lo suficientemente importante como para que la parte perjudicada pierda su interés en el cumplimiento del contrato.

En definitiva, se trata de un problema de indagación de la voluntad de las partes, un tema de interpretación del contrato, pero se trata de una interpretación de cada contrato individualmente considerado, centrada exclusivamente en la interpretación de lo que la parte perjudicada podía esperar del contrato. Tal interpretación no debe ser literal, sino que debe atender a la verdadera voluntad explícita o implícitamente contenida en el contrato referida a las esperanzas subjetivas de la parte contratante, conforme a lo dispuesto en concreto contrato.

Existen otros intereses a tener en cuenta que no son los derivados directamente del contrato sinalagmático de compraventa ni los añadidos por las

partes en el contrato, se trata de los intereses implícitos en el contrato, los derivados de la confianza de las partes, lealtad en el comercio mercantil internacional, en definitiva, derivados del principio de buena fe (*Vertraueninteresse*). La abstracción de estos intereses no impide que si son defraudados pueda dar lugar a la calificación de un incumplimiento como esencial, si son frustrados de tal manera que eliminan el interés de la parte perjudicada en el cumplimiento del contrato. No obstante, habrá que ver el caso en concreto.

5. DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

5.1. LOS INTERESES DE LAS PARTES

Para que el incumplimiento sea esencial, debe tener como resultado la privación sustancial a la otra parte de lo que podía esperar del contrato. Es decir, debe privar a la otra parte de uno de los elementos principales del contrato⁸⁴⁸.

Un incumplimiento es esencial cuando afecta a intereses contractuales que se refieren a los elementos que han servido de base del contrato.

Estos elementos fundamentales del contrato son las partes del contrato que reflejan los intereses esenciales del mismo, los que han sido tenidos en cuenta por las partes a la hora de celebrar el contrato, sin los cuales el contrato no se hubiera celebrado. Es decir, son las cláusulas contractuales sobre las cuales se sostiene el contrato.

Si los intereses se corresponden con las prestaciones sinalagmáticas a las que se obligan las partes en la compraventa (entrega de la cosa, transmisión de la propiedad, entrega de los documentos, recepción de la cosa, pago del precio), no existe problema en identificar los intereses cuya frustración da lugar a un

⁸⁴⁸NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p. 208.

incumplimiento contractual, ya que vendrán explícitamente reflejados en el contrato. (Es poco frecuente un contrato de compraventa en el que no se especifiquen, como fundamentales, el modo y las condiciones de pago, o la calidad y cantidad de las mercaderías, etc.).

El problema se da cuando los intereses son intereses reflejados en cláusulas especiales, que obedecen a un interés mediato y especial de una de las partes, (“*Vertragsmodalitäteninteresse*”), como la intención de incorporar las mercaderías compradas a un proceso de producción, o intereses basados en la buena fe de las partes contratantes, (“*Vertraueninteresse*”). En estos casos no es automático que la frustración de estos intereses dé lugar a calificar el incumplimiento como esencial. Será necesaria la interpretación (subjetiva y objetiva) de la voluntad de las partes manifestada en el contrato en dar a esos intereses una importancia tal que sin ellos perderían el interés en la ejecución de la compraventa. Por ejemplo, determinando como esencial que la entrega se deba realizar antes de un determinado plazo. Como consecuencia de ello puede resultar de los términos del acuerdo que simples cláusulas auxiliares sean verdaderas obligaciones sustanciales cuyo incumplimiento por el deudor sea un verdadero incumplimiento esencial⁸⁴⁹.

Esta posibilidad de que intereses no sinalagmáticos puedan convertirse en esenciales, impide que se pueda hablar de obligaciones principales y accesorias. No obstante, a falta de acuerdo al respecto, la violación de una obligación accesoria no constituirá un incumplimiento esencial en el sentido del artículo 25, salvo que tenga repercusiones en el cumplimiento de las obligaciones principales, de tal forma que el interés del acreedor en la ejecución del contrato desaparezca⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ BOTZEHNHARDT, Bertrand. *Die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht*. Peter Lang. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien. p. 206-208.

⁸⁵⁰ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p. 211-212.

Hemos visto que de la historia legislativa se deduce que el concepto de perjuicio sustancial no se refiere a la extensión del daño, sino a la importancia del interés que el contrato y sus obligaciones individuales hayan creado para el acreedor. El contrato no solamente crea obligaciones, sino que determina la importancia de cada una de ellas para el acreedor, y por lo tanto, la importancia del perjuicio que le causa su incumplimiento. Ej. por la esencialidad de la entrega en una fecha determinada. Es esencial para las partes determinar claramente la importancia de cada una de las obligaciones, y con ello, el interés que tienen en su cumplimiento. También será fundamental considerar la extensión del daño, que debe ser importante.

5.2. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

La interpretación del contrato en la CCIM se regula en el artículo 8. Implica la interpretación de la oferta y de la aceptación, tanto en su proceso formativo, el de la formación del contrato, como una vez perfeccionado, momento en el que las declaraciones unilaterales de las partes se desgajan de la voluntad individual de cada una de ellas para formar la voluntad contractual común a ambas.

Conforme al artículo 8.1, la voluntad de una parte forma parte del contrato cuando la otra parte la haya conocido o no haya podido ignorarla. Este principio se traduce en un criterio objetivo de interpretación, ya que si tal voluntad es objetivamente de fácil conocimiento deducible del contrato, formará parte del mismo. No se incluirán por lo tanto las declaraciones de voluntad que no se deriven claramente del contrato o que necesiten una compleja explicación, salvo que hayan sido claramente conocidas por la contraparte.

Si no cabe esta interpretación, la interpretación del contrato será la que haría una persona razonable en la misma situación y de la misma condición. (Figura que se repite en el párrafo 2 del artículo 25). Se trata de una interpretación estrictamente objetiva la que definirá el contenido de la declaración de voluntad contractual, según el artículo 8.2.

De acuerdo con esta interpretación, ciertos incumplimientos serán esenciales aunque las partes no lo hayan manifestado explícitamente. El primero de ellos es el caso en el que las partes hayan pactado que el cumplimiento deberá realizarse en una fecha exacta, *Fixgeschäft, fixed, absolutely, precisely, at the latest*. Aunque el retraso en el cumplimiento normalmente no da lugar a la resolución del contrato, es posible que la fecha de entrega por parte del vendedor sea de especial importancia para el comprador, hasta el punto que preferiría que no se realizara la entrega antes que recibir una entrega tardía. En este caso, y siempre que debiera haber conocido la importancia de esa entrega en plazo bien por haberse fijado una fecha exacta en el contrato, bien porque la importancia de la fecha se desprenda de las circunstancias del contrato, como el que se trate de bienes perecederos no susceptibles de ser almacenados, o el haberse informado al vendedor de la fecha en la que el comprador debe entregar las mercaderías a sus clientes, o que de la naturaleza de los bienes se deduzca, como los bienes de temporada, el incumplimiento de la fecha de entrega constituirá un incumplimiento esencial⁸⁵¹. Respecto al incumplimiento de la obligación del comprador a pagar el precio en un plazo determinado, o la de hacer posible ese pago mediante el cumplimiento de todos los requisitos, (por ejemplo, en materia de control de cambios), establecidos en el país donde este vaya a realizarse, la regla general será la de dar un plazo suplementario para dicho pago y este únicamente constituirá un incumplimiento esencial en caso de que se manifieste expresamente la necesidad del cumplimiento en el plazo exacto, o bien en el contrato, o bien en comunicaciones del vendedor al comprador de las que se pueda deducir la voluntad del vendedor del pago en el plazo exacto, que se justifiquen económicamente y no puedan ser solventadas por la vía ordinaria del *Nachfrist* y una eventual indemnización de daños y perjuicios⁸⁵². Supuestos más discutibles

⁸⁵¹ SCHLECHTRIEM, Peter. "Article 25", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods. (CISG)*. Oxford, 1998, p. 182.

⁸⁵² Parte de la doctrina entiende que el señalamiento de una fecha fija de pago claramente estipulada como esencial permite al vendedor la resolución inmediata del contrato sin necesidad de otorgar un plazo suplementario ni probar la existencia de un incumplimiento esencial. HELLNER,

son los casos en los que los bienes entregados tardíamente tengan un precio sujeto a grandes fluctuaciones⁸⁵³, aquellos bienes en los que existe un precio de mercado⁸⁵⁴, o los casos en los que el pago se instrumente en créditos documentarios un plazo determinado y este se incumpla⁸⁵⁵. Con todo, debe tenerse en cuenta que la regla general será la de que el plazo no sea un elemento esencial, de tal forma que el cumplimiento tardío sea subsanable. De hecho, los artículos 47 y 49.1.b de la CCIM consideran la concesión un plazo suplementario

Jan. "The Vienna Convention and Standard Form Contracts", en VOLKEN, Paul / SARCEVIC, Petar. *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*. New York, London, Rome, 1986. p. 353 y nota 18 en p. 363.

⁸⁵³ En este caso parece justificada la calificación del incumplimiento como esencial, ya que la solución del plazo suplementario no haría más que incidir en la aleatoriedad sobrevenida del contrato a consecuencia de la ejecución extemporánea.

⁸⁵⁴ Se trata de una presunción establecida en el artículo 28 de la LUCI, que pretende evitar la especulación por parte del incumplidor. ENDERLEIN / MASKOW, autores alemanes, en una primera fase interpretativa influenciada por la LUCI interpretaron que este supuesto se incluye entre los casos de incumplimiento esencial conforme a la CCIM en todo caso. Ver en ENDERLEIN / MASKOW. *International Sales Law*, "Article 25, n. 18. No obstante, conforme a la CCIM entendemos que no debe presumirse la esencialidad del incumplimiento en estos casos. En este sentido HUBER, "Article 49", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods. (CISG)*. Oxford, 1998, p. 417. Algunos autores defienden la postura contraria, si bien matizan que deberá atenderse a las circunstancias de cada caso. NEUMAYER/MING, art.49, not 3.

⁸⁵⁵ Se discute si este supuesto es un incumplimiento esencial en todo caso, (HELLNER, Jan. "The Vienna Convention and Standard Form Contracts", en VOLKEN, Paul / SARCEVIC, Petar. *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*. New York, London, Rome, 1986. p. 353), según el cual el vendedor debe tener el derecho de declarar la resolución del contrato si el comprador no abre el crédito documentario en el plazo fijado, en especial si el crédito es transmisible y el vendedor necesita transmitirlo inmediatamente a la parte que le suministró las mercaderías que entregará al comprador. En este caso, según este autor, el vendedor debería poder resolver el contrato sin necesidad siquiera de probar que el incumplimiento es esencial.

para dicho cumplimiento en su afán de conservar la eficacia del contrato, aunque en ocasiones en las que el plazo se haya superado con creces, parte de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que no es necesario fijar tal plazo⁸⁵⁶.

En la práctica jurisprudencial es frecuente el supuesto en el que el vendedor realiza una entrega tardía y el comprador, alegando que el plazo era un término esencial del contrato, lo declara resuelto, rechaza la recepción de la mercancía y el pago del precio. Sin embargo, son pocos los supuestos en los que los tribunales hayan considerado esencial un plazo de entrega sin haberse pactado este expresamente. Un ejemplo es la sentencia de la Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, n.º 1 U 167/95, de 28 de febrero de 1997⁸⁵⁷, se establece que si bien la entrega tardía no supone en sí misma supuesto alguno de incumplimiento esencial, sí lo es en los casos en los que, en el momento de la celebración del contrato, sea obvio para el vendedor que existe un especial interés del comprador en la entrega puntual de la mercancía, como sucede cuando el contrato contiene el incoterm "CIF". Normalmente la falta de fijación expresa de la fecha de la entrega ha sido interpretada por los tribunales como indicio de que la entrega tardía no constituía un incumplimiento esencial, tal es el caso de la sentencia de la Landgericht Oldenburg, n.º 12 O 2541/95, de 27 de marzo de 1996⁸⁵⁸, en la que el vendedor italiano entregó las mercaderías, consistentes en vestidos, al comprador alemán, con un día de retraso. El tribunal rechazó la pretensión del comprador alemán de calificar tal entrega como un incumplimiento esencial, dado que el comprador había tomado posesión de las mercaderías en vez de rechazarlas a su

⁸⁵⁶ HUBER, "Article 49", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods. (CISG)*. Oxford, 1998, p. 417. NEUMAYER/MING, art.49, not 3.

⁸⁵⁷ Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, n.º 1 U 167/95, de 28 de febrero de 1997, *Forum*, 2 (1997), p. 168-171. Se trata de un supuesto de compraventa de molibdeno de hierro con un mínimo del 65% de pureza procedente de China de un vendedor alemán a un comprador del Reino Unido, cláusula de entrega "CIF Rotterdam", en la que después de varios intentos de renegociación de la pureza de la materia prima y de la fecha de entrega, al haberse producido una notable alza de precios en el mercado que generó dificultades al vendedor para obtener y entregar la materia prima en el plazo pactado, el comprador resolvió el contrato y realizó una compra de reemplazo exigiendo daños y perjuicios por la diferencia de precio,

⁸⁵⁸ Landgericht Oldenburg, n.º 12 O 2541/95, de 27 de marzo de 1996, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/188.htm>

recepción. En la sentencia de la ⁸⁵⁹Amtsgericht Ludwigsburg, n ° 4 C 549/90, de 21 de diciembre de 1990, se consideró que el retraso de dos días, con respecto a la fecha estipulada expresamente en el contrato, en el cumplimiento de la obligación de entrega de ropa para mujer por parte del vendedor francés al comprador alemán era solamente un incumplimiento de menor importancia para el comprador, no susceptible de ser calificado como esencial. Es más, en la sentencia del Oberlandesgericht München, n ° 7 U 1720/94, de 8 de febrero de 1995⁸⁶⁰, la falta de entrega en el plazo en que el vendedor alemán, con posterioridad a la celebración del contrato, se manifestó como dispuesto a la entrega de once coches al comprador italiano, ni siquiera se consideró como un supuesto de incumplimiento, puesto que en el contrato no habían convenido en una fecha concreta de entrega.

Otro supuesto es el caso en el que las partes hayan especificado la calidad de los bienes, o se haya notificado que los bienes deben ser aptos para destinarlos al fin comunicado por el comprador al vendedor, entonces cualquier defecto de tales bienes específicamente previsto o la imposibilidad de destinarlos a dicho fin supone un incumplimiento esencial, incluso si las mercaderías entregadas no suponen para el comprador una grave pérdida⁸⁶¹.

La jurisprudencia se ha pronunciado el respecto en diversas ocasiones en los que el comprador invocó incumplimiento esencial por falta de calidad de las mercaderías entregadas. En el primero de ellos, la sentencia de la

⁸⁵⁹ Amtsgericht Ludwigsburg, n ° 4 C 549/90, de 21 de diciembre de 1990, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/134.htm>

⁸⁶⁰ Oberlandesgericht München, n ° 7 U 1720/94, de 8 de febrero de 1995, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/143.htm>

⁸⁶¹ El comprador puede exigir explícitamente que la materia prima que se entregue tenga un determinado porcentaje de pureza y considerarse incumplimiento esencial el caso de que ese porcentaje no se alcance. Lo cual es aplicable incluso aunque no se pacte expresamente si los usos de comercio internacional en dicho sector exigen un determinado porcentaje y no se alcanza en la entrega efectiva. En este sentido, MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG) en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gsetabuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier-de Gruyter, Berlin, 1994, p. 386.

Oberlandesgericht Insbruck, n ° 4 R 161/94, de 1 de julio de 1994⁸⁶², confirma la decisión de primera instancia del Landgericht Feldkirch, n ° 5 Cg 176/92y - 64, de 29 de marzo de 1994, en la que un vendedor danés reclamó el pago de la tercera remesa de margaritas que había entregado el comprador, una floristería alemana, y que esta se había negado a satisfacer al comprobar que sus clientes le devolvieron las plantas por no haberse marchitado al poco tiempo y no haber aguantado el verano. La razón de ello fue que el comprador no solamente había manifestado los pretendidos defectos de la mercadería al vendedor fuera del plazo razonable sino que además no resultó suficientemente probado que el pretendido defecto se debiera a un cultivo inapropiado por parte del vendedor ni que existiera antes de la transmisión del riesgo al comprador, así como tampoco resultó probado que el comprador hubiera puesto como condición una especial duración de la floración de las margaritas. En otro supuesto, la sentencia del Landgericht Ellwangen, n ° 1 KfH O 32/95, de 21 de agosto de 1995⁸⁶³, señaló que el óxido de etileno contenido en la pimienta vendida por una empresa española a otra alemana era excesivo de acuerdo con la ley alemana, que regía el contrato y cuya normativa sanitaria era de aplicación, por lo que la empresa alemana, advertida por la asociación alemana de importadores de especias una vez realizada la primera entrega de las dos previstas, resolvió válidamente el contrato al considerarse incumplimiento esencial el incumplimiento de la normativa sanitaria alemana aplicable por voluntad implícita de las partes.

Conforme al párrafo 3 del artículo 8 de la CCIM, se deben tener en cuenta circunstancias especiales del caso para tal interpretación: las negociaciones, usos entre ellas, comportamiento ulterior de las partes, etc., con el contenido que les daría una persona razonable.

⁸⁶² Oberlandesgericht Insbruck, n ° 4 R 161/94, de 1 de julio de 1994, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/279.htm>

⁸⁶³ Landgericht Ellwangen, n ° 1 KfH O 32/95, de 21 de agosto de 1995.

En la sentencia de la Cour d' appel de Grenoble, de 22 de febrero de 1995, caso Sarl Bri Production "Bonaventure" c. Sociedad Pan Africa Export⁸⁶⁴, se resolvió que el incumplimiento de la obligación de comunicar el destino de la reventa de los pantalones vaqueros comprados por la empresa norteamericana a la empresa francesa suponía un incumplimiento esencial, ya que la empresa vendedora Bri Production había manifestado reiteradamente por telecopia la importancia de esta cláusula, así como se había preocupado de controlar en todo momento de la ejecución del contrato, así como de seguir el destino de las remesas de pantalones, exigiendo copia de los títulos de transporte adecuados, quedando constatado que el comprador conocía perfectamente la importancia que el destino de los bienes tenía para el vendedor. En esta cláusula se obligaba a la empresa compradora a destina la reventa de los pantalones a África o a Sudamérica, cuando en realidad se habían destinado a España, donde el vendedor tenía un contrato de distribución en exclusiva concertado con la empresa "No way out".

El magistrado BERAUDO, en la sentencia de la Cour d' appel de Grenoble, de 4 de febrero de 1999⁸⁶⁵, analizó un supuesto de pretendido incumplimiento esencial, en virtud del cual un vendedor español resolvió indebidamente un contrato de venta de zumo de naranja a un comprador francés, con lo que incurrió a su vez en incumplimiento esencial, y el francés le reclamó daños y perjuicios en virtud del artículo 74, dadas las compraventas de reemplazo que había

⁸⁶⁴ Cour d' appel de Grenoble, de 22 de febrero de 1995, caso Sarl Bri Production "Bonaventure" c. Sociedad Pan Africa Export, en *JDI*, 1995, p. 632-641. Con comentario de Philip Kahn. En primera instancia, sentencia n ° 134007, del Tribunal Commercial de Grenoble, se obvió la aplicación de la CCIM.

⁸⁶⁵ Sentencia de la Cour d' appel de Grenoble, de 4 de febrero de 1999, en <http://www.jura.uni-sb.de/Witz/040299v.htm>. Hechos: Ego Fruits contrata en mayo de 1996 la compra de zumo de naranja puro para su fabricación y comercialización a suministrar por La Verja. Las entregas se deben escalonar de mayo a diciembre. Posteriormente se pacta que la entrega de septiembre se adelante a agosto, con la correspondiente rebaja del precio. En agosto, La verja pone a disposición el zumo pero Ego Fruits no recoge la mercancía aunque propone hacerlo en septiembre. La Verja sufre dificultades de almacenaje y concentra el zumo. En septiembre La Verja notifica por fax a Ego Fruits la resolución del contrato por la falta de recogida de la mercadería, que considera incumplimiento esencial, no procediendo a las entregas a partir de septiembre. Ego Fruits realiza hasta diciembre compras de reemplazo a precio más caro y no paga a La Verja el precio de las mercaderías entregadas. La Verja demanda a Ego Fruits el pago del zumo entregado.

Primera Instancia (Tribunal Commercial de Romans, N ° RG 97008146): Condena a Ego Fruits a pagar la mercadería recibida. La Verja goza de la "exceptio non adimpleti contractus" por la falta de recogida de las mercaderías. Ego Fruits apela, al haber sido ignorada la CISG.

realizado. La sentencia afirma que la esencialidad del incumplimiento de la obligación de recoger las mercaderías debe buscarse en que la pretendida privación sustancial lo debe ser de lo que estaba en derecho de esperar del contrato, lo cual implica que la importancia de tal obligación debe ser sustancial para el acreedor y debe ser conocida como tal por el deudor, lo cual debe apreciarse en el contexto existente en el momento en que tal periodo se convino. En este caso la entrega inicialmente pactada para septiembre se adelantó a agosto como contrapartida a la rebaja de precio solicitada por Ego Fruits en junio. La Verja no comunicó hasta la notificación de septiembre la inestabilidad del zumo de naranja puro y la necesidad de concentrarlo después de agosto. El Tribunal considera que el retraso en la recogida del zumo unos días no es incumplimiento esencial, sino que debería haber dado lugar solamente a la rebaja del precio que se manifestó como contrapartida al adelanto de la entrega, que era lo que podía esperar el deudor de su incumplimiento. Por ello, entiende que La Verja ha cometido una ruptura culpable del contrato. Condena a Ego Fruits al pago del zumo ya recibido (con retraso), y a La Verja a pagar daños y perjuicios igual a la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la compra de reemplazo.

La sentencia del Oberlandesgericht Düsseldorf, de 24 de abril de 1997, n ° 6 U 87/96⁸⁶⁶, que se analizaremos más adelante al tratar el tema del incumplimiento parcial, asume expresamente argumentos doctrinales de CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, en virtud de los cuales afirma que el supuesto de falta de entrega en la fecha estipulada para el cumplimiento no supone un incumplimiento esencial salvo que se pruebe que el comprador tenía un especial interés en el cumplimiento del plazo, de tal manera que no aceptaría ninguna entrega tardía, y que esa voluntad fuera conocida por el vendedor en el momento de conclusión del contrato. En este caso, el tribunal rechazó la existencia de un incumplimiento esencial porque se produjo una entrega tardía (cuatro meses) de zapatos del vendedor italiano al comprador alemán, que fue aceptada por este.

En todo caso, la calificación de un incumplimiento como esencial o no esencial, atendiendo a los intereses en juego, será una cuestión que debe resolverse en cada caso en concreto, atendiendo a la importancia que se haya dado a la cláusula correspondiente y a la manifestación del carácter esencial de ese incumplimiento que el perjudicado haya comunicado al incumplidor.

⁸⁶⁶ Oberlandesgericht Düsseldorf, de 24 de abril de 1997, n ° 6 U 87/96 en *Forum des Internationalen Rechts*, 1997, p. 160. Se trata de una sentencia discutible en su contenido, ya que existió una llamada telefónica en la que el comprador manifestaba lo fundamental de la entrega puntual, pero el tribunal entendió que tal manifestación no la tuvo en consideración para considerar el incumplimiento como esencial, aunque sí para afirmar que en ella se debería haber establecido una fecha que permitiera un cumplimiento tardío, necesariamente previo a la resolución del contrato.

5.3. IMPORTANCIA DEL IDIOMA DEL CONTRATO

La consideración a la voluntad de las partes y a la buena fe se debe tener en cuenta a la hora de resolver problemas tan frecuentes como el riesgo de confusión que existe en comercio internacional, derivado de la diferencia de idiomas. Esto hace que en la medida de lo posible se excluyan los intereses que no estén expresa y claramente identificados en el contrato. La valoración del conocimiento por la contraparte ha de tener en cuenta la circunstancia de la diferencia de idiomas y la posibilidad de diversos grados de conocimiento de los mismos. En todo caso, este problema debe resolverse acudiendo al concepto de persona razonable de a misma condición y en las mismas circunstancias contenido tanto en el artículo 8, en sede de interpretación del contrato, como en el test de previsibilidad que se trata en el Capítulo siguiente. Según este criterio, salvo que se acredite un conocimiento superior del idioma por parte del contratante incumplidor, existe base legal suficiente como para presumir un conocimiento, al menos básico, del idioma en el que se realiza la contratación en el sector del comercio internacional en el que las partes operan, conocimiento que será el suficiente como para contratar y comprender los elementos esenciales del contrato, y que se toma como base objetiva tanto para la interpretación del mismo, como para la aplicación del test de previsibilidad a la hora de exonerar de las consecuencias de la esencialidad del incumplimiento al incumplidor.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el *Sprachrisiko* o “riesgo del lenguaje”, en la sentencia de la Oberlandesgericht Hamm, n ° 11 U 206/93, de 8 de febrero de 1995⁸⁶⁷, en la que afirmó que el hecho de que las notificaciones realizadas por el síndico del vendedor italiano quebrado fueran realizadas al comprador alemán en idiomas, inglés y francés, distintos al empleado en la redacción del contrato, alemán, no era suficiente como para que aquellas no fueran efectivas, a pesar de que el comprador desconociera completamente el francés y alegara conocimientos básicos de inglés, y ello porque conforme al artículo 8, una persona razonable

⁸⁶⁷ Oberlandesgericht Hamm, n ° 11 U 206/93, de 8 de febrero de 1995, en *Recht des Internationalen Wirtschaft*, 1997, p. 153-155.

habría reclamado la traducción de dichas notificaciones, así como porque los usos de comercio internacional del sector, (compraventa de ropa, en este caso calcetines), permiten presumir un conocimiento suficiente de la lengua en la que se redactan la mayoría de tales contrato, el inglés.

5.4. NORMAS INTERNAS IMPERATIVAS Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA CCIM

Otro factor a tener en cuenta es la normativa interna imperativa aplicable a la validez o la eficacia real de la compraventa. Por ejemplo, el incumplimiento de la normativa de aduanas, no conocida por una de las partes, puede impedir la entrega de las mercaderías. En este caso, la consideración de la buena fe en la interpretación e integración del contrato llevará a la posibilidad de incluir intereses que aunque existentes y esperados por las partes no formen parte expresa del contrato. Estos deberán ser tenidos también en cuenta, en tanto integren el contrato por los usos o bien porque hubieran debido conocerse por las partes (artículo 35), con lo que se introduce un elemento subjetivo en la calificación del incumplimiento mediante la interpretación del contrato para la determinación de las expectativas de la parte perjudicada que podía conocer su contraparte. Por ello, también será importante no sólo conocer los principios rectores de la voluntad de las partes, sino también los elementos comunes de los ordenamientos de las partes a la hora de conocer las expectativas de la parte perjudicada.

En este sentido se pronunció el Bundesgerichtshof, en la sentencia n ° VIII/ZR 159/94, de 8 de marzo de 1995⁸⁶⁸, ya comentada. En este caso, consideró que el hecho de que los mejillones neocelandeses, importados por una empresa suiza en Alemania, tuvieran una concentración de Cadmio superior a la recomendada por las autoridades sanitarias alemanas, no daba lugar a un incumplimiento esencial, no sólo porque cabía vender tales productos en otro país, puesto que eran aptos para el consumo humano, sino también porque la empresa suiza podía haber conocido fácilmente la normativa sanitaria alemana, más teniendo en cuenta que era idéntica a la suiza.

⁸⁶⁸ Bundesgerichtshof, n ° VIII/ZR 159/94, 8 de marzo de 1995, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, p. 595-597.

6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA CCIM

Para evitar los problemas derivados de la terminología del artículo 25 siempre queda la salida del acuerdo de las partes, en virtud de la libertad de contratación consagrada en el artículo 6 de la CCIM. Con lo que pueden excluir la aplicación de la CCIM, en todo o en parte⁸⁶⁹, expresa o tácitamente⁸⁷⁰, modificar o redefinir su ámbito de aplicación o su contenido, especificando cada una de las posibles formas de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, y señalar cuáles de ellas pueden dar lugar a la resolución del contrato, es decir, modificar el grado de esencialidad exigible para que un incumplimiento sea considerado esencial.

Las partes pueden asumir el lenguaje de la CCIM, pero también pueden crear una terminología propia o asumir la de otros textos, como las establecidas en los Principios UNIDROIT.

⁸⁶⁹ Ejemplos de cláusulas modificativas los encontramos en KLOTZ, James M. *International Sales Agreements. An Annotated Drafting and Negotiation Guide*, Aurora, Ontario, 1997, que en las páginas 29, 63, 123, 163, 164, 224 y 235 reproduce las propuestas por LANSNER, Ruth L. "Documenting International Sales Transaction - The Contract of Sale", (comunicación presentada en el International Bar Association Meeting, celebrado en París el 20 de septiembre de 1995).

⁸⁷⁰ Ejemplo de exclusión tácita lo encontramos en el conflicto resuelto por la sentencia de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante, n.º 420/2000, de 16 de noviembre, (Aranzadi Civil 2000\2413), en la que la remisión de las partes en el contrato a la ley de Inglaterra, así como la falta de alegación a la Convención de Viena ni en la demanda ni en la demanda reconventional, permite al Tribunal presumir la falta de voluntad de las empresas contratantes, una española y otra inglesa, a regular sus relaciones por los preceptos de la CCIM.

6.1. INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE OBLIGACIONES SECUNDARIAS

Es posible que se den obligaciones no principales cuyo incumplimiento pueda dar lugar a un incumplimiento esencial del contrato, en virtud de:

- la integración de las normas de la CCIM por medio de los principios generales conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2 de la CCIM.
- la autonomía de la voluntad de las partes, que puede dar lugar a que obligaciones en principio accesorias sean consideradas como esenciales, bien por haberse incluido como tales por cláusula contractual expresa, bien por su inclusión tácita deducible mediante la interpretación de la voluntad de las partes manifestada en el contrato, conforme a las reglas del artículo 8 de la CCIM, bien por vía de las normas de integración de los contratos del artículo 9, que incluyen las prácticas peculiares entre las partes y los usos de comercio internacionalmente reconocidas.

El incumplimiento de tales obligaciones, principales o no, debe serlo de una obligación incluida en un contrato de compraventa regulado por la CCIM. Es decir, será una de las obligaciones reguladas en la CCIM, o bien obligaciones *sui generis*, especialmente pactadas y encuadrables en ese contrato de compraventa tal como se entiende en la CCIM. En el caso de que las obligaciones pactadas por las partes no se puedan encuadrar dentro del concepto de compraventa internacional de mercaderías tal y como se define en la CCIM⁸⁷¹, las consecuencias del incumplimiento no se recogen en la CCIM sino que se regulan en derecho interno⁸⁷². Ya hemos visto los casos especialmente conflictivos de los contratos de distribución y de las garantías del fabricante.

⁸⁷¹ (por ejemplo la prohibición de competencia, OLG Frankfurt a M., *NJW* 1992, p.633-635),

⁸⁷²SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung"p.211.

Aunque sea serio, un incumplimiento de un deber no contractual no es necesariamente un incumplimiento esencial del contrato. Un artículo defectuoso conforme a las reglas de responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, por no alcanzar los niveles de seguridad exigidos por las autoridades, puede ser válido si las partes han pactado que el producto tenga tales características contrarias a la legislación administrativa. Incluso si el defecto es un incumplimiento del contrato, puede no ser esencial, aunque cause perjuicio personal, o daño a la propiedad.

6.2. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de la contratación internacional, normalmente realizada por operadores con capacidad económica fuerte, es lógico que se tenga los menores límites posibles. Lo cual no deja de tener sus peligros, ya que la autonomía de voluntad puede llevar al control de la contratación por la parte económicamente fuerte, que puede imponer a la parte débil condiciones peores que las que la aplicación de la CCIM le garantiza⁸⁷³.

62.1. DERECHO ESPAÑOL

En derecho español, las partes pueden establecer cláusulas resolutorias explícitas, con criterios distintos a los que se establecen en el artículo 1124 del Código Civil, en virtud del principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 del Código Civil. Así, pueden elevar a condición principal una obligación que en principio era solamente accesoria y pueden prever que

⁸⁷³BONELL, Michael Joachim. "Parties' Autonomy", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p. 51.

incumplimientos que aparentemente no tienen relevancia objetiva faculten para resolver⁸⁷⁴.

No obstante existen unos límites: las normas imperativas, que se imponen siempre a los pactos entre particulares, y el principio de buena fe, recogido en los artículos 7 y 1258 del Código Civil, y la doctrina del abuso de derecho del párrafo segundo de aquel, en virtud de los cuales los tribunales moderan el rigor de las cláusulas que establezcan la resolución por incumplimiento de una obligación mínimamente importante en la economía del contrato⁸⁷⁵.

62.2. COMMON LAW

En derecho inglés, las partes son libres de pactar que una cláusula determinada sea una *condition*, así como pactar que el incumplimiento de una cláusula por una parte faculte expresamente a la contraparte para resolver, sin que en este supuesto sea exigible que el incumplimiento de la misma deba dar lugar a consecuencias graves, es decir, la facultad resolutoria puede ejercitarse aunque no existiera una *substantial failure of performance*. Estas cláusulas se incluyen normalmente para evitar la prueba de la entidad del perjuicio. No obstante, esta posibilidad de establecer cláusulas resolutorias debe cumplir con ciertos requisitos:

- el acreedor debe atenerse estrictamente a los términos del contrato para resolverlo.
- La facultad resolutoria debe ejercitarse en un plazo razonable a contar desde el incumplimiento.

⁸⁷⁴ CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia, 1992, p. 143.

⁸⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984, R.A. 571, referida a la resolución por incumplimiento del pago de uno de los plazos en la compraventa de un inmueble.

- el deudor no pueda evitar la resolución mediante la aplicación de una *Statute Law* o en virtud de la *equity*⁸⁷⁶.

62.3. NORMAS IMPERATIVAS DE LA CCIM

Límites de la autonomía de las partes para modificar o excluir todo o parte de la CCIM son:

- el límite de la forma escrita del artículo 12, respecto de los países que hayan hecho la reserva conforme al artículo 96.
- la imposibilidad de pactar la exclusión o modificación de los artículos 89 y siguientes, puesto que no van dirigidos a las partes sino a los Estados contratantes. Entre estas se halla el artículo 100 de determinación de l ámbito temporal de la CCIM.
- el artículo 4, aunque por otra parte su exclusión carecería de sentido atendiendo a que la CCIM no excluye aquello que no regula.

Según gran parte de la doctrina, existen artículos de la CCIM que se consideran derecho imperativo que en caso de aplicarse la CCIM no pueden ser excluidos por las partes. Estos son los artículos 1, 2, 3, 4, 7 y 12⁸⁷⁷. Sin embargo,

⁸⁷⁶ El concepto de *equity* se aproxima más al de buena fe y prohibición del abuso de derecho que al concepto de equidad. La jurisprudencia anglosajona lo define como *relief against forfeiture*, lo que puede explicarse como falta de igualdad real entre las partes a la hora de celebrar el contrato en virtud de la cual una parte impone a la otra una cláusula en la que un incumplimiento irrelevante pueda privarle de los beneficios del contrato. CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución del contrato por incumplimiento*, valencia, 1992, p. 141.

⁸⁷⁷ Para SCHLECHTRIEM las reglas adoptadas por las partes no deben contradecir los principios esenciales de la CCIM. Se permiten reducciones razonables de períodos de garantía, limitaciones de la responsabilidad de las partes, máximos de responsabilidad patrimonial por incumplimiento, etc. Este juicio lo hace partiendo del principio de buena fe y de la equivalencia de las prestaciones que, según este autor puede anular cláusulas que podrían considerarse aplicables de no tener en cuenta el artículo 4 de la CCIM. BONELL, Michael Joachim. "Parties' Autonomy", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The*

no existe razón alguna ni en los antecedentes legislativos, ni en la propia CCIM que permitan mantener esta postura. Es más, el artículo 6 es lo suficientemente explícito, precisamente porque en la Conferencia se decidió apostar por una autonomía de la voluntad amplia para permitir a las partes alejarse de lo dispuesto en la CCIM, salvo en las normas de Derecho Internacional Público.

Cabe que las partes apliquen la CCIM a supuestos de los artículos 2 y 3, en los que no debería aplicarse. En este caso se debe estar a lo que establezca la ley aplicable conforme a las normas de conflicto del foro si los que deciden son los Tribunales. Si deciden los árbitros las soluciones no tienen porqué sujetarse a la ley del foro⁸⁷⁸.

62.4. EL PRINCIPIO DE BUENA FE

En virtud de este principio general, reconocido expresamente como inspirador de la CCIM, se podría argumentar que un incumplimiento contractual de poca importancia, de tal forma que no impidiera el uso de las mercaderías conforme a lo pactado, o que fuera barato y fácil de reparar, no debería ser considerado como incumplimiento esencial, aunque las partes hubieran pactado que así fuere. Y esta solución parece la más conforme a la naturaleza del contrato de compraventa y de otros principios también reconocidos implícitamente, como el de conservación del contrato o el principio de razonabilidad.

1980 Vienna Sales Convention. Milano, 1987, p. 62. Para otra parte de la doctrina son de derecho imperativo los artículos 4, 5 y 2.a. MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CCIM) en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gsetabuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier-de Gruyter, Berlin, 1994, p. 101.

⁸⁷⁸BONELL, Michael Joachim. "Parties' Autonomy", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p. 63-64. Ver también los comentarios respecto del artículos 4, 7, 18 y 28 en MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CCIM) ... p. 110-111.

Los instrumentos más novedosos en materia de contratación internacional, reconocen de forma directa o indirecta la primacía del principio de buena fe sobre el de autonomía de la voluntad de las partes⁸⁷⁹. No obstante, la CCIM parece clara a desentenderse del problema, dado que, por un lado reconoce expresamente que la autonomía de las partes se impone sobre cualquier otra disposición de la CCIM, incluido el artículo 7; y por otro lado, lo que se pretendería alegando el principio de buena fe sería anular una determinada cláusula contractual pretendidamente abusiva, es decir, entraríamos en un tema de validez contractual, que la CCIM excluye expresamente de su ámbito en el artículo 4, con lo que habría que buscar la solución en el derecho internacional privado.

62.5. VALIDEZ DE LOS ACUERDOS MODIFICATIVOS O DE EXCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 25 DEL A CCIM

Otro problema es el que los acuerdos de modificación o exclusión adoptados por las partes sean inválidos, (conforme a las normas de derecho interno, artículo 4), a pesar de manifestar una voluntad clara de excluir la aplicación de la CCIM al contrato. En este caso debe respetarse la voluntad de las partes, no aplicando la CCIM⁸⁸⁰. (Lo cual puede llevar a la paradoja de tener que

⁸⁷⁹ Así, en los Principios UNIDROIT, el artículo 1.5 establece que la autonomía de la voluntad de las partes queda limitada por los mismos Principios, entre los que el artículo 1.7 reconoce el de buena fe como principio irrenunciable. MORÁN BOVIO (Coor.). *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Pamplona. 1998. p. 63 y 77. Por otra parte, los Principios de la Unión Europea reconocen en su artículo 1.102 (1) que las partes son libres de celebrar un contrato y determinar su contenido, siempre sujetas a las exigencias de la buena fe, la negociación honesta y las normas de derecho imperativo reconocidas en dichos Principios.

⁸⁸⁰ BONELL, Michael Joachim. "Parties' Autonomy", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p. 60. En sentido contrario HERBER und CZERWENKA, que entienden que al ser nula la causa de exclusión no produce efecto, por lo que la CCIM debe aplicarse. MAGNUS también entiende que la exclusión contenida en un acuerdo nulo, implica que la CCIM seguirá siendo aplicable. MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CCIM) ... p. 104.

aplicar el derecho interno del país cuando precisamente es el que justificaría la aplicación de la CCIM).

Por las reglas del derecho nacional se rigen las normas de validez material de los acuerdos de exclusión total o parcial de la CCIM en beneficio de una de las partes⁸⁸¹.

62.6. LA IMPORTANCIA DE LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

Un presupuesto, más que un límite, es el que las partes tengan la voluntad real de realizar una compraventa internacional. Es decir, si de lo que se trata es de calificar contratos que no tienen la naturaleza propia de la compraventa, pero las partes los califican como tal, se impondrá la verdadera naturaleza del contrato a la calificación del mismo realizada por las partes, y solamente se aplicará la CCIM en el caso de que el contrato concebido por las partes reúna los requisitos exigidos por la CCIM para que sea considerado como de compraventa internacional.

Lo mismo en sentido inverso, por mucho que las partes califiquen como compraventa internacional el negocio jurídico que realicen, esta solamente lo será si las partes han acordado un negocio jurídico cuyos elementos coincidan con los que la CCIM establece para que dicho negocio sea calificado como tal⁸⁸².

⁸⁸¹MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CCIM) ... p. 101.

⁸⁸² En sentido similar se pronuncia De Castro cuando establece que "[L]a regulación de los negocios jurídicos se hace atendiendo al propósito práctico o resultado social del negocio, porque conforme a él se protege a las mismas partes y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros interesados". DE CASTRO,, p. 29. En realidad, al hablar de naturaleza jurídica se habla del propósito práctico del negocio, de su real significado social.

No obstante, la voluntad de las partes no pierde su preeminencia, ya que es la que determina los elementos definitorios del negocio jurídico que se celebre, aunque este no coincida con la calificación que se le haya dado⁸⁸³.

Por otra parte, esa calificación puede ser orientativa de la normativa aplicable en caso de que las normas reguladoras del negocio jurídico real sean dispositivas.

6.3. LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

La masificación de la contratación que ha impuesto en gran parte de las transacciones una documentación en la que predominan cláusulas prerredactadas con condiciones generales⁸⁸⁴. Estas pueden incluir condiciones que modifiquen o complementen el régimen de la compraventa regulado en la CCIM.

La exclusión o modificación del concepto de incumplimiento esencial mediante condiciones generales de contratación, implica estudiar la relación entre la CCIM y la regulación de las condiciones generales de contratación, que suelen implicar problemas de validez que caen fuera del ámbito de la CCIM. Esta relación es una de las cuestiones más trascendentales que se pueden plantear en la compraventa internacional, ya que la práctica comercial internacional hace uso con mucha frecuencia de condiciones generales prescritas en las ofertas, cartas de confirmación, y todo tipo de documentos contractuales de compraventa internacional.

⁸⁸³ En este sentido, De Castro dice: "Atender al propósito práctico del negocio jurídico no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario, tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y responsabilidad. DE CASTRO,, p. 30.

⁸⁸⁴El pacto mediante condiciones generales de contratación: existen en materia de venta de cereales, madera, suministro de plantas y maquinaria, bienes de consumo y otros artículos de almacenamiento *ingeneering*, fueles sólidos, cítricos... HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands.1989.p.87.

Las declaraciones de voluntad contenidas en las condiciones generales de contratación quedan amparadas por el principio de autonomía de la voluntad refrendado por el artículo 6. No obstante su eficacia como tales declaraciones de voluntad se trata de un tema de validez que conforme al artículo 4.2 queda fuera del ámbito de la CCIM. (Las normas de validez a las que se remitan las normas de derecho internacional privado de la *lex fori*, que si resulta ser la española, será la ley de Condiciones Generales de Contratación).

En estos casos estas modificaciones deben ser admitidas en tanto en cuanto no sean contrarias a las normas de derecho interno que afecten a su validez, conforme a lo que se establece en el artículo 4 de la CCIM. En concreto, en caso de que la ley aplicable al contrato sea la española, se aplica la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, que incluye dentro de su ámbito de aplicación las relaciones entre profesionales, en tanto que exige que tales condiciones formen parte del contrato, que sean de redacción clara, concreta y sencilla, y que puedan ser conocidas. No se aplicarán sin embargo los preceptos que se refieran a cláusulas abusivas, aplicables solamente a las relaciones entre consumidores y profesionales, explícitamente excluidas de la CCIM en su artículo 2.

No obstante, la aplicación de la norma interna lo será en tanto se refiera a la validez de tales cláusulas, como el artículo 5 de la Ley, o las consecuencias de la falta de validez de las mismas, artículos 7 a 10 de la Ley. No se aplicará a las normas que se refieran a interpretación, el artículo 6 de la Ley, dado que frente a estas se imponen las normas de interpretación de los contratos recogidas en los artículos 8 y 9 de la CCIM.

CAPÍTULO SEXTO. EL TEST DE PREVISIBILIDAD, EL MOMENTO DE VALORACIÓN Y LA PRUEBA

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

Hasta aquí lo tratado era el concepto de incumplimiento esencial. En realidad la previsibilidad ya se incluye en el concepto a través de la referencia a las expectativas del contrato.

El test de la previsibilidad fue introducido en el Proyecto como contrapeso subjetivo al criterio objetivo del perjuicio sustancial.

En la Conferencia se modificó la redacción del artículo 23 del Proyecto incluyendo la referencia a las expectativas del contrato, dada su redacción demasiado objetivista a juicio de los representantes del derecho germánico.

Se observa por lo tanto que el artículo 25 de la CCIM es fruto de un consenso. Precisamente ese consenso en la redacción es el que ha generado dudas en la interpretación del mismo. Dudas especialmente importantes en el análisis de la parte final del precepto, que recoge el test de previsibilidad.

En este Capítulo diseccionamos en primer lugar el test de previsibilidad. En segundo lugar determinamos el momento en que esa previsibilidad debe ser considerada. Al final, analizamos el problema de la carga de la prueba. Problema que hemos decidido situar en esta parte, dado que la cláusula “salvo si...” supone una inversión de la carga de la prueba, independientemente de las normas nacionales que regulen el pleito que, eventualmente pueda plantearse entre los contratantes.

2. IMPORTANCIA DEL TEST DE PREVISIBILIDAD

La importancia del test de previsibilidad es consecuencia del concepto de sustancialidad de perjuicio⁸⁸⁵:

- si se ha optado por la consideración objetiva del mismo de tal forma que el énfasis se ponga en "privación sustancial", la extensión real del perjuicio será lo importante, las expectativas de la parte perjudicada podrán influir en esa consideración objetiva y el test de previsibilidad será la manera de que los intereses de la parte incumplidora se tengan en cuenta⁸⁸⁶.

- si se enfatiza la palabra "contrato", las expectativas del mismo cobran especial consideración, de tal forma que la importancia real de la privación pasa a ser relativa, dependiendo del interés de la parte perjudicada en la pervivencia del contrato, teniendo en cuenta sus expectativas manifestadas en el contrato, por lo que el test de previsibilidad viene a ser una mera norma de interpretación del mismo⁸⁸⁷.

Según los partidarios de la valoración objetiva del concepto de perjuicio sustancial, la parte final del artículo 25 conserva su función de contrapeso subjetivo, en el que se tiene en cuenta a la parte incumplidora.

Según los partidarios de la teoría subjetivista, o sea, los que consideran la importancia de las expectativas contractuales en la calificación del perjuicio, esta inclusión cumplía la función de contrapeso subjetivo en el mismo concepto de perjuicio sustancial. Según esta tendencia, representada por SCHLECHTRIEM, la parte final del artículo 25 es superflua, los redactores de la Convención

⁸⁸⁵ HALBHUBER, Harald. "Article 25 CISG: The Problem of Finding a Uniform Meaning in a Uniform Wording", en *European Contract Law*, AA 43 (1994) 6, p.405.

⁸⁸⁶ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Deventer-Boston, 1991. p.256.

⁸⁸⁷ HOLTHAUSEN, Rüdiger. "Die wesentliche Vertragsverletzung des Verkäufers nach Art.25 UN-Kaufrecht", en *RfW*, 1990, Heft 2 , p.102.

simplemente se olvidaron de eliminarla. La subsistencia de la misma se tiene que ver como una aplicación del criterio interpretativo del artículo 8.

Siguiendo la teoría subjetivista, la aplicación del test del artículo 25 requiere dos pasos:

- que la parte perjudicada sea privada sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar del contrato, si uno de los intereses principales del contrato se frustra.
- esta pérdida de interés solamente es relevante si era un interés esperable conforme a lo dispuesto en el contrato. La pregunta es si las partes pretendían proteger ese interés mediante el contrato. Para averiguarlo es imprescindible la interpretación del contrato.

Las reglas de interpretación del contrato se establecen en el artículo 8. En este artículo se establecen dos tipos de normas interpretativas, una subjetiva en el párrafo primero, y otra objetiva, la de la persona razonable, en el párrafo segundo. Precisamente esta regla, similar a la redacción del test de previsibilidad, al tener en cuenta el mismo criterio interpretativo, el de la persona razonable, es la que permite a estos autores alegar que su teoría no es absolutamente subjetivista, además de afirmar que la cláusula de previsibilidad del artículo 25 es superflua.

Estas dos tendencias interpretativas del artículo 25 no se justifican acudiendo a los trabajos preparatorios.

Por una parte la tendencia objetivista es la más conforme con los mismos, ya que el cambio del criterio del mantenimiento del interés principal de la parte perjudicada por el incumplimiento es el criterio de LUCI que se pretendía eliminar con el concepto de perjuicio sustancial. Pero la introducción de las expectativas del contrato durante la Conferencia, a iniciativa alemana se ha interpretado, sobre todo por la doctrina alemana, como el triunfo del mantenimiento del interés del perjudicado sobre la objetividad del perjuicio. Sin embargo esta teoría se basa en el único argumento del cambio de redacción del artículo sin atender a los motivos a que dieron lugar a esa modificación.

Dentro de la corriente subjetivista, pero buscando una interpretación que no deje parte del artículo 25 sin contenido, destacan dos autores:

HALBHUBER, alemán, defiende que el método más adecuado es atender a la intención de los que introdujeron la nueva redacción, (es decir, apoya el criterio subjetivo), alegando una justificación inusual, el propio artículo 8 de la CCIM que señala que la intención de una parte prevalece si la otra supo o no pudo ignorar cuál era esa intención⁸⁸⁸. Sin embargo, esta solución parece más que discutible, tanto más si partimos de que la redacción final es fruto de un consenso que no obedece necesariamente a un contenido claro, sino que pretende un texto único, aunque sea ambiguo, como es el caso.

Más acertada es la teoría de MUSGER, austríaco, que señala que la interpretación del artículo 25 no puede hacer superfluo parte del mismo. Para este autor el test de previsibilidad es superfluo en tanto se refiera al momento de conclusión del contrato, ya que esa función está cubierta por las normas interpretativas del artículo 8, pero cobra plena virtualidad si se refiere a actos que modifiquen la previsibilidad de la esencialidad del incumplimiento en un momento posterior a la conclusión del contrato. Es decir, un incumplimiento que se podía considerar esencial en el momento de conclusión del contrato, al ser previsible en ese momento, se puede convertir en no esencial si las circunstancias se modifican con posterioridad a dicha conclusión, de tal forma que ya no fuera previsible⁸⁸⁹.

3. PREVISIBILIDAD DEL RESULTADO

El incumplimiento de una parte que causa a la otra parte un perjuicio tal que prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, no es necesariamente un incumplimiento esencial. Para que pueda calificarse como tal es además necesario que sea previsible.

⁸⁸⁸ HALBHUBER, Harald. "Article 25 CISG: The Problem of Finding a Uniform Meaning in a Uniform Wording", en *European Contract Law*, AA 43 (1994) 6, p.405.

⁸⁸⁹MUSGER. "Die wesentliche Vertragsverletzung", en *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut der Universität des Saarlandes*, 1989, Nr. 168, p.11.

La previsibilidad que predica el artículo 25 no tiene porqué ser idéntica a la de los supuestos del artículo 79 de exoneración de la responsabilidad por daños y perjuicios (aunque en cuanto a exoneración sí conviene tener en cuenta el artículo 80, por el que el incumplimiento causado por la parte perjudicada puede ser invocado por la misma).

Trataremos ahora de la aclaración del concepto de previsibilidad que en el artículo 25 se expresa en los siguientes términos: “salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

3.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Para una correcta interpretación gramatical es en primer lugar necesario consultar al menos otra versión oficial. La versión inglesa establece: “*unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind and in the same circumstances would not have foreseen such a result*”. La versión francesa dice: “*à moins que la partie en défaut n’ait pas prévu un tel résultat et qu’une person raisonnable de même qualité placée dans la même situation en l’aurait pas prévu non plus*”.

Conforme a estas versiones, el criterio a tener en cuenta como eximente de la esencialidad no es el de culpa, sino el de previsibilidad del resultado, es decir, del perjuicio causado. Previsibilidad del resultado observada desde dos aspectos: uno subjetivo, el de la parte incumplidora; y uno objetivo, el de la persona razonable.

3.2. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

El requisito de previsibilidad exigido en el artículo 25 es similar al establecido en el artículo 74 para el cálculo de los daños y perjuicios, en el sentido

de que tanto uno como el otro sirven como límite a las pretensiones de la parte agraviada en el caso de que la otra parte no hubiera previsto las consecuencias últimas de su incumplimiento, así como ayuda a la determinación de la gravedad del incumplimiento. Desde este punto de vista, parte de la doctrina entiende que el enfoque debe ser el de que el concepto de perjuicio sustancial sea el determinante de la calificación de la esencialidad del incumplimiento, y el elemento de previsibilidad sirva solamente para eximir a la parte incumplidora de su responsabilidad por el incumplimiento contractual⁸⁹⁰. Aunque parece más adecuado entender que se tratará de una exención del concepto de esencialidad de tal incumplimiento, pero no una exención de toda responsabilidad derivada de dicho incumplimiento, que al no considerarse esencial puede ser objeto de indemnización de daños y perjuicios, salvo que a su vez reúna las condiciones de exención de indemnización del artículo 79 de la CCIM.

3.3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Históricamente, el criterio de previsibilidad había sido el seguido como criterio único de determinación de la esencialidad del incumplimiento en la LUCI⁸⁹¹.

La propuesta mexicana que introdujo el concepto de perjuicio sustancial o importante no preveía la excepción de falta de previsibilidad.

Es posteriormente cuando se incluye esta excepción como criterio subjetivo atenuante de lo objetivo de la definición anterior.

La propuesta de Filipinas incluye cláusula “unless”, que invierte la carga de la prueba.

⁸⁹⁰ KOCH, Robert. “The Concept of Fundamental Breach of Contracts under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, en *Review of the convention of contracts for the international sale of goods (CISG)*, 1999, p. 264-265.

⁸⁹¹ BABIAK, Andrew. “Defining “Fundamental breach” under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. *Temple International and Comparative Law Journal*. Vol.6, 1992, p. 121.

La modificación del concepto de perjuicio sustancial en la Conferencia de Viena redujo en gran medida la importancia de la previsibilidad como eximente de un incumplimiento esencial, ya que parte de su función se incluye en la propia definición de ese perjuicio al relacionarlo con las expectativas del contrato.

Al final, la determinación del momento de previsibilidad se dejó expresamente en el aire.

3.4. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

34.1. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA CORRECTORA DE LAS ANTERIORES

Desde el punto de vista teleológico, hemos visto que la parte primera de la definición tiene un significado completo por sí misma. Ahora veremos en qué medida esta segunda parte puede alterar el equilibrio de intereses y los principios consagrados por la CCIM.

La previsibilidad se predica del conocimiento o la posibilidad de conocimiento que la parte incumplidora tenía de estar incumpliendo una obligación, y además de que ese incumplimiento fuera esencial, causara un perjuicio sustancial a la otra parte, (conforme a las expectativas de esta derivadas del contrato). Se trata de un correctivo subjetivo del concepto de incumplimiento esencial al criterio objetivo de perjuicio sustancial. Otra cosa es que para moderar ese subjetivismo se incluyera la previsibilidad de una persona razonable. Por otra parte en la Conferencia el concepto objetivo del perjuicio sustancial fue subjetivizado con la referencia a las expectativas del contrato.

34.2. LA APRECIACIÓN DE LOS INTERESES CONCURRENTES EN EL CONTRATO

El criterio de previsibilidad no solamente actúa como supuesto de hecho de exoneración del incumplidor, sino también como punto clave para la apreciación de los intereses de las partes y la calificación del incumplimiento de una de las partes. Implica que no todo incumplimiento que cause un perjuicio sustancial dé lugar a un incumplimiento esencial. Es necesario que además la parte incumplidora haya previsto o fuera objetivamente previsible, que su acción u omisión daría lugar a un incumplimiento, y que dicho incumplimiento causaría un perjuicio sustancial a la otra parte (teniendo en cuenta las expectativas contractuales). Es decir, previsibilidad del incumplimiento, del perjuicio y de la sustancialidad del mismo. En caso de imprevisibilidad de cualquiera de estos elementos, el incumplidor queda liberado de las consecuencias de un incumplimiento esencial.

De acuerdo con la previsibilidad del incumplimiento por las partes, pueden darse diversos supuestos:

- Si las partes han establecido expresamente en el contrato que el incumplimiento de determinadas obligaciones o modalidades de obligaciones dará lugar a un incumplimiento esencial: en este caso la cláusula de previsibilidad carece de eficacia. En este caso el incumplidor no podrá alegar que no había podido prever el perjuicio, ya que al menos para una persona razonable de la misma condición y en la misma situación habría podido preverlo. Es indiferente que el pacto se haya establecido por escrito o de forma verbal, la diferencia se dará exclusivamente a la hora de la prueba.
- Si las partes no han establecido expresamente que el incumplimiento de una determinada obligación será considerado esencial pero se puede deducir por el hecho de que las partes hayan dado una especial importancia al cumplimiento de una obligación. Se trataría de un supuesto en el que la esencialidad se establece implícitamente. Por ejemplo, se podría entender previsible, al menos en sentido objetivo, que el incumplimiento de la obligación de secreto sobre el diseño de un

producto incorporada como condición especial en un contrato de compraventa, sea un incumplimiento esencial aunque las partes no lo hayan establecido expresamente. En todo caso se trata de un problema de interpretación del contrato con la correspondiente prueba. Cuestión de prueba que implica en primer lugar la obligación de que la parte perjudicada pruebe la existencia del perjuicio y su sustancialidad, y una vez probado, la parte incumplidora que quiera exonerarse, pruebe la imposible previsibilidad subjetiva y objetiva del mismo.

4. QUE LA PARTE QUE HA INCUMPLIDO NO HAYA PREVISTO TAL RESULTADO

Una vez la parte que alega el incumplimiento ha probado la existencia de este y su carácter sustancial, por la pérdida de expectativas contractuales, la parte incumplidora, para desvirtuar el carácter esencial del incumplimiento y así exonerarse de la responsabilidad derivada del mismo, debe probar dos cosas: que ella no anticipó de ninguna manera el perjuicio sustancial causado, y que ninguna persona razonable en su lugar lo habría hecho.

Normalmente una parte que incumple su contrato alegará que no pudo prever las consecuencias perjudiciales para las expectativas de la otra parte.

4.1. CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

La imprevisibilidad depende del conocimiento de las circunstancias relevantes⁸⁹². El conocimiento de dichas circunstancias puede haber sido defectuoso por varios motivos que afecten a la capacidad de la parte incumplidora para anticiparse y reconocer los problemas en la transacción. Estos pueden ser bien dependientes de la parte incumplidora (ignorancia, falta de talento

⁸⁹²WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p.218.

o experiencia⁸⁹³, errores de su personal u organización), bien dependientes de la parte agraviada (como no haberle comunicado sus expectativas u otra importante parte de la información, o no haberlo hecho con los medios adecuados, o haber retenido información, teniendo en cuenta asimismo la experiencia o la falta de la misma por la parte perjudicada), bien dependiente de terceros (como pérdida de la información enviada por culpa de los servicios postales). Incluso cuando la información ha sido enviada puede existir una interpretación o aplicación errónea de la misma por parte de la parte incumplidora...

Pero no basta con afirmar la imprevisibilidad. Esta debe ser probada. Esta prueba es subjetiva y no siempre fácil, pero aunque se consiga probar, será necesario además superar el test de previsibilidad objetiva que es el que realmente satisface las necesidades del comercio internacional.

5. ESTIMACIÓN OBJETIVA DE LA PREVISIBILIDAD

Dos cuestiones deben ser tratadas en lo referente al elemento objetivo de previsibilidad:

- En primer lugar, si este elemento es aplicable directamente o solamente después de haber tenido en consideración el conocimiento concreto de la otra parte.
- En segundo lugar, qué se entiende por persona razonable de la misma condición y en igual situación.

5.1. RELACIÓN ENTRE EL CONOCIMIENTO INDIVIDUAL Y LA ESTIMACIÓN OBJETIVA

No está claro desde el punto de vista doctrinal si los requisitos objetivo y subjetivo se exigen alternativa o cumulativamente. Parte de la doctrina⁸⁹⁴,

⁸⁹³BABIAK, Andrew. "Defining ...122.

⁸⁹⁴KOCH, Robert. "The Concept...p. 264.

partiendo de una interpretación literal de la conjunción copulativa “y”, entiende que en el caso de que el incumplidor se dedique al comercio y tenga un conocimiento del mercado tal que pueda prever más que un comerciante ordinario, se verá protegido por la parte segunda del test de previsibilidad, es decir, quedará exento de su responsabilidad pudiendo ampararse tras el paradigma de la persona razonable de la misma clase y en las mismas circunstancias.

Otra parte de la doctrina⁸⁹⁵ entiende que un comerciante que conocía o pudo prever más que los demás en su género de comercio, no debería poder ampararse tras la protección del test de previsibilidad, es decir, entiende que los tests subjetivo y objetivo deben aplicarse alternativamente.

51.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Si partimos de un análisis gramatical, podemos observar que la parte final del artículo 25 dice: “salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

La versión inglesa establece: “unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind and in the same circumstances would not have foreseen such a result”.

La versión francesa dice: “à moins que la partie en défaut n’ait pas prévu un tel résultat et qu’une person raisonnable de même qualité placée dans la même situation en l’aurait pas prévu non plus”.

En todas las versiones se utiliza la conjunción copulativa y (and, et), lo que da a entender la necesidad de que los dos tipos de previsibilidad tengan que darse para que esta sea aceptada como válida para exonerar al incumplidor. Es decir, se

⁸⁹⁵ WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p. 220.

exige que además de existir un conocimiento de la importancia del incumplimiento por el incumplidor, este fuera además objetivamente previsible. La conjunción disyuntiva “o” significaría que bastaría uno de los dos requisitos para exonerar al incumplidor.

51.2. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Un análisis sistemático del precepto nos obliga a hacer referencia al concepto de persona razonable existente en la CCIM. Además de en el artículo 25, la CCIM hace referencia a la persona razonable al usarla como criterio objetivo a tener en cuenta junto al criterio subjetivo en la interpretación del contrato. Ni en el artículo 8 como en el 25 existe referencia expresa a la relación entre el criterio objetivo y el subjetivo. Aunque una interpretación gramatical de ambos artículos puede llevar a conclusiones contradictorias: en el artículo 25 se deben dar ambos criterios para que la exención por falta de previsión sea efectiva, en el artículo 8 el criterio subjetivo se impone sobre el objetivo, siendo este de aplicación subsidiaria. No obstante esta afirmación no es exacta ya que la integración del contrato del artículo 9 sí tiene en cuenta los elementos objetivos.

51.3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Un análisis histórico del precepto nos remite a los antecedentes del artículo 25 a partir de la LUCI. La LUCI estableció un criterio de previsibilidad subjetivo basado en el test hipotético, pero corregido por la previsibilidad de una persona razonable. Importante fue la sustitución de la conjunción "or" por la copulativa "and". Tal modificación se introdujo por el Grupo de Trabajo en 1977, por lo que en los Proyectos de la CCIM se acabó por dar la siguiente redacción: “unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result”.

En la Conferencia de Viena se modificó la referencia objetiva introduciendo el test de la persona razonable de la misma condición y en la misma situación, a raíz de una propuesta egipcia. Durante la Conferencia se discutió la conjunción de ambos juicios de previsibilidad, el subjetivo del contrato en concreto, y el objetivo de una persona razonable. Se intentó introducir la conjunción “o”, ya que lo que pretendían los legisladores era que ambos juicios se dieran alternativamente para evitar la existencia de un incumplimiento sustancial, siempre que se diera uno de los supuestos, conservando así en mayor medida el contrato. Finalmente, dada la introducción de la cláusula “salvo que ...” se mantuvo la conjunción “y”, de tal forma que con que uno solo de los tests se diera, no bastaría para eximirle del cumplimiento.

Este análisis histórico nos permite deducir que el fundamento jurídico de esta norma es evitar que la determinación de la previsibilidad de lo esencial del incumplimiento, y por lo tanto el interés de la parte perjudicada, dependa en exclusiva de la parte incumplidora. Por ello se introduce un factor corrector, el de la previsibilidad de una persona razonable, que no es más que la posibilidad de apreciación de la previsibilidad objetiva, es decir, la que en cada caso determine el juez o árbitro como adecuada al caso en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del comercio internacional para el mismo supuesto, lo que protege a la parte perjudicada de la posible unilateralidad del criterio subjetivo.

Por otra parte además del contrapeso del criterio objetivo, aparece en la definición de perjuicio sustancial un elemento que sujeta el incumplimiento esencial además a otro criterio subjetivo, el de las expectativas de la parte perjudicada.

51.4. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

La finalidad del precepto es por tanto la de restringir en lo posible la exoneración de la parte incumplidora, aunque no impedir totalmente su exoneración. Esta solamente cabrá en los casos en que hubiere existido una falta

de conocimiento por la parte perjudicada (criterio concreto y subjetivo). Pero no basta con esta falta de conocimiento, ya que este solo criterio podría dar lugar a abusos. Precisamente por ello se introdujo la cláusula “unless”, para que la carga de la prueba de la falta de previsión subjetiva corriera a cargo de la parte incumplidora. Este criterio no era suficiente para la seguridad del perjudicado. Era necesario un criterio cumulativamente exigible para garantizar el interés del perjudicado pero sin perjudicar la seguridad jurídica. Este criterio (abstracto y objetivo) es el del juicio de una persona razonable (que será la que determine el perjudicado, que es el que tiene la facultad de resolver en caso de que exista un incumplimiento esencial, o el juez o árbitro, si la anterior es discutida por la parte incumplidora).

Por lo tanto, desde el punto de vista del perjudicado, la previsibilidad de la gravedad del incumplimiento exige que se den alternativamente cualquiera de los dos tests para que el incumplidor no pueda exonerarse. Ambos test se complementan. No se puede permitir que un comerciante más astuto que haya previsto los riesgos más allá que una persona razonable, se ampare en esta figura para librarse de la calificación de su incumplimiento como sustancial.

Por otra parte, desde la perspectiva del incumplidor, esta redacción supone una mayor carga probatoria. La parte incumplidora no se libera de su responsabilidad probando que no ha previsto el resultado, debe probar además que no existían motivos para su previsión⁸⁹⁶. En otras palabras: la carga de la prueba es doble para la parte incumplidora⁸⁹⁷. Para que exista un incumplimiento esencial basta que uno de los dos tests resulte positivo⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "artículo 25" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.p.218.

⁸⁹⁷WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary ...* p.220.

⁸⁹⁸LOEWE, Roland. *Internationales Kaufrecht*, Wien, 1989, p.47-48.

El incumplidor deberá probar que ambos requisitos se dan cumulativamente para poder quedar exonerado, de tal forma que si cualquiera de ellos falla, existirá un incumplimiento esencial.

Lo normal es que la prueba que presente el incumplidor se inicie por el test subjetivo, y objetivo, y que la réplica del perjudicado se intente contra el test subjetivo, pero incida en especial contra el objetivo.

La exigencia cumulativa del criterio subjetivo junto con el objetivo hace que este último tome preponderancia, dejando la decisión de la determinación de la previsibilidad a los jueces⁸⁹⁹.

6. CONCRECIÓN DEL CRITERIO OBJETIVO: LA PERSONA RAZONABLE

El test objetivo consiste en averiguar si alguien más pudo prever el perjuicio sustancial como consecuencia del incumplimiento. Para ello no se utiliza el modelo de *bonus pater familias*, "*the man on the Clapham omnibus*", sino el de persona razonable.

El modelo de persona razonable fue excluido por los redactores del Proyecto, pero recuperado en la Conferencia a consecuencia de una propuesta de Egipto. La fórmula coincide literalmente con la del artículo 8.2, y se la criticó en la misma manera. Al final se optó por evitar extremos, con lo que se adoptó como criterio objetivo abstracto que se contrapesara con el subjetivo de la previsibilidad de la parte incumplidora.

La CCIM buscó una persona que fuera un modelo de comparación objetivo para el caso en concreto. Así lo definió como "una persona razonable de la misma

⁸⁹⁹En el mismo sentido: NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p.217, y ALPA, Guido / BESSONE, Mario. "Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionali di cose mobili", en *La vendita internazionale. La Convezione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure, (26-28 settembre 1980)*, Milano (Giuffrè), 1981, p. 167-209.

condición ... en igual situación”. En inglés: “*a reasonable person of the same kind and in the same circumstances*”. La versión francesa dice: “*une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation*”.

La clave es por lo tanto el concepto de persona razonable. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyos criterios definidores deben ser delimitados en lo posible para conseguir que se trate de un verdadero concepto objetivo y no un mero concepto que permita una discrecionalidad judicial.

Es más importante que el criterio subjetivo a efectos prácticos por la mayor facilidad de prueba.

6.1. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

El concepto de persona razonable que se utiliza también en otros artículos, en especial los de interpretación e integración del contrato (artículos 8 y 9).

6.2. DERECHO COMPARADO

Persona razonable es un criterio similar aunque no idéntico al de un buen padre de familia, o más próximo al de un comerciante diligente. No obstante no podemos afirmar que se trate de ninguno de estos dos conceptos, sino de uno específico de la CCIM, tal vez más similar el de *reasonable person* del derecho anglosajón.

6.3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Por persona razonable, según se deduce de la interpretación histórica del concepto, se debe entender una persona de un concreto nivel de educación, o de un grupo específico que se dedique al mismo tipo de negocio que el incumplidor,

una persona que no asuma riesgos innecesarios en su negocio, sino que dirija su negocio conforme a la forma ordinaria del comercio internacional al que se dedique, y observe la diligencia acostumbrada en esa dirección, se trata de una persona de la que se puede esperar la solvencia financiera habitual en ese tráfico, y que ofrece la seguridad en el tráfico mercantil acostumbrada en ese negocio. En definitiva se trata de una persona estándar de ese negocio que guarda el principio de buena fe en el tráfico internacional tal y como se entiende en el artículo 7 de la CCIM.

6.4. COMERCIANTE RAZONABLE

La doctrina entiende que persona razonable se debe entender como un comerciante razonable. Un comerciante razonable es el que cumpla con los todos los estándares de su comercio y que no esté ni profesional ni intelectualmente por debajo de esos estándares⁹⁰⁰. En definitiva, se trata de eliminar a las personas no razonables, los considerados intelectual, moral o profesionalmente por debajo de la media en comercio internacional⁹⁰¹.

Con todo, para evitar excesivas abstracciones y aproximar la ficción de la persona razonable a la posición real de la parte incumplidora, se utilizaron dos elementos calificadores de la pretendidamente neutral persona razonable: de la misma condición y en las mismas circunstancias.

⁹⁰⁰ BABIAK, Andrew. "Defining ...122.

⁹⁰¹WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p.219.

7. DE LA MISMA CONDICIÓN

7.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Se trata de una calificación del concepto jurídico indeterminado “persona razonable” que no hace nada más que especificar el ámbito de interpretación de dicho concepto.

Es un término de difícil concreción, como lo demuestra la diversidad de traducciones: en francés "*de la meme qualité*", en ruso "v tom je kachestve", en inglés "*of the same kind*", en español "de la misma condición", en alemán "*in der gleichen Art*" (de la misma clase) para Austria y Alemania, "*in gleicher Stellung*" (en la misma posición, supone una traducción más objetivista) en Suiza.

La versión inglesa (*of the same kind*) se asemeja a la versión española (*de la misma condición*), pero difiere de la versión francesa (*de la même qualité*), si bien esta última coincide con la versión rusa.

Curiosamente esta diferencia de matices se ha reproducido en la traducción alemana acordada entre Alemania Federal, Alemania Democrática, Austria y Suiza. Suiza tradujo la expresión de la versión francesa (*in der gleichen Stellung*), mientras que los demás países tomaron la expresión inglesa (*der gleichen Art*). La traducción italiana de Lina Rubino acogió la versión francesa (*della stessa qualità*).

En realidad, desde una interpretación gramatical estricta existe una leve diferencia entre ambas versiones. Las versiones española e inglesa tienden a considerar una persona del mismo oficio en general que el incumplidor, las versiones rusa y francesa tienden a concretar no solamente el oficio sino unas cualidades similares a las que posee el concreto incumplidor.

La diversidad de expresiones hace en este caso imprescindible acudir a los demás métodos interpretativos.

7.2. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

De la interpretación sistemática no se puede deducir gran cosa. De la misma forma que en el artículo 8.3, depende del concepto de persona razonable.

7.3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

El análisis de los antecedentes históricos nos lleva a comparar este precepto con el correlativo de la LUCI. Si comparamos la versión francesa del artículo 25 de la CCIM con la versión francesa del artículo 10 de LUCI se observa que en este se omite la referencia a la persona razonable.

La inclusión se debe a la moción de Egipto, que pretendía que la previsibilidad se objetivara, por las razones ya mencionadas. El problema es que no quedó claro el criterio de objetivación. Durante la Conferencia, el representante Egipcio insistió en la diferencia existente entre la versión francesa y la inglesa. Sin embargo, tal llamada de atención no fue atendida al entenderse que la diferencia entre las versiones inglesa y francesa, que fueron la base de las discusiones, no eran de trascendental importancia.

7.4. LA DOCTRINA

Aunque como se demuestra estudiando la doctrina internacional sobre la CCIM, la diferente redacción puede llevar a interpretaciones equívocas, como la que realiza BABIAK, puesto que entiende que la frase de la versión inglesa "*of the same kind*" se refiere a un comerciante del mismo negocio, que realice las mismas funciones y operaciones que el incumplidor⁹⁰², mientras que defiende que si se

⁹⁰²BABIAK, Andrew. "Defining ...122.

tiene en cuenta la versión francesa, también se tendrán en cuenta las prácticas comerciales razonables, y el contexto socio-económico, religión e idioma.

La determinación más conforme del concepto de persona razonable es la que considera como tal al hipotético comerciante del mismo género de comercio, ejerciendo la misma función. Se deben tener en cuenta las prácticas comerciales, pero también el contexto socio económico (religión, idioma, nivel profesional medio, etc.)⁹⁰³.

7.5. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Viendo que ninguna de los métodos interpretativos nos aclaran el concepto, se hace necesario acudir a la interpretación teleológica. Se debe interpretar el concepto conforme al propósito de la frase.

La razón de ser de la norma es evitar que la previsibilidad dependa en exclusiva del conocimiento individual de una persona, el incumplidor. Para ello se establece un criterio objetivo. Este criterio es el de una persona razonable de la misma condición y en la misma situación, es decir, no un concepto general, sino concretado al ámbito de actuación y previsibilidad ordinaria en el ámbito del comercio de que se trate.

Por otra parte, no debemos olvidar que se rechazó la propuesta de la URSS en virtud de la cual se pretendía que “persona razonable de la misma condición” se sustituyera por “comerciante dedicado al comercio internacional”. El que se rechazara el comerciante internacional como criterio objetivo obedeció más a la remota posibilidad de que una de las partes no fuera comerciante. Remota porque

⁹⁰³WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p.218.

los sujetos en el comercio internacional son en su mayor parte comerciantes, y sobre todo porque las compraventas de consumo se entienden excluidas del ámbito de aplicación de la CCIM.

Por ello, la doctrina identifica persona razonable con comerciante estándar⁹⁰⁴, aunque no se trata de una interpretación conforme a lo pretendido en la Conferencia.

En definitiva, no se trata de una persona que no tenga conocimiento alguno de ese ámbito de compraventa internacional, aunque tampoco se exige un nivel de previsibilidad de un "supercomerciante"⁹⁰⁵.

Se trata de tener en cuenta la actuación normal de los comerciantes en ese concreto tráfico mercantil internacional, para el caso de que tengan las condiciones de capacidad y conocimiento normales en el sector, que conozca la praxis del mismo, que conozca el idioma en el que se suele realizar, y en el nivel de conocimiento exigible para una persona de su misma situación y educación (por ejemplo, no se puede exigir a un empresario de un sector dominado por el idioma inglés que conozca a la perfección dicho idioma, pero sí que conozca o se dote de los medios necesarios para conocer los conceptos fundamentales de ese idioma en ese sector concreto del comercio, no siendo justificable el total desconocimiento del mismo). También debe conocer las técnicas normales de ese comercio, tanto de producción, como de transporte y conservación de las mercaderías, etc. Pero también deberán ser tenidos en cuenta otros elementos que no tienen tanto que ver con el carácter de comerciante internacional del incumplidor, como el contexto socioeconómico, el idioma, la religión (p. ej. la interdicción coránica de los intereses en los países islámicos), nivel de vida, y otros criterios de carácter social, aunque sin perder de vista que debe tratarse de alguien habitual en el tráfico mercantil internacional.

⁹⁰⁴BABIAK, Andrew. "Defining ...122.

⁹⁰⁵ BOTZENHARDT. *Die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht*. Peter Lang. Frankfurt-a.M. Berlin. New York. Wien.Paris.Bern. 1998. p. 243.

8. PERSONA EN LA MISMA SITUACIÓN

En inglés “in the same circumstances”, en francés “dans la même situation”, en ruso, “*analogichnoej obstoiatel. Istbaj*”⁹⁰⁶.

Es el segundo elemento objetivo. Se refiere no tanto a la situación personal de la parte incumplidora con la que se compara la persona razonable, como a los elementos puntuales y externos a la misma.

La previsibilidad de las consecuencias derivadas del incumplimiento depende de diversos elementos: las seguridades acerca de la calidad de las mercancías que el comprador haya reclamado al vendedor, de lo que este haya comunicado al comprador en el momento de la conclusión de la venta, de las indicaciones del adquirente referentes al uso especial de la mercancía o de otras particularidades. En la medida de las circunstancias el vendedor debe reconocer, dada la existencia de un incumplimiento, el alcance de sus actos u omisiones sobre los intereses del comprador. Cuando el comprador no cumple con su obligación de pagar el precio o recibir la mercancía, es previsible que el incumplimiento de estas obligaciones cause un perjuicio que afecte a un elemento esencial del contrato para el vendedor.⁹⁰⁷

Estos aspectos que no se incluyen en el concepto de persona de la misma condición son supuestos como los regulados en el artículo 8.2 y 8.3 de la CCIM. En estos párrafos se encuentran criterios de comparación o determinación de la previsibilidad. La situación puede determinar la previsibilidad independientemente de la condición de la parte incumplidora en casos como las compraventas en Bolsa, Feria o Mercado, o en las ventas de residuo. También se incluyen en este supuesto las normas y cláusulas especiales del ramo, y las que tengan relación

⁹⁰⁶ Literalmente: “ocupando una posición análoga”.

⁹⁰⁷ NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p.219-220.

con la situación política o geográfica de las partes. Se incluirían aquí casos de circunstancias cambiantes del mercado local, regional o internacional, la importancia del contrato, la legislación y la propuesta de su modificación, el clima político, embargos, revueltas, eventuales conflictos bélicos, fenómenos meteorológicos, contactos previos, negocios previos y todos los factores y acontecimientos de un momento determinado y que pueden ser relevantes a la hora de calibrar esas circunstancias de mercado⁹⁰⁸.

Para algunos autores es el mismo criterio del artículo 8.3. Por ello consideran que las negociaciones, las prácticas establecidas entre las partes durante las mismas, los usos de comercio y la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar estas circunstancias.

9. MOMENTO DE APRECIACIÓN DE LA ESENCIALIDAD DEL INCUMPLIMIENTO Y DE LA PREVISIBILIDAD DEL RESULTADO

9.1. IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO

El artículo 25 no establece claramente en qué momento debe apreciarse la esencialidad del incumplimiento. No existe problema si este momento se ha señalado expresamente en una cláusula contractual por parte del acreedor, o si ese momento era conocido por otro medio por el deudor o por una persona razonable.

El problema viene en los demás supuestos.

Las referencias a una persona razonable, así como el test subjetivo, deben ser considerados en un momento concreto. Y es en este momento cuando se

⁹⁰⁸ BABIAK, Andrew. "Defining ...122.

entiende que se ha producido el incumplimiento y cuando debe apreciarse la gravedad (o esencialidad) del mismo⁹⁰⁹.

El momento de previsibilidad es importante a efectos de ejercicio de las acciones o de la resolución, ya que según la posición que se adopte, un incumplimiento considerado esencial atendiendo al momento de la conclusión del contrato, podría dejar de serlo por cuestiones de previsibilidad surgidas de acontecimientos posteriores a la misma, viéndose el incumplidor perjudicado por no poder alegar la excepción de esencialidad del incumplimiento ante el ejercicio de acciones derivadas del mismo por parte del acreedor, y viceversa, el deudor puede verse perjudicado por la protección que la apreciación post conclusión del contrato del test de previsibilidad otorga al incumplidor que lo fue considerando el equilibrio de prestaciones existente en el momento de celebración del contrato.

9.2. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

El artículo 25 no determina el momento en el que la parte incumplidora o en su defecto una persona razonable debe prever el incumplimiento y sus efectos. En la preparación de la CCIM la determinación de ese momento fue objeto de gran controversia. Las opciones eran tener en cuenta el momento de la perfección del contrato, el momento del incumplimiento o una combinación de ambos y momentos intermedios.

La LUCI en su artículo 10 establecía que el momento decisivo era el de la perfección del contrato.

A diferencia de la LUCI, ni el Proyecto de 1976 ni el de 1978 hicieron mención alguna sobre la determinación de este momento, aunque los trabajos

⁹⁰⁹LEVASSEUR, Alain A. "The Civil Code of Quebec and the Vienna Convention on the International Sale of Goods: some Comments", en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville (Québec) (Les éditions Yvon Blais Inc.), 1992; GHESTIN, "Conformité et garantie dans la vente", en DERAIS / GHESTIN, p.108; y MUSGER. *Die Wesentliche Vertragsverletzung - Probleme des art.25 WKR und Parallelen im österreichischen Recht*, Saarbrück 1989, p.29.

preparatorios manifiestan una discusión entre dos momentos: el tiempo de conclusión y el tiempo de incumplimiento.

La cuestión se mantuvo sin resolver en la Conferencia de Viena, a pesar de que la representación del Reino Unido estimó que convendría que el precepto fijase el momento en que la parte que ha incumplido habría podido prever el perjuicio, si el incumplimiento debía ser considerado esencial, proponiendo que este momento debería ser aquel en que las partes han establecido las relaciones contractuales, es decir, el de la conclusión del contrato. Este criterio fue rechazado por la mayor parte de los representantes de los gobiernos que afirmaban que circunstancias posteriores a la celebración del contrato pueden modificar la situación tanto en lo que concierne al perjuicio como a la previsibilidad, por lo que era más conveniente dejar a los tribunales la decisión sobre ese momento.

9.3. DOCTRINA

La discusión de los trabajos preparatorios y la indeterminación de la Convención ha permitido que la doctrina internacional mantenga viva la controversia.

Son dos los momentos entre los cuales entienden los diversos autores que se debe optar⁹¹⁰:

- El de la conclusión del contrato, en el que se aprecian los móviles y los intereses de las partes al concluir la venta.
- El del incumplimiento del contrato, en el que se determina la previsibilidad, es decir, si hay riesgo de perjuicio sustancial para los móviles y los intereses de la parte perjudicada⁹¹¹, así como el resultado sobrevenido.

⁹¹⁰NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p.219.

⁹¹¹KANDUT, en HOYER/POSCH, p. 64, estima que el momento debe ser el de la resolución del contrato por la parte lesionada. LOOFOSKY, Kob, p.76, entiende que el juez puede elegir entre los dos momentos según las circunstancias de la especie.

93.1. CONCLUSIÓN DEL CONTRATO

En general, la mayoría de los autores alemanes (SCHLECHTRIEM, HOLTHAUSEN, LOEWE, SCHEIFELE, y algunos no alemanes como ZIEGEL de Canadá), entienden que el momento a tener en cuenta debe ser el de la conclusión del contrato, ya que es en ese momento cuando las partes determinan sus derechos y obligaciones, cuando concretan sus expectativas, y cuando se produce el cálculo de los riesgos. Esta posición es lógica, más si tenemos en cuenta que es Alemania uno de los pocos países donde la LUCI entró en vigor.

A favor de que el tiempo a tener en cuenta sea el de la conclusión del contrato está el argumento de que es en ese momento cuando las partes definen el ámbito del contrato, sus derechos y obligaciones, lo que es decisivo a la hora de formular un test de previsibilidad. Es entonces cuando las partes determinan sus intereses mutuos y lo que consistirá un perjuicio sustancial⁹¹².

Algunos autores argumentan que es decisivo el momento de conclusión del contrato. El artículo 73.3 establece que el momento de conclusión del contrato es el que debe tenerse en cuenta a la hora de resolver un contrato de entregas sucesivas en su totalidad.

Según SCHLECHTRIEM, el papel que juega la previsibilidad hace que el momento a tener en cuenta sea el de la conclusión del contrato. El conocimiento, (o la previsibilidad del interés del acreedor en las obligaciones individuales y los métodos de ejecución de las mismas), que debe tener el deudor puede ser un sustituto de la necesidad de llegar a un acuerdo claro en el contrato sobre la importancia de estas materias, p.ej. puede hacer posible la interpretación del contrato. No obstante, la importancia vinculada a una obligación concreta dada por el acreedor que ha sido mostrada por un medio diferente al acuerdo expreso en el contrato, debe ser fijada en el momento en que el contrato fue concluido. Si el conocimiento y la previsibilidad es equivalente a un acuerdo expreso, lo será respecto a cualquier evento que exista en el momento de celebración del contrato.

⁹¹²SHLECHTRIEM, CAEMMERER, REINHART, HERBER/CZERWENKA...

Posteriores informaciones pueden dar lugar a adiciones al contrato, p.ej. el acuerdo por el que determinadas obligaciones deban ser revalorizadas, o por vía del artículo 8.3, "conducta posterior", puede ser una evidencia de que en el momento de conclusión del contrato se había concluido la importancia de ciertas obligaciones previsibles o conocidas por el deudor. Sin embargo, el deudor no puede abrir la vía a una posible resolución del contrato en virtud de una información posterior, p. ej. que se haya acordado con los subcompradores una cláusula penal en el caso de entrega tardía⁹¹³.

93.2. MOMENTO DE REALIZACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

No obstante, otros autores, en especial los anglosajones (FELTHAM, FLETCHNER, HONNOLD, así como de otros países como China, JEN HUONG WANG), sitúan la apreciación de la previsibilidad en el momento de la comisión del incumplimiento. En definitiva el incumplimiento y sus consecuencias son imprevisibles en el momento de celebración del contrato, o al menos, son más previsibles en el momento del incumplimiento. Por otra parte alegan que la omisión de toda referencia expresa al momento de previsibilidad en el artículo 25 de la CCIM, a diferencia de lo que hacía el artículo 10 de la LUCI, fue premeditada, precisamente como manifestación expresa del abandono del criterio de la LUCI.

A favor de considerar el momento de incumplimiento están los que todavía consideran la redacción objetivista del artículo 23 del Proyecto. Según ellos, si un vendedor ha acordado la entrega, pero sin una fecha determinada, no puede verse obligado a una transacción en la que se considere esencial el momento de entrega si el comprador ha revendido la mercadería comprometiéndose en una fecha de entrega⁹¹⁴. Algún autor partidario de esta postura alega que esta posición no

⁹¹³SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 1995, p.215.

⁹¹⁴ SCHLECHTRIEM y VON CAEMMERER y DÖLLE.

contradice en nada al artículo 74 en su párrafo 2, puesto que determina los daños y perjuicios en el momento de conclusión del contrato, ya que se trata de problemas y de consecuencias diferentes. En el caso del artículo 25 se trata de saber si el acreedor ha cometido un incumplimiento de tal gravedad que permita al deudor rechazar la prestación y de averiguar si el lesionado ha recibido aquello que estaba en situación de esperar del contrato. Se pretende establecer la previsibilidad de la expectativa en interés del acreedor. Por contra, las disposiciones del artículo 74 conciernen a la responsabilidad del pago de daños y perjuicios de la previsibilidad de un daño material y de su envergadura. Es difícil exigir del futuro incumplidor que considere en el momento de conclusión del contrato las consecuencias de eventuales faltas posteriores, es decir, que en ese momento deba prever las violaciones que podría cometer y en qué medida estas serían susceptibles de perjudicar al interés del acreedor en la ejecución del contrato. Por ello es inconcebible que una contravención grave del contrato con consecuencias del todo previsibles en el momento de la violación no puedan ser invocadas para rechazar la ejecución de la prestación, porque había sido imposible en el momento de la venta prever las consecuencias que finalmente de ello se derivaron⁹¹⁵.

93.3. INFORMACIONES POSTERIORES A LA CONCLUSIÓN

Otra parte de la doctrina es partidaria de tener en cuenta principalmente el momento de la perfección del contrato (WILL, ENDERLEIN, HERBER), pero sin dejar de lado las informaciones posteriores cuando estas sean de especial trascendencia.

MAGNUS entiende que en la CCIM existe un principio general que establece una responsabilidad incondicional por las promesas de prestación realizadas, basando esta responsabilidad en los riesgos de gravámenes previstos.

⁹¹⁵NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p.217-218.

Teniendo en cuenta este principio, el momento a tener en cuenta debe ser el de conclusión del contrato. Posteriormente la declaración unilateral de una de las partes no debería poder variar la previsión de los riesgos asumidos por las partes. Esta regla no impide que la aplicación del artículo 7.1. en ciertos casos y circunstancias pueda ser desleal que una parte invoque que la notificación imprescindible haya sido dada demasiado tarde⁹¹⁶.

Para ADAME GODDARD el momento a tener en cuenta para determinar la previsibilidad de la esencialidad del incumplimiento debe ser aquel en el que la parte que incumplió intentó cumplir (por ejemplo cuando envió las mercancías que resultaron ser no conformes), o cuando omitió hacerlo (por ejemplo cuando venció el plazo de entrega). Este autor entiende que la relación contractual no es una relación estática, sino que se va modificando por acuerdos entre las partes y por la información que entre ellas se cruzan, por lo que el momento debe ser posterior al momento del perfeccionamiento del contrato⁹¹⁷.

93.4. OTRAS TEORÍAS

No obstante existen autores que opinan que tomar como referencia el momento de incumplimiento⁹¹⁸ o el periodo anterior al incumplimiento⁹¹⁹ implica demasiada poca protección para el incumplidor.

⁹¹⁶MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG) en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gsetabuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier-de Gruyter, Berlin, 1994, p.218.

⁹¹⁷ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado* , 1992, p. 279.

⁹¹⁸BENTO-SOARES / MOURA RAMOS. *De Contrato de Compra e Venda internacional- Analyse de la Convenção de Viena e das disposições pertinentes do direito portuges*. Coimbra, 1981., p.128.

⁹¹⁹FELTHAM, J. D. "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of

A favor de considerar el momento de la conclusión, pero admitiendo que deben tenerse en cuenta las informaciones que el vendedor reciba posteriormente: ENDERLEIN, ERDEM⁹²⁰.

Otros consideran que se deben tener en cuenta las informaciones posteriores en casos excepcionales.

Otros consideran que el conocimiento posterior del acreedor debe ser tenido en cuenta.

Una aproximación más prudente es la de considerar el momento inmediatamente posterior a la conclusión del contrato cuando una información adicional puede modificar la situación y serias consecuencias del incumplimiento se hacen evidentes en el momento posterior a la celebración del contrato⁹²¹.

La posición más prudente, y tal vez la más convincente es la que permite que el conocimiento de las circunstancias de previsibilidad en un momento posterior a la celebración del contrato, pero solamente como excepción y solamente hasta el momento en que los preparativos de cumplimiento hayan comenzado o debieran haberlo hecho. Ej. Una venta de bienes de consumo en la que el vendedor, poco después de firmar el contrato, conoce que un etiquetado específico se requiere como esencia de la reventa. En este caso, el incumplimiento del etiquetado parece que debería llevar a un incumplimiento esencial, y no llevaría a ninguna protección especial bajo la excusa de imprevisibilidad⁹²².

Goods", en *Journal of Business Law*, 1981, 346-361.

⁹²⁰NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p.217.

⁹²¹HONNOLD.213.

⁹²²WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p.221.

93.5. DECISIÓN JUDICIAL

En fin, ante la duda, otros autores como BERGEM / ROGNLIEN, ACKERMANN,... dejan la decisión al juez competente⁹²³.

Finalmente se alega que la posibilidad de que los juzgadores tengan libertad en este punto puede llevar a soluciones más equitativas en cada caso concreto⁹²⁴.

9.4. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Desde nuestro punto de vista, el que no exista una referencia expresa al momento de previsibilidad, no implica que no se pueda deducirse de un análisis hermenéutico del texto. Para ello partiremos de una interpretación gramatical.

Si se analizan los tiempos verbales empleados en la redacción de la parte primera del artículo 25 se observa que la versión inglesa emplea el presente⁹²⁵ para definir el incumplimiento esencial, lo que ha sido argumento suficiente como para que parte de la doctrina⁹²⁶ afirme que el momento a tener en cuenta por el juez debe ser el del momento del incumplimiento. No obstante, las versiones

⁹²³NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p.217.

⁹²⁴WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p.220.

⁹²⁵ "A breach of contract ... is fundamental if it results in such a detriment ... to deprive him of what he is entitled to expect under the contract".

⁹²⁶ LEVASSEUR, Alain A. "The Civil Code of Quebec and the Vienna Convention on International Contracts for the Sale of Goods: some Comments", en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*, Cowansville (Québec), 1992, p. 282

francesa, española y rusa lo definen en pretérito⁹²⁷, con lo que parece más adecuado apreciar el momento de la conclusión del contrato. Este mismo criterio parece el adecuado si atendemos a los tiempos verbales del test de previsibilidad de la parte segunda del artículo 25: la versión española dice “no haya previsto”, la versión francesa “*n’a pas prévu*” y la versión inglesa “*did not foresee*”.

En todo caso, lo que sí se puede concluir que la previsibilidad se refiere a un momento pasado a aquel en el que se realiza la previsión, que en ningún caso puede ser posterior al momento del incumplimiento. Esto implica que a la hora de considerar el momento de apreciación de la esencialidad del incumplimiento y de la previsibilidad del mismo no se puedan tener en cuenta circunstancias posteriores al momento mismo del incumplimiento.

Lo que ocurre es que dentro de ese ámbito temporal no se puede inducir de la redacción del precepto si el momento a tener en cuenta es el de la perfección del contrato o el momento del incumplimiento, ya que ambos se dan en el pasado.

9.5. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Desde el punto de vista sistemático es interesante la comparación del artículo 25 con el artículo 74 que sí se refiere a un momento temporal a la hora de apreciar la previsibilidad de los daños y perjuicios. El artículo 74 establece que el momento a tener en cuenta a la hora de determinar los daños y perjuicios previsibles es el momento de la perfección del contrato. Sin embargo para la determinación del momento de la previsibilidad del incumplimiento, no se explicita ese momento. Es curioso ya que ambas disposiciones guardan una gran similitud. En ambos casos se regula en definitiva la carga de la prueba de la previsibilidad, bien sea de los daños y perjuicios, bien sea de la esencialidad del incumplimiento. Ambos preceptos pueden ser aplicados a un mismo supuesto de hecho: un

⁹²⁷ En la versión española se habla de “lo que tenía derecho a esperar del contrato”, en la francesa “de ce que celle-ci étati en droit d’attendre du contrat” y en la rusa habla de “byla” en vez de “yest”. Referente a la versión rusa ver KOCH, Robert. “The Concept...p. 265.

incumplimiento esencial puede generar la resolución del contrato, o una indemnización de daños y perjuicios, o ambos a la vez. En este supuesto se podría entender que el momento a tener en cuenta a efectos de previsibilidad debería ser el mismo tanto en el caso de optar por la resolución del contrato como en el caso de la reclamación de los daños y perjuicios, es decir, el momento de la conclusión del contrato.

Sin embargo, el hecho de que en un supuesto se establezca explícitamente el momento, mientras que en el otro se haya omitido deliberadamente se puede entender como que ese momento será el tenido en cuenta solamente a efectos de previsibilidad de los daños y perjuicios pero no a efectos de determinación de la esencialidad del incumplimiento.

Para FLECHTNER ambos supuestos obedecen a supuestos de hecho distintos por lo que no se puede aplicar la solución del artículo 74 al artículo 25. Además, esta conclusión es conforme al concepto de perjuicio antes analizado, no coincide necesariamente con el del artículo 74.

Otros artículos que determinan el momento de previsibilidad para diferentes supuestos tienen en cuenta siempre el momento de la perfección del contrato: artículos 31.b, 42.2.a, 73.3, 79.1.

No obstante otras normas no aclaran a qué momento se refieren, así en los artículos 40, 43, 49.2.b, 64.2. En este caso cabe interpretar que el hecho de que la CCIM haga referencia expresa al momento de la conclusión como momento de previsibilidad en unos artículos mientras que deja de referirse al momento de previsibilidad en otros artículos, entre los que se encuentra el artículo 25, quiere decir que ese momento no es necesariamente el de la conclusión de contrato, sino que puede ser otro distinto y posterior.

Este argumento a contrario podría girarse en el sentido de que dado que la CCIM en ningún artículo hace referencia a un momento de previsibilidad distinto al de la conclusión del contrato, cabría extender este criterio, como principio general, a los artículos que no expliciten el momento de previsibilidad.

No obstante parece más sólido el argumento a contrario, si se interpreta conjuntamente con la interpretación histórica y teleológica.

9.6. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Históricamente, la LUCI señaló expresamente que le momento a tener en cuenta era el de la conclusión del contrato.

Los artículos 9 del Proyecto de 1976 y 23 del Proyecto de 1978 mantuvieron una posición contraria a esta tendencia. El comentario oficial del Proyecto de 1978 sacó a relucir el problema, dejando la solución a los tribunales.

En la Conferencia se trató el problema. Una propuesta inglesa se opuso a que se hiciera referencia temporal alguna, para conseguir así que se tuvieran en cuenta informaciones posteriores a la celebración del contrato, aunque con el límite del momento del incumplimiento, y dejando la decisión a los tribunales.

La modificación de la parte primera supuso una alteración indirecta del momento de previsibilidad, al tenerse que referir la sustancialidad del perjuicio a las expectativas contractuales, que se determinan en el momento de la conclusión del contrato. No obstante fue una modificación no discutida incluida al final y sin que se destacara el problema temporal que planteaba.

En conclusión, de la interpretación histórica no se puede inducir un momento de previsibilidad específico, ya que aunque en la LUCI se refería al momento de conclusión del contrato, del silencio de la CCIM no se puede deducir la voluntad de mantener ese criterio, pero tampoco la voluntad de modificarlo. No obstante, en las discusiones aparece claro que la voluntad del legislador es la de dejar que los tribunales decidan en cada caso concreto.

9.7. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

La interpretación teleológica aparece como último recurso para intentar la solución del problema. Este método hermenéutico nos obliga a indagar los intereses de las partes que están en juego. Para determinar los intereses de las partes rectores de la determinación del momento de previsibilidad del

incumplimiento, se tiene que tener en cuenta el período que va hasta la terminación del contrato. Se debe observar la situación de las partes en el momento de la conclusión del contrato, así como la situación en el momento del cumplimiento del mismo.

Las obligaciones contractuales y sus modalidades de cumplimiento se concretan en el momento de la conclusión del contrato. Es en ese momento en el que las partes, amparadas en el principio de libertad contractual, concretan sus expectativas, el sentido que hay que dar a las obligaciones contractuales, y la concreta estructuración de dichas obligaciones, así como el peso que debe tener cada una en el conjunto del contrato, así como la importancia que debe darse a su incumplimiento, y las consecuencias que este pueda tener.

De ahí que sea posible que en el momento de la conclusión del contrato, se prevea expresa o implícitamente, dando una especial importancia a determinadas obligaciones, cuándo un incumplimiento será considerado como esencial⁹²⁸. Una especial referencia a la importancia del cumplimiento de una obligación tiene por consecuencia que el incumplidor no podrá alegar la falta de previsibilidad.

Ocurre que en estos casos de determinación de la previsibilidad explícita o implícitamente en el contrato el momento a tener en cuenta será el de la conclusión del contrato. Pero ¿se tiene que tomar como único criterio?

Cabría la posibilidad de que circunstancias expresamente mencionadas como esenciales en el momento de conclusión devinieran en no esenciales en un momento posterior. Aunque este caso no será frecuente.

El problema real consiste en determinar si se deberán tener en cuenta informaciones posteriores a la conclusión del contrato para apreciar el grado de previsibilidad del incumplimiento. Para resolver esta cuestión no solamente se debe comparar el interés de cada una de las partes, observándolo desde una perspectiva externa.

Por lo tanto, para la valoración de los intereses de las partes, es necesario atender al momento en el que estas partes concretaron los mismos en el momento de la conclusión, completado con las informaciones que desde ese momento y

⁹²⁸ BOTZENHARDT. Die Auslegung ...p. 252.

hasta la ejecución del contrato se vayan dando, clarificando las posiciones de las partes, y que no hubieran podido llegar a ser conocidas en el momento del incumplimiento, de tal forma que se conserve, observando la relación desde el exterior, una equivalencia razonable de las prestaciones de las partes. Esta solución de tener en cuenta no sólo el momento de la conclusión sino también cualquier información posterior, hasta el momento de la ejecución del contrato, es más conforme con la práctica comercial habitual, en la que no toda la información contractual se dispone en el momento de la perfección del contrato.

Esta conclusión de tener en cuenta el momento de la conclusión como regla general, sin olvidar las informaciones posteriores que afecten al equilibrio de las prestaciones (cláusula *rebus sic stantibus*), y siempre que lleguen antes de la ejecución (o el incumplimiento) del contrato, a la hora de determinar la previsibilidad del incumplimiento esencial, es perfectamente compatible con las conclusiones a las que nos llevaban las interpretaciones gramatical, histórica y sistemática, que descartaban que se tuviera en cuenta únicamente el momento de la conclusión del contrato.

A la hora de determinar cuándo una información posterior al momento de la conclusión debe ser tenida en cuenta a efectos de previsibilidad de que el incumplimiento se dé y se considere esencial, se tiene que tener en cuenta si esa información altera el equilibrio de las prestaciones previsto en la conclusión, siempre desde la buena fe en el comercio internacional, y si lo altera, podrá entenderse como imprevisible y excluir que tal incumplimiento sea esencial.

El momento será el de la conclusión, y para tener en cuenta el momento del incumplimiento u otro intermedio, se tiene que apreciar el equilibrio de los intereses de las partes⁹²⁹.

⁹²⁹ BOTZENHARDT. Die Auslegung ...p. 255.

9.8. INTERPRETACIÓN TRANSNACIONAL

El magistrado BERAUDO, en la sentencia de la Cour d' appel de Grenoble, de 4 de febrero de 1999⁹³⁰, analizó un supuesto de pretendido incumplimiento esencial, en virtud del cual un vendedor español resolvió indebidamente un contrato de venta de zumo de naranja a un comprador francés, con lo que incurrió a su vez en incumplimiento esencial, y el francés le reclamó daños y perjuicios en virtud del artículo 74, dadas las compraventas de reemplazo que había realizado. La sentencia afirma que la esencialidad del incumplimiento de la obligación de recoger las mercaderías debe buscarse "dans quel contexte cette période a été convenue".

La sentencia del Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, 1. Zivilsenat, de 28 de febrero de 1997, n° 1 U 167/95⁹³¹, estableció que, si bien la mora no constituía por regla general un supuesto de incumplimiento esencial, podía llegar a serlo en el caso de que el plazo fuera de especial interés para el comprador y así sea previsible en el momento de la celebración del contrato.

10. LA CARGA DE LA PRUEBA

⁹³⁰ Sentencia de la Cour d' appel de Grenoble, de 4 de febrero de 1999, en <http://www.jura.uni-sb.de/Witz/040299v.htm>. Hechos: Ego Fruits contrata en mayo de 1996 la compra de zumo de naranja puro para su fabricación y comercialización a suministrar por La Verja. Las entregas se deben escalonar de mayo a diciembre. Posteriormente se pacta que la entrega de septiembre se adelante a agosto, con la correspondiente rebaja del precio. En agosto, La verja pone a disposición el zumo pero Ego Fruits no recoge la mercancía aunque propone hacerlo en septiembre. La Verja sufre dificultades de almacenaje y concentra el zumo. En septiembre La Verja notifica por fax a Ego Fruits la resolución del contrato por la falta de recogida de la mercadería, que considera incumplimiento esencial, no procediendo a las entregas a partir de septiembre. Ego Fruits realiza hasta diciembre compras de reemplazo a precio más caro y no paga a La Verja el precio de las mercaderías entregadas. La Verja demanda a Ego Fruits el pago del zumo entregado.

Primera Instancia (Tribunal Commercial de Romans, N ° RG 97008146): Condena a Ego Fruits a pagar la mercadería recibida. La Verja goza de la "exceptio non adimpleti contractus" por la falta de recogida de las mercaderías. Ego Fruits apela, al haber sido ignorada la CISG.

⁹³¹ Sentencia del Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, 1. Zivilsenat, de 28 de febrero de 1997, n ° 1 U 167/95, en *EWiR*, 1997, p. 791, y el texto íntegro de la sentencia en <http://www.jura.uni-freiburg.de/jprl/cisg/urteile/text7261.htm>.

La inclusión de una referencia a las expectativas del contrato supuso una traslación de la carga de la prueba a la parte agraviada. El representante de Canadá rechazó la inclusión de la referencia a las expectativas aprobada en el compromiso final del Pleno al entender que el texto trasladaba indebidamente la carga de la prueba a la parte agraviada ya que las expectativas se refieren solamente a la parte agraviada, y es esta la que tiene que probar su existencia.

10.1. LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL CONCEPTO DE PERJUICIO

Algún comentarista remarca que el significado de sustancial debe ponerse en relación únicamente con los derechos de la parte agraviada⁹³². No obstante esta solución supone cargar la prueba a la parte incumplidora, lo que no deja de ser injusto en casos en que por ejemplo se pactó que la entrega en un determinado momento era sustancial y sin embargo, producida la entrega en un momento posterior, no genera un perjuicio relevante, ¿podría en este caso el tribunal atenerse a la literalidad del contrato sin atender a otras circunstancias relevantes?. La delegación alemana insistió en aclarar este punto por lo que propuso que “*only*” se sustituyera por “*primarily*”. Se trata de una cuestión problemática que analizaremos más adelante.

Con todo, el elemento cuantitativo de valoración, que surgió como contrapunto a los problemas que causaba el enfoque subjetivo de la LUCI, sea o no criterio valorativo preponderante, debe ser tenido muy en cuenta.

La prueba de la privación sustancial es clave para la apreciación del incumplimiento esencial. El Bundesgerichtshof, en sentencia de 3 de abril de 1996, caso n ° VIII ZR 51/95⁹³³,

⁹³²VELDEN, F. J. A. van der. "The Law of International Sales: The Hague Convention and the UNCITRAL Uniform Sale Code 1980 - Some Main Items Compared", en VOSKUIL WADE (ed.), *Hage Zagreb Essays 4*, The Hage(Nijhoff), 1983, p. 64.

⁹³³ Bundesgerichtshof, 3 de abril de 1996, caso n ° VIII ZR 51/95, en *NJW*, 1996, p. 2364. También es interesante la sentencia porque afirma que la entrega de mercaderías de calidad inferior o de procedencia distinta de la pactada no constituye falta de entrega en los términos del artículo 49.1.b

entendió que no había incumplimiento esencial del contrato de compraventa de sulfato de cobalto hecha por un vendedor holandés a un comprador alemán, a pesar de que la mercadería procedía de Sudáfrica cuando se había pactado la procedencia del Reino Unido y el certificado de origen que se había entregado era erróneo. Interpretó el tribunal que la entrega de certificados erróneos no eran constitutivos de incumplimiento esencial porque se podrían haber obtenido los documentos correctos de otras fuentes, así como porque el comprador no había probado la existencia de una privación sustancial, ya que no probó que la venta de sulfato de cobalto de Sudáfrica no fuera posible en Alemania o en el extranjero.

Otra sentencia relevante en materia de prueba es la sentencia de la Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n ° 5 U 15/93, de 18 de enero de 1994⁹³⁴, que resolvió un caso en el que el fabricante y vendedor italiano de zapatos había entregado la mercadería a un comprador alemán, expidiendo las facturas correspondientes al precio de compra. El comprador solamente pagó parte del precio, alegando, respecto a la parte no satisfecha, que había resuelto el contrato dado el retraso en la entrega y que además parte de las mercaderías eran defectuosas. El Tribunal fue especialmente estricto con el comprador en la apreciación de la prueba, que cargó al comprador en todo lo referente a la prueba de la comunicación explícita al vendedor de la notificación de los defectos que se habían observado en las mercaderías, correspondiendo a este también la prueba de que los defectos observados, en este caso, la utilización de un material y unos diseños diferentes a los pactados, las hacían inútiles para cualquier uso, ya que sin esta condición no cabía calificar como esencial el incumplimiento.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, n ° 143, de 2 de marzo de 2000⁹³⁵, el Tribunal apreció el incumplimiento de la obligación de pago del precio por parte del comprador español, considerando que no había lugar a la *exceptio non adimpleti contractus* por él alegada, desde el momento en que el vendedor norteamericano había entregado la mercadería, consistente en carne de pollo, en su destino en el plazo pactado, dando por válida tal entrega desde el momento en que el comprador no probó que no fuera susceptible de ser utilizada para su fin, el

de la CCIM, por lo que no dan lugar a la resolución del contrato por el mero otorgamiento de un plazo suplementario de cumplimiento.

⁹³⁴ Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n ° 5 U 15/93, de 18 de enero de 1994, en NJW, 1994, p. 1013-1014. Primera instancia Landgericht Frankfurt am Main, n ° 3/3 37/92, de 9 de diciembre de 1992.

⁹³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, n ° 143, de 2 de marzo de 2000, en Aranzadi Civil 2000 \ 3807.

consumo humano, a pesar de que se prohibió su comercialización en Ucrania en virtud de una norma imperativa de aquel país, que exigía que exigía una determinada tecnología de matanza.

10.2. LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL TEST DE PREVISIBILIDAD

Considerando que el elemento de previsibilidad se refiere a la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento se puede concluir que la cláusula de previsibilidad no es solamente una regla de determinación de la carga de la prueba, sino también una regla que exige el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la gravedad de tal incumplimiento y de la consideración del mismo como esencial o no.

Como vimos al hablar del artículo 4, la regulación de la carga de la prueba queda fuera de la CCIM y se regula en virtud de las reglas procesales de derecho internacional privado. No obstante, sí deben aplicarse las normas de la CCIM que afecten a normas procesales de derecho interno, por lo que, por ejemplo, no pueden considerarse aplicables las normas de derecho interno que entiendan que el único medio de prueba de un contrato sea un documento escrito, desde el momento en que la CCIM permite la libertad de forma contractual.

En este sentido, existen en la CCIM diversas normas que, conforme a su redacción, pueden afectar a reglas procesales, y en concreto, la redacción del artículo 25 tiene trascendencia al afectar a la determinación de la parte que debe correr con la carga de la prueba.

102.1. SALVO... (EL TEST DE PREVISIBILIDAD)

El test de la previsibilidad es una innovación de la Convención. Tradicionalmente se ha tenido cautela en incluir este criterio para impedir que la parte incumplidora lo alegue abusivamente dejando a la parte perjudicada en desventaja. Por otra parte, no existe duda de que en casos excepcionales los

intereses de las partes se desequilibran y deben volver a equilibrarse en aras del principio de equidad. Para evitar esta situación, la CCIM mantiene la posibilidad de que la parte incumplidora pueda alegar la falta de previsibilidad del perjuicio, pero le sujeta al criterio de previsibilidad de una persona razonable, aunque no determina el momento en que debe exigirse tal previsión.

El párrafo final no es más que una regla de inversión de la carga de la prueba. Una excepción exoneratoria de responsabilidad quasi objetiva en el caso en que se den las circunstancias del incumplimiento esencial.

La carga de la prueba no se regula en la CCIM, salvo en el artículo 79.1. No obstante en el artículo 25, la cláusula “unless” supuso la inversión de la carga de la prueba de la previsibilidad del incumplimiento, de tal forma que desde su inclusión esta correspondería a la parte incumplidora que pretende que tal incumplimiento no sea considerado esencial.

En primer lugar se aplica la regla de probar los hechos importantes por el que los alega, y una vez probados, probar los hechos que contradicen aquellos por el que los excepciona, esto se deduce de “unless”.

La prueba del incumplimiento corresponde a la parte perjudicada. La parte perjudicada debe probar la esencialidad del incumplimiento contractual. Debe alegar y probar que ha desaparecido su interés en el contrato a consecuencia de tal incumplimiento. Se ha sugerido que la carga de la prueba debe corresponder a la parte que alega el incumplimiento, es decir, a la parte agraviada⁹³⁶, pero con la inclusión de la cláusula “salvo ...” se invierte la carga de la prueba de la imprevisibilidad de la esencialidad, que correrá a cargo de la parte incumplidora. Corresponde a la parte incumplidora probar que no previó ni debió prever las graves consecuencias de su incumplimiento⁹³⁷.

⁹³⁶BARRERA GRAF, Jorge. "La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el derecho mexicano. Estudio comparativo", en *Anuario jurídico*, 1983, p. 141-163. (En la p.158).

⁹³⁷ En el sistema de la CCIM la carga de la prueba pesa sobre el deudor. La prueba positiva de su propia diligencia es casi imposible, por lo que tendrá que demostrar que ha tomado las precauciones que una persona razonable habría adoptado y que, aún así, no ha podido impedir el

Ya hemos visto que los trabajos preparatorios de la CCIM incluyeron la cláusula "salvo ..." con la intención de que la carga de la prueba de imprevisibilidad correspondiera a la parte incumplidora, ya que en la práctica sería esta la que alegaría siempre la falta de previsibilidad de la sustancialidad de las consecuencias perjudiciales derivadas de su incumplimiento.

Los Estados pretendían no inmiscuirse en materias procesales, reservadas a los derechos internos. No obstante se entendió que era necesario incluir una norma que invirtiera la carga de la prueba de la previsibilidad dada la lógica dificultad que tendrá la parte perjudicada en probar que la parte incumplidora no haya previsto o no haya podido prever la esencialidad del incumplimiento, así como la existencia de un acuerdo unánime sobre la materia.

Para evitar que la parte perjudicada tuviera que probar la previsibilidad de la esencialidad del incumplimiento, la delegación filipina propuso la inclusión de "unless", lo que venía a invertir la carga de la prueba, dejando de corresponder esta a la parte agraviada, que tiene más difícil probar la previsibilidad que la parte incumplidora a la hora de probar la imprevisibilidad. En este sentido se manifiestan algunos autores⁹³⁸.

Después de la introducción de la palabra "unless" en el borrador de 1977, con base en la propuesta de Filipinas, se pensó que era para que el deudor probara la falta de previsibilidad y conocimiento, ya que se trataba de una precondition para una posible excusa.

Dada esta visión sobre la carga de la prueba, está claro que la función de la regla de la previsibilidad era una excusa para la parte incumplidora.

evento por causas superiores a su voluntad y a su posibilidad. ALPA, Guido / BESSONE, Mario. "Inadempimento, ...*Ligure (26-28 settembre 1980)*. Milano, 1981, p. 185. También en MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CISG) ... p. 217.

⁹³⁸MICHIDA, Shinichiro. "Cancellation of Contract", en *American Journal of Comparative Law*, Vol.27, 1979, p.279-289. También, GARRO, Alejandro M. "La Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino", en *La Ley. Revista jurídica Argentina*, 1985, A-D.

La inversión de la carga de la prueba de la previsibilidad para que la sufra el que alega la imprevisibilidad, dado que es el que se halla en mejor posición para su prueba subjetiva, y aunque respecto a la prueba objetiva la posición es la misma, parece que es más justo que una vez probada la sustancialidad del perjuicio corresponda al incumplidor la prueba de su excepción. Se sigue así el principio de que corresponde la prueba de los hechos a quien se halla en una situación más cómoda para su prueba.

En la Conferencia de Viena Egipto propuso la necesidad de que la regla sugerida se enfatizara con " unless the party in breach *proves that he* did not foresee". Dicha propuestas encontró numerosa oposición por lo que no fue aceptada. Pero este rechazo no debe llevar a confusión: la carga de la prueba de la alegación de imprevisibilidad sigue correspondiendo al incumplidor, lo que se deriva de "unless" que no fue objeto de réplica alguna⁹³⁹.

El sentido de previsibilidad se modificó durante la génesis del artículo 25. Se trata ahora de un concepto incierto, de cuya determinación depende el cómo distribuir la carga de la prueba.

La visión predominante es la que considera la falta de previsibilidad y conocimiento como un criterio subjetivo para la liberación de la parte incumplidora, que impide a la parte perjudicada la resolución del contrato y la demanda de bienes sustitutivos. No obstante la inclusión de la previsibilidad de una persona razonable supone la inclusión de un elemento objetivo, o como mínimo un filtro suplementario.

Este filtro suplementario es comparable a la regla de previsibilidad del artículo 74⁹⁴⁰.

Conocimiento o previsibilidad de las expectativas del acreedor son relevantes para la interpretación y valoración de la importancia de la obligación

⁹³⁹WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. Commentary ... p. 217.

⁹⁴⁰SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 1995, p. 213.

incumplida y su significación para el perjudicado. A pesar de las críticas realizadas contra el artículo 10 de la LUCI, cuyo texto era más explícito sobre el particular, un contrato no debe ser interpretado sin tener en cuenta esta previsibilidad o conocimiento de las expectativas del acreedor de acuerdo con los criterios del artículo 8⁹⁴¹.

11. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA RELEVANCIA DEL TEST DE PREVISIBILIDAD

La importancia de la autonomía de la voluntad se da en el momento de considerar la previsibilidad de la importancia del perjuicio, es decir, en el momento de conclusión del contrato, y no en un momento posterior, dado que este se toma como referencia a la hora de considerar si el incumplimiento causante del perjuicio era o no previsible.

La visión de que el incumplidor pueda excusarse por la falta de conocimiento y de que tiene la carga de la prueba de los presupuestos de tal excusa, está basada, en el test del "perjuicio sustancial", es decir, en la extensión del daño sufrido por el acreedor. De acuerdo con los borradores, el daño imprevisto e imprevisible impedía que el acreedor pudiera resolver el contrato o reclamar la entrega de bienes sustitutivos por parte del deudor.

Sin embargo, después del cambio de la precondition necesaria, lo importante ha pasado a ser el interés del acreedor en la obligación particular y en su ejecución fijadas en el contrato, con lo que la cuestión decisiva ha pasado a ser la interpretación del contrato. Si al interpretar las circunstancias relevantes se tiene que tener en cuenta la visión de cada parte, las interpretaciones del contrato conforme a las circunstancias que se aleguen deben ser probadas por quien las alegue. Si de la interpretación se demuestra que la obligación fue incumplida y que

⁹⁴¹SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung", ... p.213.

era esencial, entonces la excusa debe también probarse basada en la falta de previsibilidad y de conocimiento.

Si la importancia de una obligación particular se entiende indiscutiblemente incluida en el contrato, por su propia naturaleza, y no es objeto de disputa, por ejemplo, si el contrato claramente establece la entrega en una fecha determinada, no hay necesidad de acudir a la previsión a la que las partes acudieron o la que una persona razonable hubiera acudido.

Tampoco hay cuestión de excusa con base en la imprevisibilidad cuando la materia ha sido claramente acordada por las partes, aunque la importancia de la obligación incumplida no hubiera sido previsible en caso alguno por una persona razonable de la misma clase. Las partes pueden establecer claramente en el contrato que determinadas obligaciones o métodos de cumplimiento del contrato son de una importancia esencial para el acreedor. En este caso no hay espacio posible para la reducción de su importancia mediante la aplicación del criterio de previsibilidad. Cuando las partes han pactado claramente una obligación, la parte incumplidora no puede alegar que no pudo prever ningún perjuicio para evitar la resolución del contrato a consecuencia de su incumplimiento. Es más, cuando las palabras del contrato son claras, las oportunidades subjetivas del incumplidor para eludir su cumplimiento alegando la imprevisibilidad son nulas, ya que "una persona razonable de la misma clase y condición" no podría haber dejado de considerar la redacción explícita de tales cláusulas.

Es conveniente que, para evitar la incertidumbre que genera la dudosa calificación de esencialidad de los diversos incumplimientos contractuales posibles, las partes determinen los supuestos concretos en que pueden acudir a la resolución o a la compraventa de reemplazo, o bien renunciar expresamente a este tipo de acciones⁹⁴². De lo contrario, el que invoque el incumplimiento, dejando a su vez incumplido lo que le incumbe, se verá en riesgo de serle imputado a él un incumplimiento del contrato.

⁹⁴²NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine... p. 221.

Si las partes han discutido la importancia especial de una obligación en particular y aspectos de su cumplimiento, pero no lo han detallado claramente en el contrato, y aquello puede ser probado por la parte afectada por el incumplimiento, el resultado es el mismo⁹⁴³.

La previsibilidad solamente es relevante cuando la importancia especial de una obligación no ha sido puesta de manifiesto en el contrato ni durante la fase negociadora.

En este caso se tendrá que interpretar el contrato conforme al artículo 8, ya que es necesario preguntarse si una persona razonable de la misma clase (ej.: activa en la misma rama del mismo sector económico), habría reconocido su importancia⁹⁴⁴.

Si hay dudas sobre la importancia de los intereses del acreedor de una obligación o medios de cumplimiento acordados en el contrato, la parte que alega un incumplimiento esencial del contrato debe probar que tal importancia se debe atribuir a la obligación incumplida.

⁹⁴³ Por ejemplo, una fecha determinada de cumplimiento puede ser esencial por establecerlo así el contrato, o por el contexto del contrato, o por las negociaciones de las partes⁹⁴³. OLG Oldenburg, 27 abril 1982, ULIS. Puede haberse pactado un detalle de vital importancia para el comprador del comprador, como *conditio sine qua non*: ej., asegurar el transporte de las mercaderías, certificado de inspección, licencias de exportación, analíticas, manual de instrucciones, etiquetado adecuado, etc. pueden ser documentos que el vendedor tenga que aportar so pena de sufrir la posible resolución del contrato si se deriva de las negociaciones o del contrato la importancia de esta obligación de aportar tales documentos. La prueba en estos casos es de especial importancia. OLG Frankfurt a M. (Malboro). La prohibición de reimportación en el país de origen puede ser de especial importancia para el vendedor. CA Grenoble. La importancia puede haber sido indicada por el perjudicado cuando este haya hecho ver a la contraparte los graves perjuicios que le causaría el incumplimiento de una obligación determinada.

⁹⁴⁴ En muchos casos ello no supone un problema: si el vendedor no puede cumplir con el contrato porque ya ha vendido los bienes a otro comprador, puede suponer que ese incumplimiento es esencial para el comprador; LG Düsseldorf 17 noviembre 1983, si en la entrega de mercaderías de temporada, la entrega se produce al final de la misma, es previsible que ello perjudica el interés del acreedor OLG Hamm 8 diciembre 1980, ULIS; OLG Koblenz *R/W* 1985, p. 737.

Para ello, el deudor deberá probar, en primer lugar, si una persona razonable del mismo sector comercial habría atribuido como regla general tal importancia, será necesario probar mediante testigos o expertos, para demostrar lo que personas del sector esperarían de los acuerdos particulares de las partes⁹⁴⁵.

Si una materia no es previsible objetivamente se tendrá entonces en cuenta el test subjetivo de previsibilidad. En primer lugar se atenderá si el deudor, no obstante la imprevisibilidad objetiva conoció las circunstancias que hacían la obligación de especial importancia, En este caso el acreedor es el que corre con la carga de la prueba. Por lo tanto, la excusa solamente puede darse en el caso de que el acreedor cometiera un error.

Sin embargo, si una visión particular del comercio ha sido demostrada como relevante de acuerdo con las intenciones de las partes en el momento de la celebración, la parte incumplidora no podrá alegar excusa porque su falta de conocimiento por sí misma es insuficiente. Deben coincidir falta de conocimiento y además imprevisibilidad para una persona razonable de la misma clase.

Finalmente, si están afectados intereses del acreedor inusuales y especialmente importantes, pero que sin embargo no han sido pactados expresamente ni se pueden deducir del contrato ni una persona razonable del mismo sector hubiese entendido que fueran esenciales, y además no existe referencia indiscutible ni acuerdo claro sobre los mismos, entonces estos intereses frustran al deudor solamente en el caso de que el deudor sea consciente de la especial importancia bien porque el acreedor le hubiera informado de ello durante las negociaciones o al menos cuando el contrato fue concluido, o porque los conoció por otros medios. La parte que carga con la prueba del conocimiento del deudor, relevante para la interpretación del contrato, es la parte que alega el

⁹⁴⁵SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung", ... p.216. Ej. Cuando un retraso en la entrega (por hacerse a final de temporada) de ropa de moda de mujer se convierte en esencial para una persona razonable en un sector concreto, es un tema que los tribunales no siempre podrán responder conforme a su propia experiencia. OLG Hamm, 8 diciembre 1980.

incumplimiento esencial, y, por lo tanto, el acreedor que declara la resolución del contrato o la entrega de bienes sustitutivos. Sólo si la persona que alega la importancia de las obligaciones incumplidas la prueba, se podrá exigir a la contraparte la prueba de las circunstancias que le eximan. En estos casos será casi imposible alegar tal excusa, salvo en casos en que el deudor haya confundido la materia o cometa un error que una persona razonable de la misma clase hubiera cometido⁹⁴⁶.

⁹⁴⁶SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung", ... p. 217.

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA SUBSANACIÓN Y EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

La determinación de la esencialidad del incumplimiento es importante porque de su existencia la aplicación de las normas sobre la resolución, la entrega tardía, la entrega parcial, la subsanación o la transmisión del riesgo.

Es especialmente destacable la importancia del concepto de incumplimiento esencial en el sistema de acciones de la CCIM. Si el incumplimiento se califica de no esencial la parte contratante perjudicada por el incumplimiento podrá ejercitar la acción de daños y perjuicios, artículo 74, la de reducción del precio, si el incumplimiento consiste en la falta de conformidad de las mercaderías, artículo 50 en relación con el artículo 45, o la de reparación de las mercaderías entregadas, artículo 46.3, así como, en su caso, la acción de cumplimiento específico. Pero solamente en el caso de que el incumplimiento sea esencial se podrá ejercitar al acción de sustitución de las mercaderías, artículo 46.2, o bien se podrá resolver el contrato por una parte mediante una simple declaración unilateral (artículos 49, 51.2, 64, 72 y 73). Todos estos derechos son además de preferente aplicación a los efectos de la transmisión del riesgo, artículo 70. Una salvedad se debe hacer respecto a la resolución, ya que en caso de que el incumplimiento consista en la entrega defectuosa o afecta a las obligaciones de pago o de recepción de las mercaderías, se podrá resolver el contrato si perduran tales incumplimientos, aunque no sean esenciales, una vez concedido un plazo suplementario para su subsanación.

Precisamente esta relación del concepto de incumplimiento esencial con el de subsanación, así como las peculiaridades de los incumplimientos parciales y previsibles, hacen necesario un estudio de los mismos, estudio que, como veremos, matiza el concepto de incumplimiento esencial del artículo 25.

En la CCIM subyace el principio de *favor contractus*. Una de las manifestaciones más claras del mismo es la institución de la subsanación, que estudiamos en este Capítulo.

La razón de ser de la subsanación es la de dar al deudor todas las oportunidades posibles para el cumplimiento de sus obligaciones, ya que siempre será más fácil y menos costoso para las partes el cumplimiento voluntario que un pago ordenado por un juez o un árbitro.

En la CCIM se recogen dos tipos de subsanación: la subsanación anticipada (artículos 34 y 37), y la subsanación sobrevenida (artículo 48).

En primer lugar analizamos los artículos 34 y 37 de la CCIM, los cuales permiten la subsanación de determinadas deficiencias o defectos que constituirían o no un incumplimiento esencial en los términos del artículo 25. Es necesario el análisis de dichos artículos por tratarse de un presupuesto negativo para que la esencialidad de un incumplimiento despliegue sus efectos (en especial los resolutorios): un incumplimiento no será resolutorio si es posible su subsanación anticipada.

Estos artículos analizan los supuestos de entrega anticipada, en los casos en que esta entrega no se adecúe a lo pactado en el contrato. En estos casos el legislador internacional ha entendido que sería injusto y contrario al principio de conservación del contrato permitir la resolución del mismo en caso de incumplimiento de una obligación cuando este se produce antes de su vencimiento, y por lo tanto, todavía queda un margen temporal de rectificación dentro de los términos pactados. Por ello, hasta que no conste que el vendedor no va a subsanar, el comprador no podrá resolver el contrato y tendrá que esperar el vencimiento del plazo fijado para la entrega.

A continuación analizamos el artículo 48.1. En él, la CCIM va más allá en su afán de proteger el contrato, dado lo gravoso de su resolución en el campo del comercio internacional. En este artículo se permite al vendedor subsanar incluso después de la fecha de vencimiento de la obligación. Sin embargo este derecho de subsanación a posteriori lo será en tanto en cuanto el incumplimiento en que se

incurra por el vendedor no sea un incumplimiento esencial, de ahí la importancia del estudio del artículo 48.

En ambos casos se limita la facultad de subsanación a que no cause grave perjuicio al comprador, y conservando este la acción de daños y perjuicios, precisamente para que el comprador no se encuentre en una situación de desequilibrio ante la facultad extraordinaria concedida al vendedor incumplidor.

Curiosamente solamente se prevé la subsanación para los supuestos de incumplimiento por parte del vendedor. Veremos al final del Capítulo que esto no es óbice para que por analogía puedan extenderse estas disposiciones a supuestos de incumplimiento del pago del precio por parte del comprador⁹⁴⁷.

2. SUBSANACIÓN ANTICIPADA DEL INCUMPLIMIENTO

El presupuesto para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 37 es que el comprador no haya rechazado un cumplimiento prematuro. Este artículo no afecta a los casos en que se pactó cambiar la fecha de la entrega, en que la nueva fecha sustituye a la anterior.

Si el vendedor ha entregado anticipadamente las mercancías, el comprador puede rehusar su recepción conforme al artículo 52. Si el comprador acepta recibirlas, pero se observa algún tipo de incumplimiento por el vendedor, (como falta de conformidad de las mercancías, por defectos en cantidad, calidad, envase, etc.), el vendedor puede subsanar dichas deficiencias antes de que se cumpla la fecha de cumplimiento establecida en el contrato, conforme al artículo 37. Lo mismo ocurre en los casos de entrega anticipada de los documentos relacionados con las mercancías, conforme al artículo 34⁹⁴⁸.

⁹⁴⁷ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 269.

⁹⁴⁸ Una propuesta de la Delegación de Canadá pretendió ampliar el artículo 37 a los supuestos de entrega de documentos defectuosos. Si bien tal propuesta no supuso modificación del artículo 37,

Esta solución choca con la tradición jurídica del derecho continental, en la que se puede entender que la entrega anticipada supone una renuncia al beneficio del plazo, por lo que si las mercancías entregadas no son conformes a lo pactado, se entiende que existe un verdadero incumplimiento a partir de ese momento y se pueden ejercitar las acciones pertinentes⁹⁴⁹. Sin embargo, se adecúa a la tradición norteamericana más reciente, especialmente atenta a los criterios de eficiencia económica⁹⁵⁰, y sigue la regla establecida en su precedente: el artículo 37 de la

sí se incluyó en el artículo 34, que siguen las mismas reglas. Un problema se plantea respecto de los derechos y pretensiones de terceros sobre las mercaderías o los derivados de derechos de propiedad intelectual o industrial. En este caso la doctrina aplicando analógicamente los mismos criterios del artículo 34 y 37, entiende que cabe la subsanación anticipada. Honnold, John O. *Uniform Law for International Sales*, Philadelphia, 1991, p. 323-324. SCHWENZER. "Seller's obligations. Article 37", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 297.

⁹⁴⁹ El Código de Comercio en su artículo 330 concede al comprador la facultad de optar por recibir o no las mercaderías, pero en el caso de que opte por la recepción, se entiende consumada la compraventa.

⁹⁵⁰ La Sección 2-508 del UCC establece: "Where any tender or delivery by the seller is rejected because non conforming at the time of performance has not expired, the seller may reasonably notify the buyer of his intention to cure and may then within the contract time make a conforming delivery". *West's Californian Codes. Commercial Code. 1990 Compact Edition*. St. Paul, Minn. 1990, p. 83-84. Curiosamente, la solución que se daba en el derecho anglosajón anterior al UCC era la misma que en derecho continental: se consideraba que la entrega anticipada de mercaderías defectuosas suponía un incumplimiento contractual.

LUCI⁹⁵¹ justificándolo en virtud del principio de buena fe y justicia en el comercio internacional⁹⁵².

Para que la subsanación anticipada sea posible se tiene que producir antes de la fecha fijada para la entrega de las mercaderías. Ejemplo: Un vendedor tiene la obligación de entregar al transportista el 15 de junio, pero lo hace el 30 de mayo. Posteriormente advierte que la entrega fue parcial, realizando la entrega de la parte que falta el 13 de junio. Esta subsanación es válida, aunque el transportista entregue la entrega parcial al comprador el 30 de junio⁹⁵³. En comercio internacional la fecha de la entrega suele ser la de la entrega de la mercancía al transportista, no la de llegada de las mercancías. (El momento de la entrega así como el de la transmisión de riesgos se suele establecer expresamente en el contrato a través de los INCOTERMS). En todo caso, a falta de acuerdo de las partes, la CCIM regula el momento de la entrega en el artículo 33. De acuerdo con este son previsible cuatro situaciones distintas:

- Cuando se ha fijado una fecha y la entrega se produce antes de que esta llegue. En este caso no existe obligación ni del comprador ni del vendedor a entregar antes de que el plazo expire. De hecho, en el artículo 52 se reconoce al comprador la facultad de rechazar la recepción de las mercaderías sin tener en cuenta su conformidad, simplemente por haber anticipado la entrega. Y ello sin impedir que aún rechazando la entrega, adopte las medidas de conservación reconocidas en el artículo 86.

⁹⁵¹ Artículo 37 de la LUCI: " If the seller has handed over goods before the date fixed for delivery he may, up to that date, deliver any missing part or quantity of the goods or deliver other goods which are in conformity with the contract remedy any defects in the goods handed over, provided that the exercise of this right does not cause the buyer either unreasonable inconvenience or unreasonable expense".

⁹⁵²BIANCA. "Art.37. Cure before date or delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p.291.

⁹⁵³ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 269-270.

- Cuando se establece un plazo de entrega en favor del vendedor y la entrega se realiza antes de que el mismo finalice. En este caso se entiende que hay entrega anticipada siempre que ello redunde en interés del vendedor, mientras no haya expirado dicho término⁹⁵⁴.
- Cuando del contrato o de las circunstancias se entiende que el plazo se ha establecido en interés del comprador, la entrega que tenga lugar en dicho plazo no se entenderá como anticipada, aunque se produzca antes de la finalización del mismo, ya que es potestad del comprador determinar la fecha de exigibilidad del cumplimiento. En este caso no se cierra al vendedor la posible subsanación, pero se entenderá como sobrevenida y se regirá por lo dispuesto en el artículo 48.
- Cuando no se ha fijado fecha alguna, se entiende que la entrega debe ejecutarse en un plazo razonable⁹⁵⁵. En este caso, hasta que no llega ese plazo razonable, el vendedor puede subsanar anticipadamente. En la práctica la prueba de la razonabilidad es fundamental correspondiendo al comprador probar la falta de

⁹⁵⁴ Un ejemplo citado por Morales Moreno: Si en el contrato se establece que las mercaderías se entregarán durante el mes de junio de 1996, y el vendedor las entrega el día 5 de junio, dicha entrega debe entenderse como anticipada a los efectos del artículo 37, puesto que no era exigible hasta finales de junio. MORALES MORENO, Antonio Manuel. "artículo 37" en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 320.

⁹⁵⁵ Se sigue en este punto el criterio anglosajón. En derecho español, el artículo 337 del Código de Comercio establece que si no se ha estipulado un plazo para la entrega de las mercaderías vendidas, el vendedor debe tenerlas a disposición del comprador dentro de las 24 horas siguientes al contrato. Se trata de un plazo inadecuado para gran parte de las compraventas internacionales y que no conviene tomar como referente. Para apreciar la razonabilidad del plazo convendrá aplicar el artículo 7, y en concreto atender a la jurisprudencia internacional que hasta ahora no se ha pronunciado en términos muy claros: sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de junio de 1997, (*Revista Jurídica de Cataluña*, Vol. 4, 1997, p. 110), admite como razonable la entrega de productos encargados para finales de diciembre de 1992 y entregados en enero de 1993, por el hecho de que no hubo oposición del comprador a su recepción; y el Tribunal Cantonale du Valais (Ile Cour Civile) en sentencia de 29 de junio de 1998, (resumen en *SZIER*, 1998, p. 193), en la que se entregó una maquinaria a las dos semanas de celebrado el contrato, no analizó si la entrega se había realizado en un plazo razonable, al no haberse probado por la actora cuál era el plazo que debía entenderse como razonable en el tipo de transacciones tratado.

razonabilidad del momento de la entrega, atendiendo al principio de *favor contractus* dimanante de la CCIM.

La subsanación puede ser tanto de defectos de cantidad como de calidad. La primera puede consistir en la entrega de las partes de las mercaderías que hayan sido entregadas incompletas, o bien, en la entrega de la cantidad de mercaderías que no hayan sido entregadas. La subsanación de defectos de calidad puede consistir en la sustitución de las mercaderías o en la reparación de los defectos⁹⁵⁶, y puede repetirse indefinidamente en caso de que la nueva entrega o la reparación hayan sido ineficaces, siempre que todavía no se hubiere consumido el plazo de entrega previsto, ya que a partir de ese momento sería aplicable el artículo 48⁹⁵⁷.

No obstante, la facultad del vendedor a la subsanación anticipada no es absoluta; ya que no debe ocasionar al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. Si se trata de una entrega incompleta, lo normal es que la subsanación no suponga inconvenientes excesivos para el comprador. Pero si el comprador ha efectuado una compraventa de reemplazo sí se puede entender que existirán gastos excesivos⁹⁵⁸. Si el incumplimiento consiste en la falta de conformidad de

⁹⁵⁶ Aunque la elección de uno de los dos remedios correspondería al comprador en el caso de que la entrega hubiera sido definitiva, en virtud de los artículos 45 y 46, al ser una entrega no definitiva podría entenderse que elección del vendedor es más acorde con la naturaleza de la institución de la subsanación. En este sentido, aunque sin argumentarlo MORALES MORENO, Antonio Manuel. "artículo 37" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 321.

⁹⁵⁷ El momento que debe tenerse en cuenta a efectos de la reparación debería ser el momento en que esta se comunique al comprador, frente al momento en que realmente se produzca, todo ello en aras al principio de buena fe contractual (artículo 7), y siempre que no cause inconvenientes ni graves perjuicios al comprador. En contra de esta opinión, aunque sin argumentarlo MORALES MORENO, Antonio Manuel. "artículo 37" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 322.

⁹⁵⁸ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 270.

las mercaderías y el vendedor pretende la sustitución de esas mercaderías por otras nuevas, puede que los gastos de devolución, gastos de transporte, almacenaje e impuestos de exportación de las mercancías no conformes e importación de las nuevas sean excesivos para el comprador. También puede ocurrir que los gastos de reparación de las mercancías sean excesivos para el comprador, por ejemplo si la mercadería es una maquinaria inserta en un proceso de producción y su reparación implique un largo periodo de detención de la línea de producción.

La clave para poder subsanar en la práctica estará por una parte en que no se haya establecido en el contrato la esencialidad de un incumplimiento de tal forma que no quepa posibilidad de subsanación⁹⁵⁹ y por otra en determinar en qué consiste un inconveniente o gasto excesivo⁹⁶⁰. Por inconveniente no razonable para el comprador se entiende el que excede de forma intolerable el perjuicio normal causado al comprador por la sustitución o reparación de los bienes. El vendedor debe pagar los gastos de subsanación, no puede exigir al comprador que los adelante. En el caso de que este los adelante, el vendedor debe reintegrarlos⁹⁶¹. Parte de la doctrina entiende que se debe evaluar con relación al valor económico de la prestación incumplida y su costo de subsanación⁹⁶², otra

⁹⁵⁹ Como señalar una fecha exacta de cumplimiento que en ningún caso pueda ser modificada, para lo que conviene señalar expresamente la importancia de ese cumplimiento exacto y la imposibilidad de cumplimientos anticipados o tardíos.

⁹⁶⁰ Término directamente relacionado con el de perjuicio sustancial contenido en la definición de incumplimiento esencial.

⁹⁶¹BIANCA. "Art.37. Cure before date or delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p.293.

⁹⁶²ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 270.

parte de la doctrina considera como supuestos de inconveniencia las reiteradas reparaciones sin éxito o el intento de reparación sin advertir previamente al comprador⁹⁶³. Aunque sin mencionarlo, esta última corriente se inclina por incluir apreciaciones subjetivas del comprador como elementos impeditivos de una posible subsanación, y así parece que debe ser si atendemos a la diferenciación que en los antecedentes históricos se hace entre inconvenientes y gastos.

Aunque el vendedor sea responsable de estos gastos estando obligado a indemnizar al comprador por los daños y perjuicios causados, el comprador siempre podrá oponerse a la subsanación si esta le produce inconvenientes o gastos excesivos, ya que es el comprador el que tendrá que soportar la incertidumbre o los costes derivados de la subsanación, aunque después pueda repetir contra el vendedor⁹⁶⁴. En caso de que la subsanación consista en la reparación de los bienes, el comprador deberá permitir al vendedor o a las personas por él habilitadas a examinar y reparar las mercaderías, pero el vendedor deberá ofrecerle garantías suficientes de cobertura de los gastos que ello implique. Si el vendedor ofrece al comprador garantías de desembolso inmediato de los gastos en que este puede verse incurso, lo justo será que este no se oponga a la subsanación⁹⁶⁵. Si el comprador se niega a aceptar la subsanación cuando esta no supone inconveniente ni gasto excesivo para él, está cometiendo un incumplimiento de su deber de mitigar las pérdidas de la otra parte, por lo que será responsable de los daños y perjuicios que pudo haber evitado aceptando la subsanación⁹⁶⁶. Sin embargo, el comprador no está obligado a aceptar la

⁹⁶³ ENDERLEIN / MASKOW / STROHBACH, Art. 37, nota 6.

⁹⁶⁴ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 270.

⁹⁶⁵ SCHWENZER. "Seller's obligations. Article 37", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 298.

⁹⁶⁶ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 270.

subsanación si sus costes son altos y el vendedor solamente se ofrece a reembolsarlos en un futuro⁹⁶⁷, ya que en este caso el comprador soportaría el inconveniente de la incertidumbre de su desembolso. Por otra parte si el comprador rechaza sin motivo la subsanación, el vendedor no puede realizarla, pero en este caso el incumplimiento debe imputarse al comprador que no podrá reclamar por incumplimiento del contrato⁹⁶⁸.

El derecho del vendedor de subsanar no le excluye de su responsabilidad por los daños y perjuicios que la subsanación cause al comprador. Por ejemplo será responsable de los gastos de restitución de las mercancías defectuosas si realizó la sustitución de las mismas, o deberá indemnizar lo que se dejó de producir por la paralización del proceso de producción si optó por la reparación de la maquinaria, etc⁹⁶⁹. La facultad de subsanación que se otorga al vendedor no debe perjudicar en caso alguno al comprador, el cual conserva en todo caso el derecho a exigir la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios sufridos incluso en el supuesto de que efectivamente se dé la subsanación por el vendedor. Esta conservación absoluta del derecho a exigir indemnización de daños y perjuicios se explicitó en la tercera sesión del grupo de trabajo, en la que se señaló que se incluía para indicar que aunque el comprador no pueda rechazar la entrega tardía si no le causa inconvenientes o gastos no razonables, el comprador conserva sin embargo el derecho a reclamar una compensación por

⁹⁶⁷ SCHWENZER. "Seller's obligations. Article 37", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 298. No obstante, esta opinión no es pacífica: HONNOLD, "Cure up to date for delivery", en *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991, n. 247, p. 325.

⁹⁶⁸BIANCA. "Art.37. Cure before date or delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p.293.

⁹⁶⁹ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 270.

cualquier inconveniente o gasto que se le haya ocasionado⁹⁷⁰. La única decisión que ha analizado el artículo 37 se refiere precisamente a la obligación de indemnizar estos daños y perjuicios ocasionados al comprador por la entrega anticipada del vendedor, si bien no los reconoce por no haber sido demandados por el comprador, que pretendía resolver el contrato basándose en un pretendido incumplimiento esencial del vendedor⁹⁷¹.

Aunque antes hayamos hecho una distinción entre incumplimiento esencial o no, no se puede hablar con propiedad de incumplimiento esencial antes de la fecha de vencimiento de la obligación de entrega, puesto que la privación que se pueda dar no será sustancial al no ser definitiva y sí subsanable. El derecho a subsanar anticipadamente hace que no pueda darse un incumplimiento esencial antes de la fecha de entrega de las mercancías⁹⁷², y en ese sentido parece entenderse el laudo antes citado. Ello no quiere decir que no quepa una resolución anticipada del contrato, pero lo será en virtud del artículo 72, que establece la resolución anticipada para el caso de que sea patente que existirá un incumplimiento esencial, (sobre la distinción entre incumplimiento esencial, patente y previsible hablaremos más adelante).

⁹⁷⁰ HONNOLD, *Documentary History*, p. 14.

⁹⁷¹ Laudo 200/1994, de 25 de abril de 1995, del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa. (*CLOUT* 141). Se pactó un plazo de entrega de una semana a contar desde la recepción por el vendedor suizo de una garantía bancaria del comprador para el pago de las mercaderías, fecha que coincidía con Navidades. A mediados de diciembre se enviaron las mercaderías sin haberse recibido la garantía bancaria, mercaderías que se recibieron por el comprador, pero que fueron rechazadas por sus subcontratistas. El comprador ruso alegó que la entrega anticipada era supuesto de incumplimiento esencial y pretendía la resolución del contrato, el Tribunal Arbitral consideró que no cabía tal resolución ya que no se trataba de un supuesto de incumplimiento esencial dado que el plazo de entrega no había vencido y por tanto era de aplicación el artículo 37.

⁹⁷² ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 270.

3. LA SUBSANACIÓN SOBREVENIDA

Los principales problemas que la subsanación plantea respecto al concepto de incumplimiento esencial son los derivados de la compatibilidad o la preferencia de la subsanación respecto de los efectos principales del incumplimiento esencial: la resolución y la petición de mercaderías sustitutivas.

3.1. EL DERECHO DE SUBSANACIÓN Y EL DERECHO DE RESOLUCIÓN

El derecho de subsanación sobrevenida del vendedor, en caso de que no se ocasionen inconvenientes excesivos al comprador, se contrapone con el derecho del comprador a la resolución del contrato. En los supuestos de entrega anticipada y mientras no llegue el vencimiento, hemos visto cómo la CCIM opta por dar prevalencia a la posición del vendedor. En el caso de que la fecha de vencimiento haya llegado, la solución no es tan clara.

En el estudio del concepto de incumplimiento esencial, no se trata de una cuestión baladí. Uno de los principales problemas de la definición de un incumplimiento como esencial es si el incumplimiento subsanable puede considerarse esencial⁹⁷³, ya que si es subsanable, podría entenderse que, por su propia naturaleza subsanable, no tiene la entidad suficiente como para ser esencial.

Un caso sería que la entrega de una mercadería con defectos susceptibles de reparación. La cuestión es importante, ya que si cabe la posibilidad de que un incumplimiento subsanable sea a la vez esencial, el perjudicado tendrá, además de la acción de reparación, la posibilidad de resolver el contrato o exigir la sustitución de los bienes.

⁹⁷³ Conforme al artículo 48 de la CISG, ya que en los supuestos de los artículos 34 y 37 a lo más se puede hablar de un incumplimiento previsible con mayor o menor certeza.

El artículo 48 regula el supuesto de subsanación sobrevenida. Es un artículo ambiguo que no resuelve expresamente qué derecho prevalece en caso de conflicto: el del vendedor a subsanar o el del comprador a resolver. Por ello será necesario acudir a su interpretación siguiendo la metodología propuesta en la primera parte de esta obra.

Desde el punto de vista gramatical, el artículo 48 se inicia con las palabras “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49”, comienzo que dificulta la solución del problema ya que en el artículo 49 se regula la resolución del contrato. De una interpretación gramatical estricta se podría concluir que la subsanación de la entrega defectuosa solamente se dará siempre que no se den ninguno de los presupuestos que dan lugar al derecho del comprador a resolver el contrato, entre los cuales están el supuesto de la existencia de un incumplimiento esencial, pero también el supuesto en que no existiendo un incumplimiento esencial se haya dado un plazo (*Nachfrist*) para el cumplimiento y este no se haya verificado. De acuerdo con esta interpretación: los incumplimientos esenciales y los incumplimientos no esenciales para los que se ha dado un plazo suplementario incumplido no pueden ser subsanados en ningún caso.

No obstante, si se acude al artículo 49, nada impide que se pueda entender que el incumplimiento será esencial cuando la subsanación no sea posible ni exigible. Se da la posibilidad al comprador de considerar un incumplimiento como no esencial si es posible su subsanación. Con esto queda claro que incumplimientos claramente no subsanables, como los de falta de entrega de una cosa específica en una fecha determinada calificada como esencial en el contrato, podrán ser considerados como incumplimientos esenciales.

En realidad la remisión del artículo 48 al artículo 49 significa que el incumplimiento será subsanable en tanto que no sea justa una resolución del contrato basada exclusivamente en ese incumplimiento.

Con todo no se deduce de una interpretación gramatical la relación entre la esencialidad del incumplimiento y la subsanabilidad del mismo. Desde el punto de vista sistemático, un principio general se deriva de toda la CCIM, el que la

resolución del contrato solamente se puede admitir como *ultima ratio*, en casos excepcionales y previos especiales presupuestos.

Ello se compagina con que en comercio internacional la restitución de las prestaciones suele ser especialmente gravosa para las partes.

Se tiene que tener en cuenta que todos los supuestos de alteración de las prestaciones de las partes en la CCIM obedecen a un incumplimiento contractual. Mientras que en algunos derechos internos el tratamiento de la entrega de cosas defectuosas se considera un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega o un supuesto de incumplimiento de la obligación de saneamiento, en la CCIM el tratamiento de los incumplimientos es el mismo, independientemente de cuál sea la obligación incumplida. Por eso todos los supuestos de incumplimiento son comparables y tienen el mismo trato. Una falta de entrega estará entre los supuestos de incumplimiento más grave, pero su tratamiento a la hora de determinar su esencialidad será el mismo que si el incumplimiento fuera debido a la entrega de una mercadería con vicios. La interpretación sistemática no aporta una solución al problema de si un incumplimiento subsanable puede calificarse como esencial, pero sí aclara que la solución a la que se llegue será válida para cualquier tipo de obligación incumplida.

Una interpretación histórica aclara que la ambigüedad del artículo y su alambicada redacción no es casual y obedece a una tortuosa discusión que llevó a una solución de compromiso. En el Proyecto de 1978 se establecía “A menos que el comprador haya resuelto el contrato conforme al artículo 45, el vendedor podrá subsanar ...”. Con esta redacción estaba claro que el derecho del vendedor a subsanar dependía de que el comprador no resolviera el contrato, es decir, la facultad del comprador de resolver el contrato se anteponía al derecho de subsanar del vendedor una vez cumplida la fecha de entrega⁹⁷⁴. En la Conferencia, el problema se planteó por los representantes de Bulgaria y de la

⁹⁷⁴ Tras muchas discusiones esta fue la posición que se impuso en la décima sesión anual de UNCITRAL redactora del Proyecto de 1977, recogido a su vez en el Proyecto de 1978. HONNOLD, *Documentary History*, p. 338.

República Federal Alemana, con el ejemplo de una maquinaria que debía entregarse en un plazo determinado pero que una vez entregada dentro de plazo, y vencido este, no funciona⁹⁷⁵. Según el representante de la RFA (Mr. Klingsporn), era un caso de incumplimiento esencial, por lo que el comprador podría resolver el contrato, pero que no le interesaba la resolución porque con la reparación se conseguiría una solución más adecuada para los intereses de las partes. En este caso el comprador podría resolver el contrato a su conveniencia, lo que sería una consecuencia injusta. La opinión de la mayoría en la Conferencia fue que en este caso no existía un verdadero incumplimiento esencial, y que para que tuviera lugar una resolución del contrato debería existir un incumplimiento esencial, si un incumplimiento no era esencial era susceptible de subsanación, dado que entonces debería primar el mantenimiento del contrato, más que dar la posibilidad al comprador de poder reclamar la reparación o resolver el contrato. No obstante, la dicción final modificó la redacción que había sido dada por el Grupo de Trabajo, dado que se hizo necesario llegar a un compromiso que permitiera aprobar el artículo por una amplia mayoría. La nueva redacción admite la opinión de la mayoría pero abre la posibilidad de interpretaciones como la alemana. La conclusión es que aunque no existe una voluntad unánime y explícita de los legisladores de la Conferencia sobre la relación que debe existir entre la subsanación y la resolución (y por lo tanto el incumplimiento esencial), parece que de las discusiones se deriva la conveniencia de que el derecho de subsanación del vendedor no dependiera de la facultad de resolución del comprador y la incompatibilidad entre el incumplimiento esencial y la subsanación, lo que es compatible con el espíritu de conservación del contrato que preside la CCIM, lo que ocurre es que la redacción final supuso el mantenimiento de la cuestión de la posibilidad de que supuestos que en teoría deberían ser subsanables, podrían ser susceptibles de resolución.

La interpretación teleológica parece que será el método que nos permita determinar más claramente la relación entre la subsanación y la resolución del

⁹⁷⁵ HONNOLD, *Documentary History*, p. 562-565.

contrato. Para ello deben concretarse los intereses protegidos por el artículo 48 y los principios generales de la CCIM aplicables al mismo.

El derecho de subsanación del vendedor no es más que una manifestación del principio de conservación del negocio jurídico. Este principio obedece a un interés económico concreto, el de evitar en la mayor medida posible los altos costes de la restitución de las prestaciones que implica la resolución del contrato, que son aún más altos en comercio internacional. No obstante es de destacar que el derecho de reparación será más económico si se ha producido la entrega de la cosa, pero si no se ha entregado, la resolución será más económica, al evitar gastos de entrega y devolución, por lo que no cabrá la subsanación.

De la interpretación histórica se deduce que la ratio iuris de la modificación de la redacción del proyecto de 1978 fue la de evitar dar a una de las partes la posibilidad de especular con la posibilidad de resolver el contrato o de exigir la reparación por parte del comprador. No obstante si los intereses del comprador se ven gravemente perjudicados, este deberá tener el derecho de desligarse del contrato, aunque siempre que no se pueda obtener una reparación suficiente.

El problema es la determinación de la esencialidad de ese incumplimiento, tanto en su cuantificación como en si es el comprador o el vendedor a quien corresponde calibrarlo.

En todo caso parece que se debe tener en cuenta el principio de interpretación restrictiva de las causas de resolución del contrato.

Por otra parte el principio de buena fe en el comercio internacional del artículo 7 implica que si el vendedor puede subsanar el incumplimiento, y se ofrece para hacerlo, sin que ello suponga grandes costes para el comprador, este debería dar la opción de subsanar al vendedor en vez de acudir a la resolución del contrato⁹⁷⁶. De hecho uno de los deberes del comprador es el de mitigar las

⁹⁷⁶ La apelación al principio de la buena fe es la que domina en la doctrina española a la hora de dar solución a este problema. LÓPEZ LÓPEZ, Angel. "Artículo 48", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 429.

pérdidas que la subsanación de un cumplimiento defectuoso pueda suponer al vendedor.

Por contra se podría argumentar que el comprador que ha visto como el vendedor ha incumplido su obligación, pierde su confianza en él, y no tiene porqué confiar en que el vendedor cumplirá si se le da una segunda oportunidad, lo que supondría tras el segundo incumplimiento estar en la misma o peor situación pero en un momento posterior, lo que no más que un retraso del tráfico mercantil internacional.

Este argumento vincula la relación de subsanación e incumplimiento esencial con la confianza que la parte incumplidora tenga en la parte que incumplió, es decir, el incumplimiento que suponga una entrega objetivamente defectuosa no es de por sí constitutivo de un incumplimiento esencial, si ello resulta de la relación de confianza existente entre las partes. Esta solución parece más acorde con el sistema de interpretación e integración de las normas de la CCIM recogido en el artículo 7, dada la imposibilidad de llegar a una conclusión clara por medio de otras interpretaciones.

Desde el punto de vista de la apreciación de los intereses de las partes en el contrato, el vendedor tiene interés en que antes de que se resuelva el contrato y se le devuelvan los bienes, con el coste que ello supone, se le comunique la existencia de los defectos en la cosa entregada, y se le dé la oportunidad de corregirlos. El comprador tiene interés en que se le entregue la mercadería sin defectos y en el tiempo pactado. La solución adecuada para el equilibrio de los intereses es dar prioridad a la subsanación y permitir la resolución del contrato solamente cuando el incumplimiento sea de imposible o excesivamente costosa subsanación, por ejemplo, porque exista una manifestación indubitada en ese sentido por parte del vendedor, o cuando el plazo de entrega se hubiera considerado especialmente, o incluso en supuestos en que el despacho de los bienes todavía no se haya iniciado. Es decir, cuando la esencialidad del mismo sea debidamente probada.

Desde que una oferta de subsanación puede ser esperada, el comprador pierde su libertad de acción. Pero si esta expectativa es errónea, el comprador

víctima de un incumplimiento esencial perderá más tiempo y oportunidades para procurarse bienes conformes. La preferencia absoluta de la subsanación es peligrosa para el comprador desde el momento en que este queda a merced de una oferta de un vendedor de otro país que puede no ser muy diligente en su respuesta, con lo que quedaría paralizado durante un largo período al no poder ejercitar acción alguna incompatible con una eventual subsanación. Es dudosa la justicia de que el comprador cargue con la incertidumbre de vanas expectativas. Algunos autores⁹⁷⁷ concluyen que el equilibrio entre los intereses del comprador y el vendedor debe buscarse en la pregunta “¿Subsanará el vendedor?” formulada desde la posición del comprador, es decir, partiendo de los conocimientos que este tenga de la posibilidad de que el vendedor vaya a subsanar atendiendo a sus usos particulares con el mismo o con otros compradores, a comunicaciones del vendedor, a condiciones de contratación, a los usos del comercio, etc. Esta solución reparte mejor las cargas de la incertidumbre, al trasladarlas al causante del incumplimiento, o sea, el vendedor, que a cambio de verse protegido de una resolución instantánea se esforzará en manifestar su voluntad de subsanar, fomenta el diálogo entre las partes y reduce la posibilidad de pleitos, al basarse el comprador en datos objetivos como comunicaciones entre las partes o comportamientos previos del vendedor, más fáciles de probar que posibles expectativas de subsanación⁹⁷⁸. En realidad, la práctica comercial internacional atiende a esta solución: si el comprador observa una entrega de mercancías defectuosas lo deberá comunicar inmediatamente al vendedor en virtud del artículo 39, indicando en qué consiste la falta de conformidad, pues de lo contrario perderá su derecho a reclamar por la misma. Lo ordinario en un vendedor que esté dispuesto a subsanar será contestar con premura ofreciendo la subsanación

⁹⁷⁷ WILL, Michael R. “Article 48. Cure after date of delivery”, en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention. Milano, 1987, p. 350.*

⁹⁷⁸ WILL, Michael R. “Article 48. Cure after date of delivery”, en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention. Milano, 1987, p. 351-352.*

y detallando plazos o manera de realizarla, tanto más cuanto que con ello evitará la resolución del contrato y logrará fidelizar a su cliente.

Una vez analizado el principio del artículo, observamos la congruencia del resto del primer párrafo con los principios que acabamos de mencionar: “sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador” pretende mantener el equilibrio o base del contrato. En realidad impone una misma limitación a la facultad de subsanación: que no cause inconvenientes excesivos⁹⁷⁹, categoría en la que se incluyen las demoras excesivas, sucesivas reparaciones infructuosas o el peligro a no recuperar los gastos realizados por el comprador, pero de los que debe responder el vendedor. La incertidumbre en el reembolso por el vendedor de los gastos avanzados por el comprador puede impedir la subsanación⁹⁸⁰. No importa la cuantía de los gastos. Sí se tiene en cuenta la cualificación de la incertidumbre en su recuperación. No es importante que se trate de incertidumbre no razonable. Sí que la incertidumbre cree inconveniencia no razonable. La incertidumbre se refiere también al peligro de quiebra o insolvencia del vendedor, a la duda seria sobre la habilidad o la voluntad del vendedor a reembolsar las expensas cuando deba. El vendedor debe

⁹⁷⁹Algún autor ha afirmado que “The seller’s right to cure depends on two conditions: that the buyer has not rightfully avoided the contract and that he will not suffer unreasonable inconvenience”. Si bien es discutible que la primera sea una condición, como se aprecia de su análisis posterior del artículo, es pacífico que la segunda sí lo es y abarca supuestos de demora excesiva, incertidumbres de reembolso así como cualquier otro tipo de inconvenientes excesivos. WILL, Michael R. “Article 48. Cure after date of delivery”, en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention. Milano, 1987, p. 349.*

⁹⁸⁰ No obstante, doctrina autorizada establece lo contrario: HUBER, “Article 48”, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 406.

subsana sin dar lugar a incertidumbre alguna al respecto⁹⁸¹. El exceso del inconveniente será analizado en cada caso en concreto. Precisamente esta voluntad de descargar al comprador de cualquier inconveniente provocado por la subsanación es la que hace que el vendedor subsane “ a su propia costa”, es decir, correrá con los costes de la subsanación, bien directamente o bien reembolsándolos al comprador, (como en la sentencia del tribunal alemán de OLG de Hamm en 1995⁹⁸²), e incluso podrá exigir al vendedor la confirmación de que la subsanación estará libre de coste alguno⁹⁸³. En congruencia con ello, no podrá el vendedor cobrar nada al comprador por los gastos en que el mismo vendedor haya incurrido a causa de la subsanación⁹⁸⁴.

Interpretando el artículo 49 a la luz del artículo 48 se podría deducir que si el defecto de la mercadería supone un inconveniente excesivo, el incumplimiento será esencial, y se aplica la remisión del artículo 48 *in limine*, mientras que si no es excesivo estaremos ante un incumplimiento no esencial, y no tiene eficacia la remisión al artículo 49. Pero para ello debemos recordar que el concepto de incumplimiento esencial no se limita a una cuantificación y cualificación del perjuicio, sino que también incluye un elemento de previsibilidad. Así, por ejemplo, si el inconveniente consiste en un retraso en el cumplimiento de la obligación, este podrá ser esencial, si además de causar un perjuicio sustancial, este era previsible, en cuyo caso se podrá resolver, podrá ser no esencial, pero excesivo,

⁹⁸¹WILL. "Art. 48.Cure after date for delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p. 353.

⁹⁸²sentencia OLG Hamm n ° 11 U 1991/94, de 9 de junio de 1995, en *Iprax*, 1996, p. 256-257, y en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr/cisg/urteile/text/146.htm>

⁹⁸³ HUBER, "Article 48", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 406.

⁹⁸⁴ En este sentido se pronuncia HUBER, en HUBER. "Article 48, n.12" en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 405.

en cuyo caso no cabe resolver ni subsanar, o podrá ser razonable, único caso en que cabe la subsanci3n.

El derecho de subsanar permite al vendedor la sustituci3n o la reparaci3n de las mercancías, completar una entrega incompleta o entregar tardíamente las mercaderías o los documentos, pero también se refiere a otros casos de incumplimiento subsanable como el derivado de la obligaci3n de informaci3n sobre seguros o medios de transporte, o la obligaci3n de liberar al comprador de las posibles pretensiones que terceros puedan reclamar sobre la cosa. La forma en que el vendedor debe ejercitar su derecho a la subsanci3n depende del tipo de fallo en el cumplimiento y de la naturaleza de los bienes, pero en ning3n caso le libera de la indemnizaci3n de daños y perjuicios que le hubiera causado al comprador por el cumplimiento tardío de sus obligaciones.

Si es un retraso, la subsanci3n del retraso es metafísicamente imposible, pero sí cabe la subsanci3n en la entrega, siempre que el retraso en sí no suponga un incumplimiento esencial o que no se haya superado el plazo suplementario del artículo 47 y se opte por la resoluci3n. La subsanci3n de la entrega no impide el ejercicio de la acci3n de indemnizaci3n de daños y perjuicios⁹⁸⁵. Los daños y perjuicios deberán haberse producido realmente, y no sería extraño que la entrega tardía los mitigara o incluso los evitara, pero en caso de que estos existieran, y la cuantía de los mismos fuera importante, sería discutible la facultad de subsanci3n al indicar que la subsanci3n le causa inconvenientes excesivos⁹⁸⁶. En todo caso la opci3n de la subsanci3n conjuntamente con la reclamaci3n de los daños y perjuicios producidos elimina el

⁹⁸⁵WILL. "Art. 48.Cure after date for delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p. 353.

⁹⁸⁶ Alg3n autor ha seńalado que el comprador podría reducir el precio. ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 272. No obstante, esta soluci3n est3 vetada por el artículo 50, seg3n el cual existe una incompatibilidad absoluta entre el derecho de subsanci3n y la acci3n de reducci3n del precio.

riesgo de que la resolución sea improcedente si la esencialidad del incumplimiento es dudosa.

De lo visto puede deducirse que la regla general es la facultad de subsanación, que solamente puede ser vencida en caso de que exista un incumplimiento esencial efectivamente ejercitado o se cause un inconveniente grave para el comprador, que será quien habrá de soportar la carga de la prueba de la inconveniencia grave⁹⁸⁷.

3.2. LA SUBSANACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN DE LAS MERCADERÍAS

Cuando el incumplimiento consiste en una ligera alteración de los bienes, con respecto a los contratados, y la identidad de los mismos no es de especial interés, la forma más habitual de subsanación es la reparación de los mismos o su sustitución.

Un problema es el conflicto que puede surgir cuando el vendedor ofrece reparación y el comprador solicita la sustitución de los bienes. Ya hemos tratado la relación entre el incumplimiento esencial resolutorio y la subsanación. De la misma forma se ha planteado si debería aplicarse el mismo trato a las demás acciones derivadas del incumplimiento esencial.

Las discusiones habidas en la Conferencia de Viena trataron el tema, llegando a la conclusión de que la elección correspondía al comprador⁹⁸⁸, pero teniendo en cuenta los intereses del vendedor, en tanto le sean conocidos, en aplicación de la obligación de mitigar sus pérdidas. Por lo tanto, se deriva de los antecedentes históricos la obligación de atender a las expectativas del vendedor y a los costes de la reparación y de la sustitución, debiendo el comprador elegir la

⁹⁸⁷ HUBER, "Article 48", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 406.

⁹⁸⁸ La propuesta de Estados Unidos de que la elección correspondiera al vendedor no fue aprobada al recibir 10 votos en contra frente a otros 10 a favor. HONNOLD, John O. *Documentary History. Deventer*, 1989, p.573.

opción menos costosa para el vendedor, siempre y cuando no le suponga inconvenientes no razonables, debiendo de pasar por los razonables⁹⁸⁹.

Algún autor⁹⁹⁰ apoya la tesis de que si existen varios métodos de subsanación, la elección corresponde al vendedor, incluso si existiendo un incumplimiento esencial que el comprador no ejercita, puesto que lo que interesa es el éxito de la operación. La única condición es que el método escogido no suponga un inconveniente no razonable. Se ampara en que el artículo 46.2 no da al comprador derecho a obligar al vendedor a la entrega de bienes sustitutivos.

Desde un punto de vista sistemático, relacionando el artículo 48 con el 46.2, parece reproducirse el mismo problema que entre el artículo 49 y el 48: la sustitución es una de las acciones reservadas para los casos de incumplimiento esencial, junto a la resolución del contrato. Es más, la antigua redacción del artículo 48 no exceptionaba de la subsanabilidad los supuestos de resolución, sino los de incumplimiento esencial.

Desde el punto de vista teleológico los intereses en conflicto son los mismos: el interés del vendedor en subsanar mediante la reparación, y el interés del comprador en ejercitar la acción derivada del incumplimiento esencial, en este caso la de sustitución.

La conclusión debería ser que el comprador debería esperar la subsanación por parte del vendedor siempre que objetivamente sea esperable tal oferta, antes de optar por exigir la sustitución de los bienes.

No obstante se debe matizar, ya que a pesar de que tanto la resolución como la sustitución de los bienes sean reacciones ante un incumplimiento

⁹⁸⁹ La relación entre reparación y sustitución fue analizada en la Conferencia dando un aparente preferencia a la resolución, al exigir que para la sustitución un incumplimiento esencial, dado que los costes que implica para el vendedor suelen ser más altos incluso que los de la resolución. No obstante, los costes de reparación podrían llegar a ser menos razonables que la sustitución de las mercaderías, en especial en el supuesto de que estas consistan en materias primas. HONNOLD, John O. *Documentary History. Deventer*, 1989, p. 558.

⁹⁹⁰ HUBER. "Article 48", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 404.

esencial, el trato no debe ser el mismo si tenemos en cuenta que no existe mención expresa a la sustitución en el artículo 48, a diferencia de la resolución. Tal diferencia de tratamiento se explica por el afán de conservación del contrato que se refleja en la Convención como principio general. La sustitución conserva el contrato en vigor, por lo que el trato excepcional que se da a la resolución no es aplicable a la sustitución. En esta debería aplicarse el régimen general de subsanabilidad, es decir, conservar la posibilidad de que el comprador, en atención a la esencialidad del incumplimiento, pueda optar entre la misma y la reparación, en atención al menor coste tanto económico⁹⁹¹ como de otro tipo para el vendedor, dando a este la oportunidad de comunicar al comprador la opción de su preferencia, que se deberá imponer siempre que esta no suponga graves inconvenientes para el comprador.

En definitiva, se trata de considerar la solución menos costosa para las partes manteniendo el contrato, lo que normalmente implicará la reparación de las mercaderías. Y en este sentido parece manifestarse la doctrina, aunque difiera en el sentido que se da a los costes⁹⁹².

Un último problema más teórico que práctico es si el ejercicio del derecho de subsanación excluye el incumplimiento esencial, o solamente quedan

⁹⁹¹ En este punto se discutió en la Conferencia que la naturaleza de las mercaderías sería decisiva a la hora de optar por uno u otro remedio: si se trata de maquinaria, tema especialmente importante para los países en desarrollo, la solución más adecuada sería normalmente la reparación, mientras que si son materias primas, es posible que la sustitución fuera más conveniente. HONNOLD, John O. *Documentary History. Deventer*, 1989, p.556-557.

⁹⁹² Will se inclina por una visión económica de los costes, y da a la sustitución el mismo trato que a la resolución, WILL. "Art. 48.Cure after date for delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p. 356., mientras que López López la descarta, en atención a que en ocasiones la conservación del contrato supone mayores costes que su resolución, pero interesa más al vendedor.

suspendidas las acciones derivadas del mismo⁹⁹³. Según la doctrina americana⁹⁹⁴, si la subsanación es factible y es razonable que el comprador la espere, el incumplimiento no es esencial. Por ello el comprador no podrá resolver en virtud del artículo 49.1.a ni obtener la sustitución de los bienes si la reparación es imposible. De sostenerse la postura de la exclusión, se llegaría a una inconsistencia sistemática, ya que se imposibilitaría el ejercicio de una de las facultades de subsanación, la sustitución de las mercaderías regulada en el artículo 46.2, ya que la sustitución solamente puede darse en casos de incumplimiento esencial. Desde una interpretación histórica, esta conclusión es desorbitada y no estaba en las mentes de los redactores del Proyecto⁹⁹⁵. Desde un punto de vista teleológico el optar por la exclusión supone una sobreprotección de los intereses del vendedor al aumentar el riesgo del comprador a la hora de evaluar el grado de no conformidad, ya que si optare por la resolución y no existiera incumplimiento esencial por existir expectativas de reparación por parte del vendedor, el comprador ya no podría reclamar una reparación ni una sustitución de las mercaderías. Además, el cambiar de esencial a no esencial el incumplimiento según la expectativa de reparación del comprador, es contrario a la certidumbre de la transacción internacional. Por tanto, tanto desde una interpretación sistemática, teleológica como histórica parece que la solución es el efecto suspensivo⁹⁹⁶. De este modo, en caso de que haya transcurrido el tiempo

⁹⁹³WILL. "Art. 48.Cure after date for delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p. 352.

⁹⁹⁴ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991, p. 376. Con todo, se debe matizar esta opinión, ya que parte de un supuesto en el que la subsanación no supone inconveniente para el comprador.

⁹⁹⁵WILL. "Art. 48.Cure after date for delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p.357.

⁹⁹⁶ Se podría adoptar la postura de la exclusión en el caso de que se contestase afirmativamente a la posibilidad de "resucitar" el incumplimiento esencial excluido en el caso de que aun siendo

durante el cual se entendía razonable una subsanación, el vendedor pierde el derecho a la misma, pudiendo ejercitar las acciones que se entendían incompatibles con la subsanación siempre que se den los requisitos para su ejercicio, por ejemplo, cabrá la resolución si se dan los supuestos del artículo 49, si no caben acciones como la de reducción de precio o la de indemnización de daños y perjuicios⁹⁹⁷.

3.3. AUTOSUBSANACIÓN

Al hablar de autosubsanación entendemos los casos de autoreparación de las mercaderías por parte del comprador. No incluiremos los supuestos de autosustitución, o compraventas de reemplazo porque estos se tratan en el artículo 76, en sede de indemnización de daños y perjuicios, que tiene como presupuesto la resolución del contrato, que es precisamente una de las causas de exclusión del derecho de subsanación.

Lo dicho sobre la reparación es válido no solamente en los casos en los que el vendedor repare, sino también en los casos en los que sea el comprador el que repare a costa del vendedor⁹⁹⁸.

No podrá darse una autosubsanación cuando se requieran conocimientos específicos que solamente posea el vendedor.

posible la reparación, esta no se llevara a cabo. Pero parece una solución forzada que la doctrina solamente ha planteado en LÓPEZ LÓPEZ, Ángel. "Artículo 48", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 431.

⁹⁹⁷ Esta postura se confirma en la doctrina más reciente. HUBER. "Article 48", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998, p. 411.

⁹⁹⁸ Se trata de una solución frecuente cuando el comprador es alemán, por regularse expresamente en los artículos 410 y 411 del BGB.

Lo normal es que el comprador haga reparar el bien por un tercero y le gire los costes al vendedor. En estos casos tiene derecho a la restitución de los gastos en que haya incurrido.

Esta solución es más apropiada que la de la reparación del vendedor ya que además de conservar el contrato, permite una mayor celeridad del tráfico mercantil en el caso de que los conocimientos requeridos para tal reparación sean normales en ese tipo de tráfico.

En estos casos además de la conservación de el interés de que se conserve el contrato, siempre y cuando el coste que deba adelantar el comprador no sea excesivo.

Con todo, se trata de una solución adecuada siempre que el coste que deba adelantar al comprador no sea excesivo. En este caso lo excesivo del coste debe llevar al comprador a no subsanar, tanto porque adelantar esos costes le supondrá inconveniente grave, como porque en este caso al vendedor puede interesarle más reparar por sí mismo.

A la hora de entender como válida una autosubsanación se debe atender a un criterio lo más objetivo posible. En este caso parece que se puede aplicar el principio de valoración de una persona razonable. Más concretamente, se entenderá que cabe la autosubsanación cuando los costes de la misma sean más bajos que los de la subsanación realizada por el vendedor, (incluidos los costes del transporte), o más bajos que los costes de la restitución que se diera en caso de resolución.

3.4. LA COMUNICACIÓN

La solución al conflicto existente a la hora de optar por una acción derivada del incumplimiento o la subsanación del mismo depende esencialmente de la parte a la que se dé la iniciativa.

Si la iniciativa corresponde al comprador, este puede escoger entre la sustitución o la resolución, o la reparación o la reducción del precio, o la indemnización de daños y perjuicios. Los dos primeros solamente podrá imponerlos al vendedor si el incumplimiento es esencial, puesto que su coste para el vendedor suele ser muy superior a las demás acciones.

Si la iniciativa corresponde al vendedor, este puede escoger la forma de subsanación que más le convenga, podrá consistir indistintamente en reparación o sustitución de los bienes a voluntad del vendedor, siempre que no suponga un perjuicio, incertidumbre en costes adelantados o demora excesiva para el comprador. No obstante la resolución solamente la puede ejercitar el comprador en casos de incumplimiento esencial, no subsanable (tanto por causas subjetivas - pérdida de la confianza - como objetivas - que le cause graves perjuicios o demoras).

En este juego de iniciativas, resulta esencial el intercambio de comunicaciones al que se refieren los párrafos siguientes del artículo 48.

Antes de analizar las comunicaciones a las que se refiere el artículo 48 procede recordar que en virtud de los artículos 38 y 39, el comprador debe comunicar al vendedor los defectos de la entrega de forma detallada de tal forma que sea posible al vendedor conocerlos y eventualmente ofrecerse a subsanarlos. Por lo tanto corresponde al comprador la primera notificación.

En los párrafos 2 a 4 del artículo 48 de la CCIM se regula un juego de comunicaciones que se inician con la notificación de la intención de subsanar hecha por el vendedor al comprador. Este juego pretende distribuir la carga de la incertidumbre de la subsanación de forma equitativa entre el comprador que espera la subsanación y el vendedor incumplidor.

Una vez comunicado por el comprador al vendedor el incumplimiento de la obligación de entrega por falta de conformidad de las mercaderías, el comprador debe conceder un tiempo razonable para que esa comunicación sea posible, llegue al vendedor y permita a este ofrecer la subsanación. La razonabilidad del plazo atiende a la pregunta de si el vendedor subsanará observada desde el punto

de vista del comprador, que no podrá resolver ni ejercitar acción alguna de inmediato, sino esperar a la comunicación del vendedor en la que se pida al comprador que acepte la subsanación en un plazo determinado. Una demora excesiva en la subsanación o en la comunicación de la intención de subsanar o en el control de su comunicación hasta que llegue al comprador puede justificar que el comprador entienda que el vendedor no opta por la subsanación, que esta implique un grave inconveniente para el comprador, (recordar que el elemento de confianza en la parte incumplidora que promete subsanar es fundamental para que esta subsanación sea posible), o incluso que este pase a considerar esencial el incumplimiento y exija la resolución del contrato.

Si el vendedor no contesta, perderá el derecho a imponer la subsanación al comprador, siendo el comprador el que tomará la iniciativa, pudiendo elegir la acción que estime oportuna.

Si, por el contrario, el vendedor comunica al comprador su intención de subsanar, la comunicación debe contener una pregunta al comprador sobre si acepta o no el cumplimiento tardío, y un plazo para ese cumplimiento. A falta de pregunta expresa, esta se entiende implícita en la comunicación de subsanación⁹⁹⁹. Si existe duda sobre el plazo se aplica como límite máximo el razonable, y como mínimo el necesario para que la comunicación vaya ida y vuelta del comprador.

El efecto inmediato de la notificación del vendedor es el de paralizar las acciones incompatibles con la subsanación a ejercer por el comprador (como la de resolución o la de reducción del precio) hasta que haya transcurrido el plazo señalado por el vendedor¹⁰⁰⁰. Esta situación supone una ventaja para el vendedor

⁹⁹⁹ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 273.

¹⁰⁰⁰ El caso en el que el reconocimiento del derecho del vendedor de entregar tardíamente las mercancías hecho por el comprador, impide a este resolver el contrato, así como tampoco podrá reclamar su sustitución, ni podrá solicitar una reducción proporcional del precio si el vendedor le ofreció la reparación que fue aceptada por el comprador, y no ha transcurrido el plazo convenido. ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 274.

incumplidor, por lo que para equilibrar la balanza, el último párrafo del artículo 48 rompe el principio de emisión en la validez de tal comunicación, adoptándose el de la recepción por el comprador. Se trata de una excepción expresa al principio reconocido en el artículo 27, con especiales consecuencias a efectos de la carga de la prueba, que pasa al vendedor.

Nada impide que el vendedor ejercite el derecho a subsanar sin comunicárselo al comprador, pero corre el riesgo de que el comprador no acepte la subsanación alegando inconvenientes excesivos¹⁰⁰¹. En ambos casos, si tal negativa del comprador fuera injustificada, se le podrían reclamar daños y perjuicios por el vendedor, ya que aquel habría incumplido con el deber de mitigar las pérdidas o con el deber de conservar las mercaderías, además de poderse considerar que la resolución o la acción ejercitada por el comprador era incorrecta y optar el vendedor por una acción como la cumplimiento específico. Por ello será más seguro para el vendedor comunicar al comprador la intención de subsanar.

Esta notificación del vendedor genera en el comprador la obligación de contestar si acepta o no la subsanación, es decir, de manifestar si considera el incumplimiento como esencial o los inconvenientes de la subsanación como excesivos, en un plazo señalado por el vendedor, que será normalmente breve, obligando al comprador a evaluar las consecuencias del incumplimiento y a ejercitar las acciones correspondientes lo más rápidamente posible, si no quiere pasar por la subsanación¹⁰⁰². Con este sistema se consigue reducir las posibles pérdidas del vendedor por el retraso en la respuesta del comprador, como las derivadas de sustituciones o reparaciones posteriormente rechazadas, así como

¹⁰⁰¹ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 273.

¹⁰⁰². Tal solución no es injusta, puesto que la pretensión de la Convención es precisamente la conservación del contrato. LÓPEZ LÓPEZ, Ángel. "Artículo 48", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 433.

proteger el mantenimiento del contrato frente a las acciones que el comprador podría ejercitar (en especial la resolución del contrato)¹⁰⁰³.

La respuesta del comprador, en caso de oponerse, debe darse por los medios de comunicación adecuados y no se necesita que llegue al vendedor para ser efectiva¹⁰⁰⁴, ya que se le aplica la regla general del artículo 27 de tal forma que produce efectos desde su emisión, ya que de lo contrario se estaría favoreciendo al vendedor incumplidor. Por lo tanto, si el comprador ha enviado oportunamente una respuesta negativa al vendedor, y este no la ha recibido e inicia la subsanación, el comprador podrá rechazar la subsanación justamente demostrando que envió oportunamente la respuesta denegatoria¹⁰⁰⁵.

El comprador puede aceptar la subsanación en el plazo señalado por el vendedor. También puede guardar silencio, en cuyo caso se presume que el comprador acepta la petición del vendedor, que podrá subsanar en el plazo indicado. La determinación de cuándo un plazo se considera razonable se realiza casuísticamente. Se entiende que el silencio mantenido durante un periodo de tiempo razonable da lugar a la aceptación de la subsanación por parte del comprador. Si rechaza la propuesta de subsanación puede además ejercer alguno de los remedios derivados del incumplimiento, como la resolución del contrato o la reducción del precio.

El rechazo del comprador impide la subsanación, pero si fuera infundado, por no generar inconvenientes excesivos, permitirá al vendedor el ejercicio de la acción de indemnización por los daños y perjuicios por las pérdidas que la

¹⁰⁰³WILL. "Art. 48. Cure after date for delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p. 355.

¹⁰⁰⁴WILL. "Art. 48. Cure after date for delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p. 354.

¹⁰⁰⁵ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 274.

subsanción podría haber evitado¹⁰⁰⁶. No obstante, aunque los inconvenientes no sean excesivos, podrá evitarse la subsanción si existe un incumplimiento esencial o se ha incumplido la obligación después de haberse concedido un plazo suplementario puesto que en estos casos cabe la resolución.

Por otra parte, al concederse un plazo para la subsanción, se está cumpliendo con el plazo suplementario a que se refiere el artículo 49, por lo que en caso de que el vendedor incumpla, podrá resolver. Se trata de un efecto no pretendido ni previsto por el “legislador” pero que es coherente con la literalidad del artículo 47, con la sistemática de la Convención y teleológicamente compatible con el principio del mantenimiento de las bases del contrato, ya que si bien no favorece la conservación del mismo, cumple la misma función que el *Nachfrist* del artículo 47: evitar que la voluntad deliberadamente rebelde del vendedor perjudique al comprador.

3.5. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. (INTERPRETACIÓN TRANSNACIONAL)

La jurisprudencia internacional sobre subsanción es escasa. Por lo general la propia naturaleza del comercio internacional y la conveniencia de las partes en conservar el contrato pueden ser explicaciones de que pocos casos se hayan resuelto sobre la materia. De las tres decisiones hasta ahora recogidas dos se refieren a la relación existente entre la subsanción y la facultad de resolución.

Una primera es de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional dictada en 1994¹⁰⁰⁷, en la que se admite como válida la resolución del contrato declarada por un comprador austriaco alegando la existencia de un incumplimiento esencial a pesar de que el vendedor chino se había ofrecido para sustituir la mercadería defectuosa, alegando el árbitro único que el derecho

¹⁰⁰⁶ ADAME GODDARD, Jorge. “El incumplimiento ...”, p. 274.

¹⁰⁰⁷ Corte Internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7531 de 1994, en *The ICC International Court of Arbitration*, Vol. 6, n ° 2, p. 67.

de subsanación exigía un consentimiento del comprador. No obstante, el árbitro no entra en un análisis del artículo 48 de acuerdo con la metodología del artículo 7, sino que se limita a dar preferencia a la voluntad del comprador, sin entrar en consideraciones sobre si la sustitución propuesta por el vendedor le supone o no un grave inconveniente.

Por contra, un tribunal alemán¹⁰⁰⁸ interpretó en 1997 que para tener en cuenta la esencialidad de un incumplimiento no se tiene que tener en cuenta exclusivamente la gravedad de la falta de conformidad, sino también la disposición de la parte incumplidora a entregar mercaderías sustitutivas sin causar graves inconvenientes al comprador. En realidad esta sentencia se aproxima más a la tesis aquí defendida, ya que en ella se da preponderancia a la facultad del vendedor a subsanar cuando no exista un grave inconveniente. Pero se aleja a identificar el incumplimiento esencial con ese grave inconveniente¹⁰⁰⁹.

Por otra parte, aunque las referencias al derecho de subsanación sean escasas, sí abundan supuestos en los que se declara la resolución en virtud de un incumplimiento esencial de forma inmediata, sin que ni las partes ni los jueces o árbitros entren a considerar la posibilidad de subsanación, aunque la falta de alegación de la misma parece encontrar su causa en el desconocimiento o en la difícil hermenéutica del artículo 48.

4. SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO POR EL COMPRADOR

La CCIM no prevé expresamente el derecho del comprador a subsanar su incumplimiento. La doctrina apenas ha tratado el problema.

Algún autor afirma que el derecho de subsanación del vendedor puede extenderse al comprador por analogía. Esta interpretación se sujeta perfectamente a los métodos hermenéuticos que hemos propuesto.

¹⁰⁰⁸ Sentencia del OLG Koblenz n ° 12 U 31/96, de 31 de enero de 1997, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr/l/cisg/urteile/text/256.htm>.

¹⁰⁰⁹ En este caso la argumentación se basa en HUBER. "Artikel 48", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 465.

Teleológicamente la obligación de pagar el precio no tiene la misma naturaleza que la de entrega de mercaderías, pero la subsanación en ambos casos obedece a una misma *ratio iuris*: promover el cumplimiento del contrato. De la misma forma que se le da al vendedor la posibilidad de subsanar su incumplimiento, se le debe dar al comprador la posibilidad de subsanación¹⁰¹⁰.

En los supuestos de subsanación anticipada análogos a los del artículo 37 se debe matizar. En caso de que se pacte el pago anticipado de parte del precio sería ilógico impedir el pago de la parte restante antes de la fecha de vencimiento, dado la propia naturaleza de la prestación: una entrega anticipada de mercaderías supone al menos unos costes de almacenamiento y conservación no previstos por parte del que las recibe, una entrega anticipada de dinero no solamente no supone perjuicio, sino que además puede generar intereses a favor del que lo recibe, aunque por otra parte, se adquiere el riesgo derivado de la cotización de la divisa. Podría entenderse aplicable analógicamente el artículo 37 a los supuestos en los que el precio no se fije en el contrato sino que se espere para su determinación a un momento posterior por un tercero o por un factor externo, como el mercado. En estos casos la cuantía del precio puede ser discutible y el comprador puede haber pagado una cantidad que él considera como razonable antes del vencimiento de la deuda dineraria. Si con posterioridad el precio es superior, siempre podrá suplir las diferencias no haya vencido la fecha del vencimiento del pago, por lo que el comprador no podrá resolver el contrato y vender las mercaderías a otro comprador¹⁰¹¹. Esta situación no es tan extraña, dada la variabilidad de los precios de determinados productos en el mercado internacional, que puede generar un interés del vendedor en resolver el contrato con fines especulativos.

Más frecuentes serán los supuestos en los que el comprador no haya pagado a fecha de vencimiento y, sin embargo tenga interés en la subsanación de su incumplimiento. En estos casos el artículo 48 es aplicable analógicamente, es

¹⁰¹⁰ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 275.

¹⁰¹¹ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 275.

decir, que cabrá subsanación sobrevenida siempre que no cause graves inconvenientes para el vendedor¹⁰¹².

¹⁰¹² ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 275.

CAPÍTULO OCTAVO. EL INCUMPLIMIENTO

PARCIAL

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN

El hecho de que un incumplimiento esencial conlleve consecuencias tan graves como la resolución del contrato, implica que este sea de tal relevancia que justifique la ruptura del principio *favor contractus* de la Convención. En los casos de que el incumplimiento sea parcial, el principio general será el de conservación, y solamente en caso de que la parte incumplida sea de tal gravedad que pueda encuadrarse en los supuestos del artículo 25, es decir, sólo en los casos de incumplimiento esencial, cabrá que un incumplimiento parcial dé lugar a la resolución de todo el contrato.

En este Capítulo se estudia el incumplimiento parcial que se regula, para los supuestos de entrega parcial de las mercaderías, en el artículo 51.

En segundo lugar analizamos el caso de que la compraventa sea con entregas sucesivas, regulado específicamente en el artículo 73.

Finalmente, estudiamos los casos de incumplimiento parcial en los supuestos de pago parcial del precio y de incumplimiento de un contrato con pago de precio a plazos¹⁰¹³, aunque estos supuestos deben ser analizados con especial cuidado, dado que los derivamos de la aplicación analógica de la CCIM.

Por otra parte, el artículo 73, regulador del incumplimiento parcial, se incluye en la sección del incumplimiento previsible, puesto que supuestos de incumplimientos parciales especialmente relevantes pueden dar lugar a situaciones de resolución anticipada de futuras entregas cuyo incumplimiento se previó fundadamente.

¹⁰¹³ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 290.

2. INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LAS MERCADERÍAS

El incumplimiento parcial de la obligación de entrega de las mercaderías se regula en el artículo 51. Puede tratarse de un incumplimiento parcial de cantidad, porque se entregue sólo parte de la cantidad convenida, o incumplimiento parcial de calidad, cuando solamente una parte de las mercaderías entregadas sea conforme al contrato.

Los antecedentes del artículo 51 se remontan al artículo 45 de la LUCI, que no fue modificado ni por el Grupo de Trabajo, ni durante la Conferencia, a pesar de haber sido objeto de algunas enmiendas, precisamente por la diferente regulación según las familias jurídicas.

Los principios que se establecen en el artículo son: que las acciones del comprador se limitan a la parte incumplida; que el contrato se puede resolver parcialmente; y que si el incumplimiento parcial es esencial, cabe la resolución de la totalidad del contrato.

Pero para la aplicación de estos principios es necesario que las mercaderías puedan ser objeto de entrega parcial. Debe tratarse de un contrato que se refiera a unidades de mercaderías separables, sean de la misma o de diferente naturaleza. Un ejemplo es el laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, n ° 7660 de 1994, en el que se discute la resolución parcial de un contrato de venta de una cadena completa de montaje automático de baterías junto con las piezas de recambio de la misma, por no haberse entregado estas¹⁰¹⁴. No se aplican a supuestos en los que algunos de los

¹⁰¹⁴ Laudo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, n ° 7660 de 1994, en *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 6, n ° 2, p. 69. En este laudo se afirma que la regla en los casos de incumplimiento parcial es la de presuponer que este no supone un incumplimiento esencial del contrato, y entendía que la pieza defectuosa de la maquinaria, así como sus recambios eran partes autónomas por lo que cabía la resolución parcial. No obstante,

elementos componentes de una mercadería sean defectuosos, ya que a estos se les aplicará directamente los artículos 46 a 50, al considerarse defectos de la mercadería en su totalidad¹⁰¹⁵, que por otra parte pueden ser objeto de subsanación.

El comprador puede ejercitar los remedios que le confiere la CCIM limitados a la parte incumplida: exigir el cumplimiento específico de entrega de la parte que falta, la reparación o la sustitución de las mercaderías defectuosas¹⁰¹⁶ o la rebaja proporcional del precio o la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios.

Con todo, no se debe olvidar que estas acciones son derivadas de una falta de conformidad de las mercaderías, y que en ningún caso el hecho de que el incumplimiento sea parcial exime al comprador de la notificación de la falta de conformidad a los efectos de los artículos 38 y 39. Por lo tanto, para el ejercicio de estas acciones será necesario efectuar dicha notificación especificando los defectos y permitiendo, en su caso la subsanación. En este sentido la jurisprudencia ha establecido la pérdida de la acción de reducción del precio por falta de conformidad parcial de las mercaderías entregadas, dado que no se avisó de esta falta de conformidad en plazo razonable¹⁰¹⁷.

esta se desestimó por no haberse notificado la falta de conformidad, por parte del comprador checoslovaco al vendedor italiano, dentro del plazo pactado por las partes (18 meses).

¹⁰¹⁵HUBER. "Article 51", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998, p. 446. n °2. También encuadra en supuestos de falta de conformidad la entrega de demasiados bienes o demasiado pocos hayan sido entregados.

¹⁰¹⁶ No debemos olvidar que el vendedor tiene en general el derecho a la subsanación de los defectos de las mercaderías entregadas conforme a lo dispuesto en el artículo 48.

¹⁰¹⁷ OLG Düsseldorf, 17 U 82/93, de 8 de enero de 1993. *IPRax*, 1993, p. 390. Ya hemos visto como es complejo determinar cuándo un plazo es razonable, aunque es de vital importancia. En este mismo supuesto la falta de razonabilidad del plazo llevó a dar la razón al vendedor turco de pepinos, frente al comprador alemán, en contra de la opinión del tribunal de primera instancia, LG Krefeld, en sentencia de 28 de marzo de 1992, que entendió que el plazo de siete días había sido suficiente, permitiendo la reducción del precio. La sentencia de LG Baden-Baden, 4 O 113/90, de

Pero además se permite la resolución del contrato solamente por la parte incumplida, siempre que se den los requisitos para resolver esa parte¹⁰¹⁸. En concreto, deberá haberse dado un plazo suplementario para la entrega de la parte restante, y en caso de que no se realice, se resolverá solamente esa parte¹⁰¹⁹, y lo mismo en caso de que la parte no entregada o con entrega defectuosa suponga un incumplimiento esencial sólo respecto a esa parte y no respecto a la totalidad, ya que en este caso se podría resolver todo el contrato. Esta posibilidad no se podría dar de no existir el artículo 51, ya que el artículo 49, al cual se remite el artículo 51 solamente habla de la resolución de la totalidad del contrato. Una interpretación excesivamente literal del artículo 49, que habla de la resolución de la totalidad del contrato, debe ser interpretada sistemáticamente en los casos de incumplimiento parcial, es decir, en conexión con lo que dispone el artículo 51, una resolución sólo por la parte incumplida. Así lo confirma la referencia final del párrafo primero, en la que expresamente se habla de la parte no conforme. Precisamente esa es la intención histórica de la frase, ya incluida en el artículo 45 de la LUCI, además de ser la solución más acorde con el principio de conservación del contrato. Precisamente ese principio de conservación justifica que el comprador sólo pueda ejercitar las acciones de los artículos 46 a 50 en la parte incumplida y no por la totalidad del contrato¹⁰²⁰. La jurisprudencia lo ha

14 de agosto de 1991, *RIW*, 1992, p. 62, también rechazó la demanda reconvenzional de un comprador alemán de tejas por haberse realizado fuera del plazo de aviso pactado con el vendedor italiano, con lo que el alemán no pudo obtener indemnización de daños y perjuicios basada en los defectos de parte de las tejas entregadas y de las enviadas en su sustitución.

¹⁰¹⁸ Comentario de la Secretaría, en HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 434.

¹⁰¹⁹ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991, p. 400.

¹⁰²⁰ WILL, Michael R. "Article 51", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p. 378.

entendido así el BGH, en sentencia de 25 de junio de 1997¹⁰²¹ señaló que el comprador suizo de alambre de acero inoxidable coreano vendido por una empresa alemana, tenía derecho a resolver parcialmente el contrato por la parte de las mercaderías no conformes, habiendo dado aviso de los defectos y de la resolución en un plazo razonable y por medios y forma adecuados.

Se trata de una solución jurídica que se adapta a las necesidades del comercio internacional¹⁰²² y a la conservación del contrato mucho más que las soluciones reguladas en otros ordenamientos jurídicos como el inglés¹⁰²³ o el americano¹⁰²⁴, en los cuales el principio general es que el comprador debe aceptar o rechazar la entrega en su totalidad¹⁰²⁵. Para ordenamientos como el alemán las acciones del comprador sí se limitan a la parte incumplida¹⁰²⁶.

¹⁰²¹ Sentencia del BGH, n ° VIII ZR 300/96, de 25 de junio de 1997, en *NJW*, 1997, p. 3311.

¹⁰²² De hecho es práctica habitual que en caso de incumplimiento parcial se “resuelva” el contrato por la parte no cumplida, reteniendo el comprador las mercancías ya entregadas y quedando liberado de su obligación de recibir las mercaderías no entregadas pudiendo así contratar el “suministro” de las mercaderías no conformes con otros proveedores. HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 133.

¹⁰²³ En la Sale Goods Act de 1979, el artículo 30 establece que para supuestos de entrega de una cantidad de mercaderías inferior a la pactada, el comprador puede elegir entre aceptarlas al precio pactado o rechazarlas.

¹⁰²⁴ El artículo 2601 del UCC establece que en caso de “improper delivery” es el comprador tiene derecho a optar entre aceptar o rechazar la totalidad de las mercaderías, aunque permite también “accept any commercial unit or units and reject the rest”. No entramos aquí en la polémica referente a lo que se entiende por unidades comerciales.

¹⁰²⁵ Este principio general no impide que el comprador pueda aceptar parcialmente en los supuestos en que las obligaciones sean “severable” (concepto similar al de divisibles). Sin embargo, la jurisprudencia tradicional anglosajona ha entendido que la obligación de entrega de las mercaderías contenida en un contrato de compraventa no es “severable”, sino “entire obligation”. En el caso de que la obligación incumplida sea una “entire obligation” (obligaciones en las que el cumplimiento íntegro es “condition”), el vendedor no cumple con entregar más o menos que lo pactado (*Oxendale v. Wetherel*), salvo que la diferencia sea de poca importancia (*Shipton*

En derecho español en materia de compraventa mercantil no regida por la CCIM, el artículo 330 del Código de Comercio se refiere a la entrega parcial de una cantidad determinada de mercaderías en un plazo fijo. En estos casos el comprador puede elegir entre exigir la totalidad o resolver, si bien puede aceptar la entrega parcial sin perder por ello los derechos que le correspondan por la parte restante. Se concede al comprador la facultad de optar por la resolución de todo el contrato o de parte de él o exigir el cumplimiento parcial no realizado, por lo que el vendedor estará a merced del comprador. Este mismo criterio es el que se sigue en el ámbito civil, de acuerdo con los artículos 1166 y 1169 del Código Civil, referentes al pago, en los que se establece que el deudor no puede ser obligado a recibir cosas diferentes a las pactadas, ni a recibir parcialmente las prestaciones en que consiste la obligación¹⁰²⁷. En caso de que rechace la prestación parcial, podrá resolver la totalidad del contrato en virtud del artículo 1124 del Código Civil, que no distingue entre inexecución total o parcial¹⁰²⁸. No obstante, el principio de conservación del contrato hace que la jurisprudencia entienda que sea posible imponer la resolución parcial al comprador si, siendo divisible la obligación

Anderson v. Weil Bros.), que el contrato prevea la entrega a plazos (Regent O.H.G. Aisenstandt und Barig v. Francesco of Jemyn Street) o que el contrato se permita que la cantidad varíe dentro de un margen razonable (Thornett and Fehr and Yullis). CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia 1992, p. 135-136.

¹⁰²⁶ WILL, Michael R. "Article 51", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p. 377.

¹⁰²⁷ Parte de la doctrina entiende que esta ilimitada facultad del comprador debe matizarse en virtud de los principios de buena fe y en pro de la conservación del contrato, por ejemplo en los casos en los cuales los defectos de calidad o de cantidad sean insignificantes de tal forma que se entienda injustificado el rehúse de las mercaderías. LÓPEZ LÓPEZ, Ángel. "artículo 37" en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 457.

¹⁰²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1930 y 18 de noviembre de 1983.

incumplida, lo que falta es una mínima parte, o si el rechazo total supone un comportamiento contrario a la buena fe, para lo que es fundamental valorar la gravedad del incumplimiento en la economía del contrato.

Como se aprecia, el derecho español no convencional se diferencia de la CCIM en que en esta el comprador puede ser compelido a recibir prestaciones parciales o inidénticas, aunque conservando las acciones respecto de los incumplimientos parciales, y en que el comprador solamente puede resolver la totalidad del contrato en el caso de que exista un incumplimiento esencial.

El último párrafo del artículo 51 establece que si el incumplimiento parcial es de tal magnitud que implica un incumplimiento esencial del contrato, se podrá resolver la totalidad del mismo. Esto se dará con mayor frecuencia en casos en los que las mercaderías que deban entregarse sean de distinta naturaleza, de tal forma que una de ellas sea necesaria para el correcto funcionamiento de las demás, por ejemplo, el caso de la entrega de un ordenador sin software, cuando lo pactado era la entrega tanto de hardware como de software¹⁰²⁹. No será tan frecuente en bienes fungibles, ya que normalmente se podrán utilizar los entregados, sin perjuicio de que se efectúen compras alternativas a otros vendedores para cubrir la parte no entregada.

Se podría plantear un problema de interpretación: si hay incumplimiento parcial no esencial, ¿cabe resolver todo el contrato mediante el otorgamiento de un plazo suplementario para cumplir con la parte incumplida?. Una interpretación literal del artículo aclara que esta facultad debe interpretarse restrictivamente: se puede ejercitar la facultad de resolución “sólo” si el incumplimiento parcial supone un incumplimiento esencial del contrato¹⁰³⁰. Una interpretación histórica confirma

¹⁰²⁹ HUBER. “Artículo 51”, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998, p. 448.

¹⁰³⁰ WILL, Michael R. “Article 51”, en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p. 378.

la literalidad en el Comentario de la Secretaría al proyecto de 1978¹⁰³¹, que no fue modificado en la Conferencia a pesar de una enmienda que pretendía su supresión por inútil¹⁰³². Desde el punto de vista teleológico se trata nuevamente de mantener la vigencia del contrato y evitar su posible resolución a consecuencia de un leve incumplimiento, de ahí que la interpretación que pretenda ampliar los supuestos de resolución debe ser rechazada. No obstante, esta posición no parece ser definitiva.

La jurisprudencia, a nuestro juicio indebidamente, ha interpretado la posibilidad de aplicar el plazo suplementario a supuestos de incumplimiento parcial en la sentencia del Oberlandesgericht Düsseldorf, de fecha 24 de abril de 1997¹⁰³³.

La consideración de un incumplimiento como esencial o no, depende del perjuicio causado y de las expectativas de las partes, ello hace que la actitud de las mismas a la hora de exigir las respectivas contraprestaciones pueda ser decisiva a la hora de calificar un incumplimiento parcial como esencial o no esencial. Por ejemplo: si un vendedor ha cumplido parcialmente pero exige al comprador el pago de la totalidad del precio pactado inicialmente, permite al comprador alegar que ese incumplimiento parcial es esencial, cosa que no se daría en caso de que el vendedor hubiera aceptado una rebaja del precio proporcional a la parte incumplida¹⁰³⁴.

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en su laudo n ° 7531 de 1994¹⁰³⁵, entendió que la falta de conformidad de parte de las piezas de andamio

¹⁰³¹ HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer, p. 434.

¹⁰³² HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer, p. 582.

¹⁰³³ Sentencia de OLG Düsseldorf, n ° 6 U 87/96, de 24 de abril de 1997, en *Forum des Internationalen Rechts*, 1997, p. 61.

¹⁰³⁴ En términos similares HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston. 1991. p.401-402.

¹⁰³⁵ Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en su laudo n ° 7531 de 1994, en *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 6, n °2, p. 67.

ventas por un vendedor chino a un comprador austriaco suponía un incumplimiento esencial porque privaron de forma fundamental al comprador de lo que tenía derecho a esperar conforme a lo estipulado en el contrato, por lo que impidió además al vendedor la posible subsanación del contrato y permitió una compraventa de reemplazo.

La regla general será que un incumplimiento parcial dé lugar solamente a una resolución parcial, así el Oberlandesgericht Düsseldorf, en sentencia de 24 de abril de 1997¹⁰³⁶, no permitió la resolución de una venta de zapatos de un italiano a un alemán, al tratarse de un incumplimiento parcial, entendiendo como tal el que parte de las mercaderías fueran entregadas fuera de plazo. En este caso se entendió que no existió una notificación en la que el comprador diera a conocer al vendedor que prefería la falta de entrega al cumplimiento tardío, por lo que no existía incumplimiento esencial, así como tampoco se había señalado plazo suplementario, por lo que no se podía declarar resuelto el contrato, teniendo el vendedor derecho al precio del pago parcial e impidiendo al vendedor suspender el pago parcial de la cantidad pendiente.

Mención especial merecen las cláusulas “circa”, frecuentes en los contratos de bienes fungibles, en los que los bienes se venden en cantidades, pesos o medidas aproximadas, por lo que permiten al vendedor pequeñas desviaciones en la entrega; las cuales dependen de los usos, y por tanto son parte del contrato, o en su defecto, de la buena fe, y que normalmente no superiores al 5%)¹⁰³⁷. En estos casos no se puede entender que una desviación dentro de lo permitido en el sector pueda considerarse incumplimiento alguno, aunque en estos casos, el precio deberá calcularse de acuerdo con las cantidades realmente entregadas.

¹⁰³⁶ Sentencia de OLG Düsseldorf, n ° 6 U 87/96, de 24 de abril de 1997, en *Forum des Internationalen Rechts*, 1997, p. 61.

¹⁰³⁷ SCHWENZER. “Article 35”, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998, p. 277.

3. INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

El comprador goza en virtud del artículo 51 de la posibilidad de “resolver” parcialmente el contrato. No así el vendedor, al menos en una primera interpretación meramente gramatical, ya que el artículo 51 solamente se refiere al incumplimiento parcial de la obligación de entrega de las mercaderías pero no al supuesto de incumplimiento parcial de la obligación de pago del precio, o de la obligación de recepción de las mercaderías. Siguiendo una interpretación literal de dicho precepto, y ante la ausencia de un artículo análogo en sede de las acciones del vendedor, se aplicaría el artículo 64, con lo que ante un incumplimiento parcial del pago del precio, o ante el rechazo en la recepción de parte de las mercaderías, el vendedor solamente puede optar por resolver el contrato inmediatamente si el impago o el rechazo supone un incumplimiento esencial, o dar un plazo suplementario para el cumplimiento de la parte no satisfecha y resolver todo el contrato si transcurrido el término, aquel no se verifica.

Desde un punto de vista sistemático, encontramos un precepto, el artículo 73, que trata del incumplimiento parcial de un tipo específico de compraventas, las de entregas sucesivas, en cuyos dos primeros párrafos no se distingue entre el incumplimiento cometido por el comprador y el cometido por el vendedor¹⁰³⁸. En él se habla del “incumplimiento por una de las partes”, por lo que cabe aplicarlo tanto a la obligación de entrega u otra cualquiera del vendedor, como a la obligación de

¹⁰³⁸ En este mismo sentido, el Comentario al Proyecto de 1977 destaca que este artículo consigue el mismo resultado que el artículo 47 (hoy 51 de la CCIM), pero se aplica tanto a incumplimientos parciales del comprador como del vendedor. HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 444.

recepción de las mercaderías o la de pago del precio u otras que corresponden al comprador. La razón de ser de esta diferenciación fue precisamente la de que ningún artículo permitía al vendedor la resolución parcial del contrato en caso de incumplimiento parcial del comprador. Se pensó que esta solución era la más adecuada para el caso de que el cumplimiento del comprador fuera seriamente deficiente con respecto a su plazo correlativo, en cuyo caso el vendedor no se vería obligado a realizar la entrega ni a resolver la totalidad del contrato, sino solamente la de dicho plazo¹⁰³⁹. Por otra parte no se tuvo en cuenta la opinión de que la posición del vendedor se hallaba suficientemente protegida por la posibilidad de resolver en caso de incumplimiento esencial o dando un plazo suplementario.

Según interpretemos la voluntad del legislador derivada de los textos históricos se podría entender que lo que buscaba era crear una excepción a la regla general de que un incumplimiento parcial del comprador no podía dar lugar a la resolución parcial, permitiendo esta únicamente en los contratos de entregas sucesivas. Pero también se podría entender que la razón de ser del artículo era cubrir una situación no suficientemente cubierta por la facultad de resolución total dada al vendedor.

Si acudimos a la interpretación histórica de la CCIM, observamos que en ningún momento se pretendió vetar la resolución parcial al vendedor. En los trabajos preparatorios al Proyecto de 1977 se admitió que sería útil un precepto específico en tal sentido, pero finalmente no se redactó. Y durante la Conferencia este problema fue obviado.

Ante la falta de una norma específica, procede la integración de la CCIM de acuerdo con los criterios señalados en la primera parte de este trabajo: la analogía y los principios generales deducidos de la propia CCIM.

Desde la aplicación analógica del artículo 51, la situación de incumplimiento parcial es la misma sea el comprador o el vendedor el que la sufra, y nada justifica que exista para ellos un trato diferente. Al ser los hechos los mismos (el

¹⁰³⁹ HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 348.

incumplimiento parcial de una obligación) y existir entre ambos una identidad de razón cabe la extensión analógica del artículo 51. Solución que además concuerda con el principio de la buena fe tanto en su aspecto de criterio interpretativo general en la aplicación de la CCIM, como en su aspecto de principio general de integración de la CCIM.

Desde el punto de vista de los principios, si el legislador internacional ha permitido conservar el contrato en el caso del incumplimiento de uno de los plazos, con mayor motivo lo protegerá si el incumplimiento es parcial, siempre que no sea esencial.

Además, impedir la resolución parcial y exigir al vendedor optar entre pasar por el contrato incumplido en parte o resolverlo íntegramente es contrario a principios básicos que pretende proteger la CCIM: el favorecimiento del comercio internacional y el favor contractus, puesto que permitiría que un impago de una cantidad mínima permitiera resolver el contrato al vendedor (tal vez favorecido por un precio más favorable en el mercado internacional). Sin embargo, la solución de la resolución parcial es acorde con los mismos.

La doctrina así lo ha entendido al afirmar que el vendedor que sólo recibe parte del precio puede tener razones semejantes a las que se reconocen al comprador en el artículo 51 para declarar resuelto el contrato en la parte no pagada y poder vender esas mercaderías a otro comprador. Esto justifica la extensión por analogía del artículo 51 al caso de un incumplimiento parcial de la obligación de pago del precio¹⁰⁴⁰.

La jurisprudencia acepta esta aplicación analógica en una sentencia del Tribunal de primera instancia de Baden-Baden, de 14 de agosto de 1991¹⁰⁴¹, en la que se aplicó el artículo 51 basándose en la falta de pago de uno de los dos plazos del precio.

¹⁰⁴⁰ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 294.

¹⁰⁴¹ LG Baden-Baden, n° 4 0 113/90, de 14 de agosto de 1991, en *IPRspr*, 1991, n°39, p. 77.

4. INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO CON ENTREGAS SUCESIVAS

El artículo 73 regula supuestos de incumplimiento parcial en determinado tipo de contratos: aquellos en los que el vendedor queda obligado a realizar varias entregas parciales de mercaderías en diferentes fechas o periodos. También se aplicará a contratos de suministro en los que los periodos de las diversas entregas parciales no estén especificados en el contrato, sino que estas se realicen a requerimiento del comprador.

Aunque en derecho español parte de la doctrina entiende que el contrato de suministro es un contrato atípico distinto del de la compraventa¹⁰⁴², parece claro que en el ámbito del contrato de suministro internacional de mercaderías son aplicables las normas de la CCIM, como se deduce del artículo 4 en conexión con el artículo 73, así como también se afirma en la doctrina¹⁰⁴³ y jurisprudencia internacionales.

Se trata de un artículo en el que la interpretación gramatical comparativa tiene utilidad: en inglés se habla de “contract for delivery of goods by instalments”, lo que no debe confundirse con un “installment sale”, que es un contrato de venta a plazos con reserva de dominio u otra garantía¹⁰⁴⁴, sino que se trata más bien de un contrato en el que la entrega de las mercaderías se realiza en lotes que deben ser aceptados por separado¹⁰⁴⁵. Sin embargo en francés y español se añade un

¹⁰⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1992, (RJ 1992\1425), que aplica al contrato de suministro los artículos 1091, 1254, 1255 y siguientes.

¹⁰⁴³ MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1994, p. 570-571.

¹⁰⁴⁴ BRYAN A. GARNER. *Black's Law Dictionary*, Seventh edition. Saint Paul, 1999, p.800.

¹⁰⁴⁵ Artículo 2-612 del UCC: “An “instalment contract is one which requires or authorizes the delivery of goods in separate lots to be separately accepted, even though the contract contains a clause “each delivery is a separate contract” or its equivalent”.

dato temporal: se debe tratar de contratos que estipulen entregas sucesivas. Lo fundamental es, por lo tanto, que se produzca una entrega de las mercaderías en momentos diferentes, ya que se habla de “entregas sucesivas”, siendo indiferente que el pago de las mismas se realice en un solo plazo o en varios plazos, no importando tampoco que estos plazos coincidan o no en el tiempo con la entrega de las distintas remesas¹⁰⁴⁶. Desde un punto de vista gramatical existe contradicción entre las versiones oficiales, pero una interpretación sistemática nos aclara la importancia del elemento temporal, dado que en los párrafos segundo y tercero, se habla de entregas futuras. Por ello parece que este artículo no es aplicable a entregas se realizan en lotes separados pero simultáneas, que se regirán por el régimen general del incumplimiento parcial regulado en el artículo 51.

Este artículo se configura como regla especial respecto a la regla general del artículo 51. Por ello, la mayoría de la doctrina entiende que sus reglas se aplicarán con preferencia a las del artículo 51 en los contratos de entregas sucesivas y en los de suministro.

Si en este tipo de contratos se efectúa una entrega tardía o defectuosa se les aplicará el artículo 73, con exclusión del 51. El artículo 73.1 se aplicará a la remesa defectuosa, y el 51 se aplicará a los supuestos de incumplimiento parcial de la misma. Para los supuestos de incumplimiento esencial se aplicará por analogía el artículo 51.2, y para los casos en que no se pretenda la resolución de todo el contrato, sino solamente de remesas futuras o incluso anteriores, se aplicará el artículo 73 en sus párrafos 2 y 3¹⁰⁴⁷.

El incumplimiento previsto en el artículo 73 puede ser respecto de una única entrega, de las entregas futuras, o de una entrega que constituya un

¹⁰⁴⁶ LESER. “Article 73”, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998, p. 544.

¹⁰⁴⁷ HUBER. “Article 51”, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998, p. 46.

incumplimiento esencial respecto de entregas pasadas o futuras. Se justifica el análisis del artículo 73 en la referencia del mismo al concepto de incumplimiento esencial, como presupuesto para su aplicación en sus dos primeros párrafos.

De hecho, en más de una ocasión serán aplicables ambos párrafos simultáneamente, porque el incumplimiento esencial de uno de los plazos, sobre todo si son el primero o el segundo, haga prever un incumplimiento esencial de las futuras entregas. Tal es el caso en el Laudo de Tribunal de Arbitraje de Hamburgo, de 9 de diciembre de 1998¹⁰⁴⁸, o en una sentencia de Tribunal de Comercio del Cantón de Zürich, de 5 de febrero de 1997¹⁰⁴⁹.

En el último la referencia a la esencialidad del incumplimiento se omite y se otorga mayor importancia a la interdependencia de las remesas.

Los principios a los que obedecen tanto el artículo 51 como el artículo 73 son:

- la conservación del contrato: la separación de la entrega en varias remesas y la individualización de las mismas dificulta en mayor medida la resolución de todo el contrato, ya que se reduce la posibilidad de resolución exclusivamente a la parte incumplida. Con ello se pretende evitar las drásticas e innecesarias consecuencias que se derivarían de un incumplimiento parcial de no existir tales normas.
- Aunque la importancia dada a cada una de las entregas implica una mayor dificultad para resolver todo el contrato, se conserva la facultad resolutoria por la parte incumplida, aplicando a la misma, individualmente considerada, las reglas generales de resolución.
- En caso de que la entrega que se pretende resolver sea interdependiente con otra, pasada o futura, cabe la resolución de las mismas, aunque individualmente consideradas no supongan casos de incumplimiento.

¹⁰⁴⁸ Laudo de la Hamburger Freundschaftliche Arbitrage, de 9 de diciembre de 1998, en *RIW*, 1999, p. 394.

¹⁰⁴⁹ Sentencia del Handelsgericht des Kantons Zürich, n ° HG 950347, de 5 de febrero de 1997, en *SZIER*, 1998, p. 75.

- En el caso de entregas futuras, cabe resolver también si un incumplimiento actual permite sospechar un futuro incumplimiento esencial.
- No se excluye la posibilidad de resolver todo el contrato si el incumplimiento de una entrega es además esencial respecto a todo el contrato.

El incumplimiento de uno de los plazos puede dar lugar a la resolución parcial del contrato, lo que implica la modificación del contenido del contrato principal¹⁰⁵⁰. Esta modificación resulta de una división del contrato en partes, pero no supone la aplicación del artículo 29, ya que no se deriva de la voluntad mutua de las partes, sino de la propia Convención. La regulación aplicable al caso será la propia del contrato principal respecto de la parte no resuelta.

En estos casos el artículo solamente ofrece la posibilidad de resolver parcial o totalmente el contrato, lo cual ha generado la duda de si en un contrato con entregas sucesivas el comprador no puede ejercitar otro tipo de acciones distintas a la resolución total o parcial del contrato, como exigir una indemnización de daños y perjuicios o reclamar la reparación de las mercaderías defectuosas relacionadas con una entrega¹⁰⁵¹. En realidad el incumplimiento de una entrega en un contrato con entregas sucesivas es un incumplimiento parcial, de los previstos en el artículo 51, por lo que, además del ejercicio de las acciones específicas del artículo 73, se pueden aplicar todos los recursos que se deriven del mismo.

Además el artículo 73 no niega la posibilidad de resolver todo el contrato, en cuyo caso será necesario demostrar que el incumplimiento parcial es un incumplimiento esencial conforme a lo dispuesto en los artículos 25 y 51.2¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ BENNETT. "Article 73. Avoidance of instalment contracts", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p.533.

¹⁰⁵¹ BENNETT. "Article 73. Avoidance of instalment contracts", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p.536-537; MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1994, p. 570-571.

¹⁰⁵² ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 291-293.

A veces es difícil distinguir si el incumplimiento de una de las entregas afecta a todo el contrato y no solamente a la entrega incumplida. En estos casos será esencial la interpretación de la voluntad contractual conforme a lo dispuesto en el artículo 8, y 9 de la CCIM¹⁰⁵³.

La situación es más clara si el incumplimiento esencial se refiere a la primera entrega, en cuyo caso el párrafo primero puede combinarse con el párrafo segundo, ya que el incumplimiento de la primera entrega permite presumir fundadamente el incumplimiento de las futuras entregas, con lo que el efecto es el mismo: la resolución de la totalidad del contrato¹⁰⁵⁴.

También existe la posibilidad de ejercitar la facultad de resolución¹⁰⁵⁵ en virtud del artículo 51 en conexión con el artículo 49, o bien en virtud del artículo 73. Se ha dicho que la ventaja de este último es que no se necesita actuar en tiempo razonable como requiere el 49. La ventaja del 51 es que en el caso de que el incumplimiento parcial no sea esencial, cabe la resolución después de otorgar un

¹⁰⁵³ La sentencia de la Cour d' appel de Grenoble, n ° 93/3275, de 22 de febrero de 1995, en *Journal de Droit International*, 1995, p. 632-639, entendió que de la interpretación del contrato se deducía que la voluntad de la empresa francesa vendedora de pantalones vaqueros "Bonaventure" era de considerar esencial que el destino de las mercaderías en la reventa realizada por la empresa compradora estadounidense fuera África y América del Sur, de tal forma que consideró que existía un incumplimiento esencial al probarse que las reventas de la empresa americana se habían realizado en España. Ello llevó a la resolución de todo el contrato, es decir, no sólo la resolución de las entregas no realizadas, sino también la resolución de la primera entrega que ya se había verificado.

¹⁰⁵⁴ Sentencia n ° HG 950347 del Handelsgericht des Kantons Zürich, de 5 de febrero de 1997, en *SZIER*, 1998, p. 75.

¹⁰⁵⁵ A diferencia de lo que señala CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. "Artículo 73", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 578, no se trata de una acción judicial, sino que la parte que ha sufrido el incumplimiento puede resolver el contrato mediante una declaración que debe ser notificada a su contraparte.

plazo suplementario¹⁰⁵⁶. No obstante, siendo congruentes con la posición antes adoptada, no se podemos compartir esta posición ya que:

- en caso de entrega incompleta, el artículo 51 no permite la resolución después de un *Nachfrist*.

- es dudoso que se pueda actuar fuera de un plazo razonable en el artículo 73, pues no se debe olvidar el principio general de buena fe del artículo 7.

No por ello el artículo 73 deja de tener utilidad. A veces es difícil determinar si la esencialidad del incumplimiento de un plazo afecta a la totalidad del contrato. En los casos en que no exista incumplimiento esencial, o en los que este sea dudoso, no se aplicará el artículo 51.2, pero sí se podrá aplicar el artículo 73 para resolver determinadas entregas, aunque no todas, sino sólo las relacionadas con la incumplida, que por otra parte tampoco se podrían resolver por vía del artículo 51.1 sin esperar al incumplimiento de los vencimientos de las sucesivas entregas.

Un problema específico es el de que el incumplimiento parcial se dé en la primera entrega. En este caso podrían superponerse la aplicación de los artículos 51 y 73¹⁰⁵⁷. Pero en realidad se trata de la misma facultad resolutoria, pues si seguimos el artículo 73 sería necesario un incumplimiento esencial de la primera entrega que implicara fundadamente la existencia de incumplimientos de las entregas futuras, es decir, un incumplimiento esencial de todas las entregas en las que se dividiera la obligación de entrega de la totalidad de las mercaderías, o sea, que un incumplimiento parcial daría lugar a un incumplimiento esencial de todo el contrato, que es precisamente el supuesto del artículo 51.

En el primer párrafo se establece la posibilidad de resolver parcialmente el contrato, exclusivamente respecto de la parte incumplida, siempre que dicho

¹⁰⁵⁶BENNETT. "Article 73. Avoidance of instalment contracts", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p.536.

¹⁰⁵⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. "Artículo 73", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 578-579.

incumplimiento sea esencial respecto de cualquiera de las obligaciones relacionadas con una de las entregas¹⁰⁵⁸.

En realidad la pretensión del párrafo primero del artículo 73 es la de aplicar las reglas del contrato de compraventa internacional a cada una de las entregas como si se trataran de contratos independientes¹⁰⁵⁹.

Se trata de un precepto que se incluyó en el artículo para permitir al vendedor declarar resuelta una parte del contrato de forma similar a la que se le permite al comprador en el artículo 51. Se consideró que era necesaria esta disposición para defender al vendedor de un comportamiento del comprador gravemente deficiente en relación con una entrega, permitiéndole no realizar la contraprestación relativa a esa entrega, sin necesidad de que el incumplimiento de esa entrega le diera motivos para temer un incumplimiento esencial de futuras entregas, y mucho menos exigir que tal incumplimiento fuera esencial dejándole la resolución de todo el contrato como principal medida de protección¹⁰⁶⁰.

Esta afirmación puede generar la cuestión de si cabe resolver la entrega parcial si esta no constituye un incumplimiento esencial, pero se ha concedido un plazo suplementario conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 64. Se trata de un tema polémico, en el que existen tres corrientes de opinión:

¹⁰⁵⁸ Por ejemplo el caso en el que un distribuidor de ropa de marca resuelve el contrato en lo que se refiere a la entrega de ropa de primavera, porque el fabricante no se la entregó en el tiempo fijado, cuando se había dejado claro que este era esencial para el distribuidor, sin resolver el contrato con respecto a las pasadas o futuras entregas de ropa en otra estación. ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 292.

¹⁰⁵⁹ "Die Teillieferung wird wie eine selbständiger Vertrag behandelt". MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1994, p. 571.

¹⁰⁶⁰ Documento (A/32/17). Informe de la UNCITRAL sobre la labor realizada en su décimo período de sesiones, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Volumen VIII. 1977. Nueva York. 1979, p. 62.

- una a favor de exigir necesariamente un plazo suplementario¹⁰⁶¹, que obedece al criterio seguido en el derecho interno alemán¹⁰⁶².

- otra a favor de otorgar a la parte que sufre el incumplimiento la posibilidad de conceder un plazo suplementario durante el cual no se pueda resolver pero transcurrido el cual sí se pueda, siempre considerando que la concesión de un plazo para la subsanación o la entrega tardía incluye la notificación de resolución automática una vez cumplido el término y no cumplida la obligación¹⁰⁶³. Es acorde en principio con la conservación de contrato, pero sus consecuencias en caso de incumplimiento ínfimo pero deliberadamente rebelde pueden llevar a la resolución una vez transcurrido el plazo, a consecuencia de un incumplimiento parcial e irrelevante. Esta es la tendencia que está siguiendo la jurisprudencia¹⁰⁶⁴.

- y finalmente la que está a favor de interpretar la no aplicación de estos artículos íntegramente y limitar la resolución de la entrega parcial a los supuestos de incumplimiento esencial parcial¹⁰⁶⁵. Se trata de una opinión defendida en los países anglosajones, acorde con sus derechos internos¹⁰⁶⁶, pero también más adecuada a la literalidad del texto, a la intención del legislador internacional, a la

¹⁰⁶¹ MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1994, p. 571.

¹⁰⁶² Artículo 375 del HGB y art. 918.2 ABGB de Austria.

¹⁰⁶³ LESER. "Artikel 73", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *CISG*, 2ª edición, München, 1995, p. 617. También en CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. "Artículo 73", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 576.

¹⁰⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de noviembre de 1997, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998, p. 411-412; Laudo de la Hamburger Freundschaftliche Arbitrage, de 9 de diciembre de 1998, en *RIW*, 1999, p. 394.

¹⁰⁶⁵ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991, p. 501.

¹⁰⁶⁶ No existe referencia alguna al plazo suplementario en el artículo 31 de la Sale of Goods Act de 1974, de Gran Bretaña, ni tampoco en el 2-612 del Uniform Commercial Code.

finalidad del precepto, al principio de buena fe y al de mitigación de pérdidas. Pero es que además, la institución del *Nachfrist* es inaplicable a la resolución de las entregas futuras, reguladas en los párrafos 2 y 3 del artículo 73, así como a la resolución parcial del artículo 73.1 en tanto que se refiera a entregas de mercaderías defectuosas. No obstante, se podría defender la aplicabilidad del *Nachfrist* a supuestos en los que el incumplimiento consiste en la falta de pago de una letra de cambio ya vencida o la falta de entrega de mercaderías ¹⁰⁶⁷. Precisamente es en este último supuesto en el que la jurisprudencia ha admitido la aplicabilidad de la institución del plazo suplementario a los supuestos de incumplimiento de una obligación de entrega parcial.

Para apreciar si el incumplimiento es esencial se ha de tener en cuenta el contrato íntegro y no las reglas generales. Así se deduce de las discusiones de la conferencia ¹⁰⁶⁸ y de la jurisprudencia ¹⁰⁶⁹. Además, hay dos razones que refuerzan esta afirmación: la primera es que tal interpretación es más acorde con el artículo 51, la segunda, que el incumplimiento de todo el contrato por un incumplimiento de una entrega ya se prevé en el párrafo tercero del artículo 73.

La resolución parcial debe ser notificada a la contraparte. No obstante, el artículo 73 no menciona la forma en que debe ser efectuada dicha comunicación, ni tampoco si esta debe realizarse en un periodo de tiempo determinado. La doctrina afirma que se deben aplicar las reglas generales de los artículos 26 y 27, así como la obligación de que esa comunicación se realice en un plazo razonable en los términos de los artículos 49 in fine y 64 in fine ¹⁰⁷⁰. Ante tal laguna se podría

¹⁰⁶⁷ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991, p. 501.

¹⁰⁶⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. "Artículo 73", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 575.

¹⁰⁶⁹ Laudo de la Hamburger Freundschaftliche Arbitrage, de 9 de diciembre de 1998, en *RIW*, 1999, p. 394.

¹⁰⁷⁰ MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1994, p. 572.

entender que el principio de conservación del contrato podría permitir una aplicación más lata de la obligación de la notificación de la resolución parcial. No obstante, una aplicación analógica de los preceptos sobre la resolución, justificada por el trato de contrato quasi independiente dado a cada entrega parcial, así como en aras del principio de buena fe que ha inspirado la obligación de notificación de la resolución, así como las exigencias de la seguridad del tráfico mercantil nos llevan a considerar la aplicación de los preceptos generales.

Por otra parte, debe entenderse que la aplicación de las normas de la resolución a los supuestos de incumplimiento parcial obligan a que se lleve a cabo el examen de las mercaderías y la comunicación de los defectos de las mismas y la resolución de la entrega parcial en un plazo razonable de acuerdo con los artículos 38 y 39 de la CCIM. La sentencia del Tribunal de Comercio de Zürich de 30 de noviembre de 1998¹⁰⁷¹, aplicó estos artículos a un supuesto de cumplimiento defectuoso de la entrega de unos abrigos, no permitiendo al comprador la resolución de la entrega por no haberse realizado el examen de las mercaderías ni la notificación de la falta de conformidad dentro de un plazo razonable, que entendió que para el caso deberían haber sido de una semana a diez días para el examen, aunque fuera un examen aleatorio, y de 14 días para la notificación.

Por otra parte, la resolución de una de las entregas no tiene porqué limitarse a las mismas, sino a otras relacionadas con ellas, que debían ejecutarse en el mismo plazo. Respecto a entregas futuras o ya realizadas también cabe la resolución, siempre que se cumplan los requisitos de los párrafos segundo y tercero del artículo 73¹⁰⁷².

¹⁰⁷¹ Sentencia del Handelsgericht des Kantons Zürich, n ° HG930634, de 30 de noviembre de 1998, en *SZIER*, 1999, p. 185-188.

¹⁰⁷² Un ejemplo sería el del comerciante que compra máquinas copiatoras para comercializarlas en su país, y pacta la entrega sucesiva de las máquinas y los insumos necesarios para su funcionamiento. Si alguno de estos insumos no llega a tiempo podrá resolver la compra de los mismos así como la de las máquinas que dependan de ellos para su funcionamiento, sin necesidad de resolver todo el contrato. También puede resolver el contrato respecto a máquinas que

Según el párrafo segundo, si el incumplimiento da motivos fundados para inferir que se producirán un incumplimiento esencial del contrato respecto de futuras entregas, cabrá también la resolución de las mismas además de la de aquella.

Este párrafo se refiere a un supuesto de resolución para el futuro. Se trata de un caso de incumplimiento anticipado que no necesita reunir los requisitos del artículo 72, es decir, no tienen porqué ser patentes, aunque sí fundados, los motivos para prever el incumplimiento de futuras entregas¹⁰⁷³. No es necesario que el incumplimiento de una entrega sea esencial. Lo que sí debe ocurrir es que el incumplimiento previsible de esa y de las entregas futuras sea esencial¹⁰⁷⁴. (Es decir, el incumplimiento de la entrega podría no dar lugar a un supuesto del párrafo primero y sin embargo sí serlo del párrafo segundo).

Desde un punto de vista teleológico, se pretende que la situación de incumplimiento no se agrave, por lo que se concede a la parte incumplidora liberarse. Así, el comprador no tendrá obligación de pagar el precio correspondiente a entregas futuras en caso de que el incumplimiento de una obligación por parte del vendedor le dé motivos fundados para sospechar un

resultaron defectuosas, junto con la resolución de los insumos que en el futuro debían entregarse para su funcionamiento, sin afectar a otras entregas pasadas o futuras. ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado*, 1992, p. 292-293.

¹⁰⁷³ Un representante de la Comisión manifestó que la diferencia entre este párrafo y el artículo 72 era prácticamente nula y propuso su eliminación, sin embargo tal propuesta no fue admitida. Documento (A/CN.9/87). Informe del Grupo de Trabajo sobre la compraventa internacional de mercaderías acerca de la labor realizada en su quinto periodo de sesiones, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Volumen V. 1974. Nueva York. 1976, p. 45.

¹⁰⁷⁴ BENNETT. "Article 73. Avoidance of instalment contracts", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p.535.

incumplimiento esencial de las entregas futuras, y viceversa, el vendedor no tendrá obligación de realizar las entregas futuras si sospecha fundadamente el impago de las mismas.

En la jurisprudencia se ha entendido que el incumplimiento esencial de una de las entregas, que genera la resolución de la misma, es motivo suficiente como para dar a la otra parte fundados motivos como para resolver las entregas futuras. En el laudo del Tribunal de Arbitraje de Hamburgo, de 9 de diciembre de 1998¹⁰⁷⁵, se apreció que el incumplimiento de la segunda de las quince entregas de quesos que un vendedor checo debía realizar a un comprador alemán constituía un incumplimiento esencial de dicha entrega que además le permitía resolver el contrato respecto de las entregas futuras. En la sentencia del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, de 25 de mayo de 1999¹⁰⁷⁶, a la falta de una de las entregas se le une un considerable incremento del precio de la mercadería, con el consiguiente perjuicio para el comprador que tuvo que efectuar compraventas de reemplazo a un precio superior para mantener su ciclo productivo.

Pero el incumplimiento generador de la inferencia no tiene porqué ser esencial. Basta con que de él se infiera la posibilidad de que se de un incumplimiento esencial. Esto se deduce de una interpretación gramatical¹⁰⁷⁷ e

¹⁰⁷⁵ Laudo de la *Hamburger Freundschaftliche Arbitrage*, de 9 de diciembre de 1998, en *RIW*, 1999, p. 394.

¹⁰⁷⁶ *Magyar Kereskedelmi és Iparkamara. Választottbíróság*, n° Vb/97142, de 25 de mayo de 1999, resumen en *CLOUT*, n° 265.

¹⁰⁷⁷ Lo afirmaron SCHEVEN, Michael, en la tesis doctoral *Der Sukzessivlieferungsvertrag - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht und zum UN-Kaufrecht*. Frankfurt am Maine, 1984, p. 256; y ENDERLEIN, Fritz / MASKOW, Dietrich / STARGARDT, Monika. *Kommentar. Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über internationalen Warenkauf*. Berlin, 1985, p.145. En este sentido toda la doctrina ha seguido este criterio, p. ej. REINHART, Gert. "Artikel 73", en *UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über den internationalen Warenkauf*. Heidelberg. 1991, p. 167; y BENNETT. "Article 73. Avoidance of instalment contracts", en *BIANCA*, C. M.; BONELL,

histórica¹⁰⁷⁸, que aclara que es de especial importancia este artículo para los casos en los que se den varios incumplimientos no esenciales en sí, ni en conjunto, pero de los cuales se intuye un incumplimiento futuro y esencial.

Se ha planteado si un incumplimiento menor puede dar lugar a la aplicación del artículo 73.2. La doctrina, basándose en los principios generales, aunque sin especificar, afirma que un incumplimiento ínfimo, o incluso la suma de varios de ellos, no puede dar lugar a la resolución del artículo 73.2. Tal sería el caso en el que se produjera un sistemático cumplimiento tardío de los plazos de entrega de tal forma que estos llegaran a afectar gravemente al proceso productivo del comprador, como se dio en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de noviembre de 1997¹⁰⁷⁹. En realidad ello se puede deducir de la interpretación de “fundados motivos”.

Lo que sí es esencial es que el incumplimiento previsto reúna las características de un incumplimiento esencial del contrato, aunque limitado a las futuras entregas. No basta la sospecha de un incumplimiento cualquiera¹⁰⁸⁰.

M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987. p. 534.

¹⁰⁷⁸ Aclara el Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978: “The test does not look to the seriousness of the current breach. This is of particular significance where a series of breaches, none of which in itself is fundamental or would give good reason to fear a future fundamental breach, taken together does give good reason for such a fear”. HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 444.

¹⁰⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de noviembre de 1997, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998, p. 411-412.

¹⁰⁸⁰ En su antecedente, el artículo 75 de la LUCI, se hablaba de que este tipo de resolución parcial respecto a las futuras entregas se produjera cuando la otra parte tuviera “good reason to fear failure of performance respect future instalments”. La sustitución de “failure of performance” por “fundamental breach” tuvo lugar en la Quinta sesión del Grupo de Trabajo de UNCITRAL por razones de sistemática, dado que lo que se pretendía era que se tratara de un incumplimiento suficientemente grave. Documento (A/CN.9/87). Informe del Grupo de Trabajo sobre la compraventa internacional de mercaderías acerca de la labor realizada en su quinto periodo de

Ahora bien, es necesario que esa inferencia se apoye, con la correspondiente prueba, en criterios objetivos. La doctrina aplica para ello el modelo de la persona razonable en las mismas circunstancias, aplicando analógicamente los artículos 71 y 72, y remitiendo al concepto del artículo 8.2¹⁰⁸¹.

En definitiva, se trata de un incumplimiento previsible similar a los que se establecen en los artículos 71 y 72. De ahí la necesidad de interpretar sistemáticamente el artículo 73 con respecto a estos artículos.

Respecto a los artículos 71 y 72, ambos son resoluciones basadas también en incumplimientos previsibles. Sin embargo el momento de previsibilidad y nivel de exigencia es distinta a la del artículo 73.2.

En el artículo 73.2 el momento de previsión del incumplimiento será entre la celebración del contrato y la fecha de incumplimiento de la entrega, sin necesidad de que se llegue a iniciar el plazo de cumplimiento de la entrega siguiente a la incumplida. Sin embargo en el artículo 71 el momento será el de celebración del contrato, y en el 73 cualquier momento anterior a su cumplimiento.

Se exige un cierto grado de probabilidad, la parte afectada debe tener “fundados motivos para inferir” que se producirá el incumplimiento. Se dice que tienen que existir “fundados motivos”, “good grounds”, “sérieuses raisons”. En definitiva, buenos motivos serios y fundados.

Parte de la doctrina señala que no existe diferencia alguna entre esta expresión y las de los artículos 71 (resulte manifiesto) y 72 (que sea patente). Para que un incumplimiento futuro sea patente o resulte manifiesto deben existir fundados motivos para inferir. En realidad la diferencia entre que algo sea manifiesto o que sea patente hablando de cosas que todavía no son, es imperceptible. “La evidencia de una posibilidad , no es en realidad una evidencia -

sesiones, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Volumen V. 1974. Nueva York. 1976, p. 45.

¹⁰⁸¹ REINHART, Gert. “Artikel 73”, en *UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über den internationalen Warenkauf*. Heidelberg. 1991, p. 167; y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. “Artículo 73”, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 576.

no es la certeza de que algo sea así -, sino sólo la opinión bien fundada de algo que puede ser, aunque quizá no lo sea¹⁰⁸². Sin embargo, parece claro que la voluntad de los legisladores fue diferenciar el grado de exigencia para la aplicación de uno u otro artículo.

El grado de previsibilidad parte de un dato “objetivo”, el que haya existido un incumplimiento de alguna obligación previa, de lo que se derive que se producirá un incumplimiento esencial. Este requisito también se exige en el supuesto del artículo 71.1.b. ya que está claro que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones hace prever el incumplimiento de otras¹⁰⁸³. En el artículo 71 habla de que “resulte manifiesto” que se producirá un incumplimiento, y las consecuencias a las que da lugar son la suspensión del cumplimiento. El nivel de exigencia en el caso del artículo 73.2 será superior, teniendo en cuenta la conservación del contrato, dado que el efecto es más radical: la resolución parcial del contrato. Sin embargo la exigencia del artículo 73.2 será menor a la del artículo 72¹⁰⁸⁴, puesto que este pretende la resolución total del contrato, además no se debe olvidar que en el caso del artículo 73.2 la sospecha de incumplimiento ya tiene un precedente en un incumplimiento que ya se ha producido, aunque no fuera esencial, con lo que su fundamento resultará más fácil¹⁰⁸⁵. Precisamente la existencia de un incumplimiento que ya se ha producido lleva a parte de la doctrina a entender que la previsibilidad del incumplimiento será en realidad mayor

¹⁰⁸² ADAME GODDARD, Jorge. “El incumplimiento ...”, p. 283-284.

¹⁰⁸³ ADAME GODDARD, Jorge. “El incumplimiento ...”, p. 283.

¹⁰⁸⁴ En el Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978 se aclara que se permite la resolución parcial del artículo 73.2 aunque no sea “patente” (“*clear*”) que se dará un incumplimiento esencial respecto de las entregas futuras, y explicita que no se exige el nivel de previsibilidad del artículo 72. HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 444.

¹⁰⁸⁵ Sobre la graduación del nivel de previsibilidad dependiendo de los efectos a los que la misma pueda dar lugar. LESER. “Artikel 73”, en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 618.

en el supuesto del artículo 71 que en el del artículo 73.2, puesto que en aquel no ha existido todavía incumplimiento real, sino meras sospechas¹⁰⁸⁶. Por otra parte no siempre una resolución parcial será un efecto más gravoso que una suspensión del cumplimiento de todo el contrato. Y además, el artículo 71 establece que la previsibilidad debe basarse en unas causas específicas, sin las cuales no cabrá la suspensión¹⁰⁸⁷. En la práctica la distinción entre los supuestos del artículo 71, generadores de la suspensión, puede ser utilizada para la resolución parcial del artículo 73.2, permitiendo la jurisprudencia que la persona que sufre el incumplimiento opte por una u otra solución. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Austria en sentencia de 12 de febrero de 1998¹⁰⁸⁸.

Por fundados motivos entiende la doctrina¹⁰⁸⁹ supuestos como la entrega de mercaderías de inferior calidad y se prevé que las siguientes entregas tendrán las mismas características, o cuando se entregan tardíamente entregas cuando se pactó especialmente el tiempo de las mismas (*just in time contracts*), cuando el comprador no paga porque se ha vuelto insolvente, o cuando se ha demorado en la fabricación del bien, que no ha podido realizar la entrega y es impensable que pueda recuperar el tiempo perdido. En el caso de quiebra parece más adecuado actuar por el 72. Aunque no está clara la voluntad del legislador.

El 73.2 no requiere previa notificación de intención de resolver, pero sí requiere de notificación de la resolución que debe ser realizada en tiempo

¹⁰⁸⁶ Gran parte de la doctrina sigue este criterio. HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991, p. 501.

¹⁰⁸⁷ En la Conferencia no se aceptó una sugerencia de ZIEGEL, representante de Canadá, que pretendía reconsiderar o aclarar la pretendida laxitud resolutoria del artículo 73.2. HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 649.

¹⁰⁸⁸ Sentencia del Obergerichthof, n ° 2 Ob 328/97t, de 12 de febrero de 1998, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1998, p. 158.

¹⁰⁸⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. "Artículo 73", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 577.

razonable (cosa que el 72 no establece expresamente)¹⁰⁹⁰. La pretensión de esta norma es que las partes tengan conocimiento inmediato de la situación en la que se encuentra el contrato¹⁰⁹¹. El plazo razonable es a contar desde el conocimiento del incumplimiento contractual¹⁰⁹². El plazo razonable se computará desde el momento en el que la parte afectada hizo la previsión o (aplicando el artículo 25 analógicamente), desde que una persona razonable de la misma condición y con las mismas circunstancias lo hubiera hecho¹⁰⁹³. Pero ¿cómo se prueba en la práctica el momento en el que fue previsto el incumplimiento?. Lo que es razonable depende de las circunstancias del contrato y debe ser determinado objetivamente, como en los supuestos de los artículos 49.2 y 64.2, y 63.1. Con ello se llega a una incongruencia con el artículo 73.1 si el incumplimiento del plazo de entrega es además un incumplimiento esencial del contrato. El artículo 73.1 no exige que la resolución parcial de la entrega incumplida se notifique en un plazo razonable, pero si conforme al párrafo segundo es necesaria la conformidad de ese plazo para resolver remesas futuras, será necesario que la parte que sufre el incumplimiento se decida sobre la previsible esencialidad de las entregas futuras

¹⁰⁹⁰ BENNETT. "Article 73. Avoidance of instalment contracts", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p.537.

¹⁰⁹¹ El artículo 75 de la LUCI establecía que la comunicación de resolución parcial debía realizarse "*promptly*". El Grupo de Trabajo de UNCITRAL sustituyó "*promptly*" por "*within a reasonable time*", con lo que se modificó ligeramente el sentido de la frase aunque se favoreció la coherencia del texto, ya que para todos los supuestos de resolución se exige la razonabilidad del plazo. HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 186.

¹⁰⁹² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. "Artículo 73", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 577.

¹⁰⁹³ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 288-289.

en ese plazo razonable¹⁰⁹⁴. Entonces, si se quiere armonizar los párrafos 1 y 2 del artículo 73 será necesario que el plazo no se compute desde que se produjo el incumplimiento parcial, sino desde que las partes tengan conocimiento de todas las circunstancias que puedan afectar a la resolución de entregas futuras, pero sin olvidar que debe ser el plazo más inmediato posible.

Es aplicable al caso la notificación del artículo 26. Parece claro que integrado por analogía y teleológicamente la solución es que sí.

Otra cuestión es si la notificación es similar a la dispuesta en los artículos 71.3 y 72.2, y si como estas es obligatoria. Si bien no existe una obligación expresa de efectuar tal notificación ni de dar oportunidad a la parte cuyo incumplimiento se prevé de dar garantías del mismo, tanto la notificación como la oportunidad de garantizar el cumplimiento deben darse. Y ello en virtud del principio de buena fe traducido en el deber de colaboración de las partes, que es especialmente relevante para la conservación del contrato en estos casos, en los que los contratos de suministro o de entregas sucesivas son de larga duración. En todo caso si el incumplimiento del deber de notificación no implica la imposibilidad de la resolución del artículo 73, sí dará lugar a la indemnización derivada del incumplimiento del deber de mitigar del artículo 77¹⁰⁹⁵.

En cuanto al contenido de la notificación: puede resolver directamente, aunque parece más adecuado dar posibilidad de cumplimiento, o seguridades al mismo. Sería el equivalente a la subsanación, pero en el incumplimiento previsible, que encuentra su paralelo en la obligación de continuar el cumplimiento en el caso de que se den las seguridades de los artículos 71 y 72. A falta de regla específica sobre esta notificación, una integración analógica de los artículos 71 y 72, así como el principio general de favor contractus apoyan esta solución.

¹⁰⁹⁴ LESER. "Artikel 73", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 619.

¹⁰⁹⁵ LESER. "Artikel 73", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 619.

Es un derecho de resolución no vinculado a la solicitud de resolución de las entregas anteriores, que se mantendrán vigentes y cumplidas (salvo que nos encontremos en un supuesto del párrafo tercero. Se trata de una diferencia fundamental entre el artículo 72 y el 73.2. El primero produce como efecto la resolución de todo el contrato de compraventa, y suele producirse cuando no se ha iniciado la ejecución de prestación alguna¹⁰⁹⁶. El 73.2 resuelve el contrato por la parte que todavía no ha sido objeto de ejecución, pero mantiene la parte cumplida, es decir, conserva el contrato en la medida de lo posible.

El artículo 73 no habla de previsibilidad de un incumplimiento sustancial en los contratos de entregas sucesivas, con lo que una interpretación restrictiva del artículo podría dar a entender que en estos casos no cabría una suspensión del cumplimiento respecto a las futuras entregas sino tan solo respecto a la entrega concreta cuyo incumplimiento sustancial se previó. No obstante, entendemos que el artículo 71 puede aplicarse a este tipo de contratos de tal forma que quepa la suspensión del cumplimiento de las obligaciones por la parte amenazada mientras la otra parte no dé seguridades de cumplimiento¹⁰⁹⁷.

Tampoco queda vinculada a la demostración de interdependencia de las entregas posteriores, puesto que la exigencia de interdependencia no se exige en el párrafo segundo, a diferencia del párrafo tercero que sí exige la interdependencia (aunque no la esencialidad) para la resolución de las entregas tanto anteriores como posteriores.

El párrafo tercero regula el incumplimiento por el vendedor de alguna obligación respecto de las entregas, que permite al comprador la resolución del contrato no sólo en la parte incumplida sino también respecto de las entregas pasadas y futuras que por razón de su interdependencia no puedan destinarse al uso previsto por las partes en el momento de celebración del contrato.

¹⁰⁹⁶ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. "Artículo 73", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 579.

¹⁰⁹⁷ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 289.

La justificación de que la resolución no afecta sólo a las entregas incumplidas sino también a las futuras o a las pasadas es la interdependencia existente entre ellas, sin hacer mención expresa a que se dé un incumplimiento esencial o no, a diferencia de los párrafos anteriores.

En francés dice “en raison de leur connexité”. También en ruso. Se puede plantear desde un punto de vista literal si esta distinción entre “conexidad” e “interdependencia” tiene trascendencia.

En realidad la interdependencia es con el contrato general, se refiere no a todo tipo de compraventas de entregas sucesivas, de carácter independiente entre sí y absolutamente separables, sino que uno o varios de las entregas realizadas deben haber sido realizadas con un mismo propósito. El que las entregas obedezcan a un mismo propósito no quiere decir que no puedan, y normalmente sean, entregadas en remesas distintas, separables e independientes entre sí, aunque en el marco de un contrato de carácter general¹⁰⁹⁸.

Ejemplos en los textos preparatorios:

- aquel en el que las diferentes entregas lo son de las partes de un todo, como el de las partes de una maquinaria que va a ser montada en el establecimiento del comprador¹⁰⁹⁹,
- aquel en el que las diferentes entregas son separables pero relacionadas entre sí, como la entrega de materias primas de una misma calidad que solamente puede obtenerse si se extraen de la misma fuente¹¹⁰⁰.

Una interpretación histórica aclara que se pretendía con el párrafo tercero proteger el derecho del comprador a la homogeneidad de los materiales en bruto, de los colorantes y productos semielaborados destinados a una obra, a todas

¹⁰⁹⁸ LESER. “Artikel 73”, en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 620-621.

¹⁰⁹⁹ HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 444.

¹¹⁰⁰ HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 444.

partes de una maquinaria, de tal forma que si falta una de ellas, la maquinaria es inútil.

En este tipo de contratos la falta de entrega de las mercaderías muchas veces no puede ser obtenidas de un tercero, de ahí que no quepa más solución que resolver las entregas interdependientes.

El objeto del contrato, el propósito de las partes, será el criterio de valoración de la interdependencia de las entregas. Se observa desde un punto de vista objetivo, de acuerdo con el test de la persona razonable. Pero también se debe tener en cuenta el elemento subjetivo, la voluntad concreta de cada una de las partes al contratar. Este elemento subjetivo se pretendió objetivizar lo máximo posible mediante la referencia al momento de conclusión del contrato. Por lo tanto, la parte incumplidora debe haber podido conocer, en ese momento, el propósito de la parte que pretende resolver¹¹⁰¹. En realidad se trata de un criterio recogido también en el artículo 8 y respecto al momento en el artículo 74.

Si el uso se previó solamente por el comprador y no se comunicó al vendedor, no sea aplicable este párrafo¹¹⁰². No es válida una finalidad del comprador que no ha podido ser conocida por el vendedor a la hora de la conclusión del contrato. “El uso previsto por las partes” (en francés “*aux fins envisagées*”)¹¹⁰³, no es necesariamente el uso acordado por ellas en el contrato. Cuando un comerciante compra mercaderías se entiende que es para

¹¹⁰¹ En el mismo sentido LESER. “Artikel 73”, en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *CISG*, 2ª edición, München, 1995, p. 621.

¹¹⁰² BENNETT. “Article 73. Avoidance of instalment contracts”, en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p.536.

¹¹⁰³ La redacción final modificó levemente la redacción del Proyecto de 1977, que no hablaba de “uso previsto por las partes”, sino de “propósito previsto por las partes”. En todo caso lo importante fue la valoración de dicho propósito “en el momento de la celebración del contrato”. Documento (A/32/17). Informe de la UNCITRAL sobre la labor realizada en su décimo período de sesiones, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Volumen VIII. 1977. Nueva York. 1979, p. 62.

comercializarlas. Si el vendedor sabía que el comprador era comerciante, la comercialización es el uso previsto por las partes, aunque en el contrato escrito que firmaron no constara expresamente. Este autor aplica analógicamente la regla del artículo 35.2.b “expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de celebración del contrato”¹¹⁰⁴. En definitiva, el uso previsto por las partes es la finalidad del contrato, o sea, su causa, con lo que introducimos un tema complejo: la causa del contrato ¿es materia regulada por la CCIM?

El artículo 75 de la LUCI no hablaba de “uso previsto por las partes” sino de un test más subjetivo: “*worthlessness for the buyer*”. Sin embargo se rechazó continuar con este criterio por ser excesivamente subjetivo y estricto, ya que en virtud de mismo mercaderías en muy mal estado podrían no carecer de interés objetivamente consideradas. Se propuso una redacción distinta: sustituir “carecen de interés para él” por “tiene poco interés para él” o “para una persona razonable en el lugar del comprador”. Se rechazaron: “dichas partidas no cumplen su finalidad normal” y “o no sirven para ningún otro fin razonable para el comprador”. También se propuso: “dichas partidas no sirven para el fin para el que se necesitan”¹¹⁰⁵.

La posibilidad de resolver recogida en el artículo 73.3 es diferente a la derivada del artículo 51, puesto que por una parte no implica necesariamente la resolución de todo el contrato, sino que se limita a la resolución de las prestaciones que sean interdependientes con la incumplida y por otra, no exige un incumplimiento esencial para resolver esas entregas interdependientes de otra que haya sido resuelta, basta con demostrar su interdependencia¹¹⁰⁶. Obviamente

¹¹⁰⁴ ADAME GODDARD, Jorge. “El incumplimiento ...”, p. 293.

¹¹⁰⁵ Documento (A/CN.9/87). Informe del Grupo de Trabajo sobre la compraventa internacional de mercaderías acerca de la labor realizada en su quinto periodo de sesiones, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Volumen V. 1974. Nueva York. 1976, p. 45.

¹¹⁰⁶ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991, p.502.

ello no exime de que la resolución de la primera sí exija un incumplimiento esencial, pero considerado no desde todo el contrato, sino solamente respecto de la parte incumplida.

En estos casos los efectos de la resolución parcial son retroactivos a las entregas ya efectuadas e interdependientes de las incumplidas. No obstante, ello no tiene porqué implicar la resolución de todo el contrato. En realidad se trata de una resolución de la unidad comercial, concepto engendrado en el derecho norteamericano. UCC.

Si la resolución parcial de las remesas interdependientes implican la resolución de todo el contrato, será necesario que por razón de proporcionalidad exista un incumplimiento esencial del contrato, y no solo de una de las remesas¹¹⁰⁷.

Un claro ejemplo es el que consta en el Comentario de la Secretaría al Proyecto de 1978. Plantea el problema de que las distintas entregas sean partes de una maquinaria que deben ensamblarse en el establecimiento del comprador. En definitiva, establece que en el caso de que las entregas individuales sean partes de un todo, la determinación de si el incumplimiento de una de las entregas supone un incumplimiento esencial se realizará valorando el perjuicio del comprador con referencia a la totalidad del contrato, considerando la facilidad con la que el incumplimiento respecto a la entrega individualmente considerada pueda ser reparada o sustituida. No obstante, la diferencia entre el incumplimiento esencial y el supuesto del artículo 73.3 no está tan clara en el legislador internacional¹¹⁰⁸. Una interpretación histórica puede llevar a confusión, ya que en

¹¹⁰⁷ LESER. "Artikel 73", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *CISG*, 2ª edición, München, 1995, p. 620.

¹¹⁰⁸ Precisamente en el mismo párrafo sigue diciendo: "*If the breach is fundamental and because of their interdependence, instalments already delivered or to be delivered could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract, article 64.3 authorizes the buyer to declare the contract avoided in respect of those deliveries*". HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 444.

el artículo 75 de LUCI se preveía el caso de resolución total del contrato, mientras que en el artículo 73.3 de la CCIM no se menciona este derecho. Pero está claro que desde el punto de vista teleológico, la resolución total implicará la imposibilidad de que el comprador consiga el propósito derivado de la compraventa, por lo que es seguro que existirá un incumplimiento esencial¹¹⁰⁹.

Cuando partes del contrato o todo el contrato han sido resueltos, se debe modificar el contrato originario, debe adaptarse a la nueva situación derivada de la resolución de ciertas entregas. Ello puede implicar aplazamientos, garantías, o bien dar lugar a obligaciones de restitución¹¹¹⁰. Si se quiere modificar el contrato se habrá de estar a lo dispuesto en el artículo 29, es decir, a la voluntad de las partes y el mutuo acuerdo en dicha modificación. Si no, los efectos derivados de la CCIM serán los resolutorios, es decir, la restitución en la medida que esta sea posible.

Presupuesto de la aplicación del artículo 73.3 es que la resolución de una de las entregas se haya producido, y eso lo será en virtud del artículo 73.1. “Al mismo tiempo”... Establece que al mismo tiempo que se resuelva una entrega según el artículo 73.1 se deberán decidir cuáles son las entregas interdependientes y resolver también las mismas por parte del comprador. La declaración de resolución de ambas se deberá hacer simultáneamente.

La carga de una declaración incorrecta de resolución corresponde al comprador, que es el que con su declaración cambia el curso del contrato. Esta solución propia del artículo 26 es aplicable también a los casos en los que la resolución parcial de una remesa y las que dependen de ella supongan la resolución de todo o de una parte sustancial del contrato¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ LESER. “Artikel 73”, en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 621.

¹¹¹⁰ LESER. “Artikel 73”, en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 622.

¹¹¹¹ LESER. “Artikel 73”, en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 620.

La resolución se realizará mediante notificación que cumple los requisitos del artículo 26, en realidad debe ser la misma que la exigida en el artículo 73.1 ya que ambas deben ser simultáneas¹¹¹². Esta exigencia impone la carga al comprador de decidir qué entregas han de ser resueltas¹¹¹³. Y ello sin perjuicio de que el plazo razonable no le exima del deber de comunicación de los artículos 38 y 39.

La notificación deberá realizarse en un plazo razonable. Es el criterio seguido para el ejercicio de cualquier facultad resolutoria de la CCIM. Así se justifica conforme a una interpretación sistemática (artículos 73. 2, 49 y 64, así como el 72), así como desde una perspectiva histórica: en la sesión quinta del Grupo de Trabajo de la UNCITRAL se sostuvo que no había razón alguna para exigir en este artículo que el derecho de resolución se ejerciera dentro de un plazo breve, cuando en los demás artículos se estipulaba que la parte interesada tenía derecho a declarar resuelto el contrato dentro de un plazo razonable¹¹¹⁴.

El comprador puede resolver el contrato respecto a las entregas interdependientes de las no realizadas, sin embargo, el artículo no recoge el derecho correlativo del vendedor a resolver el contrato en el caso de que el comprador deje de cumplir alguna de sus obligaciones, como el pago de la parte del precio correspondiente a una de las entregas, sin que por ello deje de estar

¹¹¹² Así se deriva de una interpretación literal, sistemática e histórica del precepto. En el Comentario de la Secretaría se especifica: "The declaration of avoidance of past or future deliveries must take place at the same time as the declaration of avoidance of the current delivery". HONNOLD, John O. *Documentary History*, Deventer. 1989. p. 444.

¹¹¹³ LESER. "Artikel 73", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *CISG*, 2ª edición, München, 1995, p. 622.

¹¹¹⁴ Documento (A/CN.9/87). Informe del Grupo de Trabajo sobre la compraventa internacional de mercaderías acerca de la labor realizada en su quinto periodo de sesiones, en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Volumen V. 1974. Nueva York. 1976, p. 45.

vigente el contrato de distribución o suministro que enmarca a cada una de las entregas.

Según parte de la doctrina, este derecho debe reconocerse al vendedor por aplicación analógica del artículo 73.3. Porque el motivo para proteger al vendedor lesionado por el incumplimiento parcial del comprador, no reconocido expresamente en el artículo, es el mismo que el que justifica la protección del vendedor para el caso de incumplimiento parcial del comprador, que se reconoce expresamente en el artículo 73¹¹¹⁵.

Sin embargo, otros autores entienden que el vendedor no tiene este derecho, ya que de ordinario no hay razón para que la falta de recepción de la mercadería o el incumplimiento de uno de los pagos por el comprador justifique la resolución de las entregas anteriores¹¹¹⁶.

La solución es aplicar los criterios de integración de la norma a este supuesto: la analogía parece que en este caso no tiene una aplicación clara, ya que los supuestos de hecho no son idénticos. Así como no es difícil encontrar supuestos en los que varias entregas sean interdependientes, sí será difícil que las entregas de cantidades de dinero sean dependientes unas de otras, de tal forma que la falta de una de esas entregas deje sin efectividad las entregas de dinero ya realizadas. Por ello, y por el principio de conservación del contrato, reforzado por los perjuicios económicos que supondría tender a la resolución del contrato, entendemos que solamente tendrá el vendedor un derecho resolutorio análogo al del comprador en virtud del artículo 73.3 en los casos en los que la falta de cumplimiento de una obligación del comprador haga inútiles para el vendedor otras con esta relacionada. Lo cual no será lo más habitual.

¹¹¹⁵ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 294.

¹¹¹⁶ AUDIT, Bernard. *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, p. 162. En el mismo sentido LESER. "Artikel 73", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *C/SG*, 2ª edición, München, 1995, p. 620.

5. INCUMPLIMIENTO PARCIAL EN CONTRATOS CON PAGO DE PRECIO A PLAZOS

El artículo 73 se refiere a contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías. Los párrafos primero y segundo pueden proteger tanto al comprador de la falta de entrega de una o alguna de las partidas, como al vendedor de la falta de pago del precio de una o de alguna de las partidas. El párrafo tercero solamente hace alusión al caso en el que el vendedor no cumpla, otorgando al comprador la facultad de resolver las entregas futuras y pasadas relacionadas con la entrega incumplida. En el párrafo tercero no existe referencia expresa al supuesto en que el incumplimiento de la obligación de pago corresponda al comprador y sea el vendedor el que deba resolver.

Estos supuestos incluyen por tanto los supuestos de entregas periódicas de mercaderías independientemente de que el pago se produzca de una sola vez o se realice a plazos. En este último supuesto la regla del artículo 73 se aplica analógicamente al supuesto en el que sea el comprador el que deje de pagar uno de los plazos¹¹¹⁷.

Problema algo distinto es el de si puede aplicarse el artículo a supuestos de las denominadas “ventas a plazos”. En estos casos no existe una entrega sucesiva de mercaderías, sino una entrega única de mercaderías, aunque el pago del precio no se realice de una sola vez sino de forma aplazada en varias partidas¹¹¹⁸.

La doctrina parece no estar tan de acuerdo en excluir las compraventas a plazos de la CCIM:

¹¹¹⁷ ENDERLEIN, Fritz / MASKOW, Dietrich / STARGARDT, Monika. *Kommentar. Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über internationalen Warenkauf*. Berlin, 1985, p. 145.

¹¹¹⁸ ENDERLEIN, Fritz / MASKOW, Dietrich / STARGARDT, Monika. *Kommentar. Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über internationalen Warenkauf*. Berlin, 1985, p. 145.

Por una parte, la doctrina alemana apoya la exclusión, dado que de acuerdo con una interpretación gramatical resulta que el artículo 73.3 solamente se refiere a supuestos de entregas aplazadas de mercaderías¹¹¹⁹. Según ellos, a estos supuestos se les debe aplicar las normas del artículo 64 en materia de resolución del contrato por incumplimiento esencial o tras otorgar un plazo suplementario, y del artículo 72 respecto a la resolución anticipada por incumplimiento esencial futuro patente¹¹²⁰.

Sin embargo, ADAME GODDARD y KNAPP entienden aplicable el artículo 51, por analogía. Según este autor el vendedor podría optar respecto al pago parcial no satisfecho por la exigibilidad del mismo (artículo 62), fijación al comprador de un plazo suplementario para hacerlo (artículo 63), o bien la resolución parcial del contrato (con la restitución parcial de las mercaderías entregadas que se correspondan con el pago parcial no satisfecho). Pero también podría aplicar analógicamente el artículo 73, resolviendo el contrato por la parte correspondiente al plazo no pagado y los pagos futuros, si existieran motivos fundados que hagan prever un incumplimiento¹¹²¹. También podrá resolver todo el

¹¹¹⁹ MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1994, p. 571.

¹¹²⁰ ENDERLEIN / MASKOW / STARGARDT. *Kommentar. Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*. Berlin. 1985, p. 145.

¹¹²¹ Por ejemplo si el vendedor entregó 100 Tm de trigo, si el comprador solamente paga el primer plazo del precio, correspondiente a la cuarta parte, al faltar el pago del segundo plazo, el vendedor puede declarar resuelto el contrato respecto a la cuarta parte no pagada y respecto de las otras dos cuartas partes que quedan por pagar si el incumplimiento de ese segundo pago hace prever el incumplimiento de los otros todavía no vencidos. Podrá el vendedor resolver parcialmente el contrato respecto de los plazos futuros e incluso los ya satisfechos interdependientes, por ejemplo una venta a plazos de cuatro ordenadores en la que el precio de cada uno de ellos se realizará en tres pagos parciales, si el vendedor recibió cuatro pagos pero no recibe el quinto, puede resolver la venta de un ordenador, lo que implicará la resolución por el quinto plazo no satisfecho, pero también la del sexto, no vencido pero asociado al ordenador, así como el cuarto, ya satisfecho, pero asociado al mismo. ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento ...", p. 295.

contrato si el incumplimiento de uno de los pagos parciales es un incumplimiento esencial conforme al artículo 25 y 51.2.

Desde nuestro punto de vista, considerar aplicable el artículo 73 a los supuestos de ventas a plazos es contrario no sólo al tenor literal del artículo, que habla de entregas sucesivas de mercaderías, sino también contrario a una interpretación sistemática del mismo, ya que el artículo 73 se redactó como norma específica para la protección de la unidad económica que supone cada entrega o un número determinado de ellas. Desde un punto de vista teleológico no se justifica la extensión de este precepto a todos los supuestos de venta a plazos, ya que en este tipo de ventas no se puede hablar de unidades económicas distintas de la totalidad de la mercadería. Precisamente por ello no cabe hablar de una aplicación analógica del artículo 73, puesto que para que exista analogía debe existir identidad de razón entre los supuestos de hecho, cosa que aquí no ocurre.

En definitiva: las ventas a plazos se regularán por el artículo 64 en cuanto a la resolución de las mismas, y por el 60 en cuanto al ejercicio de otras acciones. Respecto al incumplimiento parcial, se aplicará analógicamente, esta vez sí, el artículo 51, con lo que el incumplimiento de uno de los plazos no dará lugar a la resolución total del contrato mientras ello no constituya un incumplimiento esencial, no bastando para ello el otorgamiento de un plazo suplementario. En cuanto al supuesto de fundadas sospechas de incumplimiento de pago de las entregas futuras, la protección debe buscarse en los artículos 71 y 72.

CAPÍTULO NOVENO. EL INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE TRABAJO

Parte de la doctrina distingue entre incumplimiento esencial, incumplimiento previsible y demás tipos de incumplimiento.

Se encuadran dentro de los supuestos de incumplimiento previsible todos los supuestos que prevean consecuencias jurídicas antes de la fecha de vencimiento de la obligación de una de las partes, como consecuencia de la sospecha en mayor o menor medida que la otra va a incumplir con su contraprestación.

Se trata de supuestos regulados en la sección I del Capítulo V, artículos 71, 72 y 73 de la CCIM, que tratan del incumplimiento previsible, del incumplimiento anticipado y del incumplimiento del contrato con entregas sucesivas.

Ya hemos tratado la problemática de la compraventa con entregas sucesivas, regulada en el artículo 73, que tiene que ver con el concepto de incumplimiento esencial, con el de incumplimiento parcial y con el de incumplimiento previsible.

En cuanto a los supuestos de incumplimiento previsible referidos a todo el contrato, cabe decir que no son conceptos absolutamente diferenciados del de incumplimiento esencial. De hecho, el artículo 72 establece como presupuesto que sea patente que se producirá un incumplimiento esencial del contrato para que sea posible su resolución anticipada.

Las normas recogidas en los artículos 71 a 73 pretenden evitar que la parte dispuesta a cumplir tenga que hacerlo si existe una circunstancia que hace sospechar el incumplimiento de la otra. De no existir estas normas, la parte dispuesta a cumplir estaría obligada a hacerlo, esperar el vencimiento del plazo de

cumplimiento de la otra parte, y solamente una vez acreditado ese incumplimiento, resolver el contrato o ejercitar una acción contra el incumplidor. Esta solución es contraria a la propia naturaleza sinalagmática del contrato, además de ser contraria al principio de la CCIM de favorecer el comercio internacional y la seguridad del mismo, ya que las consecuencias económicas de la espera, de la restitución de las prestaciones y de la retención de mercaderías y de capital son muy costosas en este tipo de tráfico mercantil. Por ello, y según el grado de previsibilidad del incumplimiento se podrán ejercitar acciones que van desde la suspensión de la ejecución de la prestación hasta la resolución de una parte o de todo el contrato.

Una vez analizado el artículo 73 en los Capítulos anteriores, el Plan de trabajo de este Capítulo se estructura en dos partes: la primera analiza el artículo 71, regulador del incumplimiento previsible generador de la suspensión del contrato; la segunda interpreta el artículo 72 sobre incumplimiento anticipado. Finalmente se justifica un concepto unitario de ambos y se relaciona este con el concepto de incumplimiento esencial.

2. BREVE REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL

La institución del incumplimiento previsible es inexistente en derecho español. Procede del *Common Law*, y fue insertada en la Convención por influencia de los Estados Unidos en la redacción del Proyecto de Ley Uniforme de 1935, manteniéndose hasta la CCIM.

Dado que se trata de una institución ajena a nuestro derecho, conviene hacer una breve referencia a cómo resuelve el derecho español la situación de hecho que los artículos 71 y 72 de la CCIM pretenden resolver. Curiosamente, la solución jurídica a la que se llega en nuestro derecho es similar a la que se alcanza en derecho anglosajón.

En nuestro derecho, el caso de que el deudor se ponga en una situación generadora de desconfianza acerca de su futuro cumplimiento se solventa con la

oferta de garantías de cumplimiento o la pérdida del plazo al que la obligación del deudor se hubiere sometido, con lo que en realidad el incumplimiento deja de ser previsible o anticipado para ser un incumplimiento actual, al haberse adelantado el vencimiento a la fecha del incumplimiento. Estas soluciones se regulan en los artículos 1129 del Código Civil¹¹²² en sede de obligaciones en general, 1467 del Código Civil en materia de compraventa y 1503 del Código Civil, referido a compraventa de inmuebles.

En sede de compraventa civil el artículo 1467 del Código Civil¹¹²³ permite al vendedor no entregar la cosa en caso de que, después de la conclusión del contrato se tenga conocimiento de la situación de insolvencia del comprador, a no ser que afiance el pago, situación similar pero no idéntica a la del artículo 71 de la CCIM.

Para compraventa de inmuebles con precio aplazado, el artículo 1503 del Código Civil¹¹²⁴ va más allá y permite al vendedor resolver la venta anticipadamente si existe fundado motivo para temer la pérdida de la cosa

¹¹²² Artículo 1129 del Código Civil:

“Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

- 1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.
- 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprendido.
- 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.”

¹¹²³ En sede de compraventa civil el artículo 1467 del Código Civil:

“Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre riesgo inminente de perder el precio.

Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido.”

¹¹²⁴ Artículo 1503 del Código Civil: “Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá proponer inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124.”

inmueble vendida y el precio. A falta de fundado motivo se aplica la regla general del artículo 1124 del Código Civil. Este artículo presenta gran similitud con el artículo 72 de la CCIM, ya que se trata de un supuesto de resolución previa al vencimiento o resolución anticipada. Que el vencimiento no se ha producido se deduce del párrafo segundo, según el cual, a falta de motivos fundados para temer la pérdida de la cosa y el precio, se aplicará el artículo 1124, es decir, se tendrá que esperar al vencimiento de la obligación. No obstante, en derecho español no se puede extraer de este artículo un principio general, dado el carácter excepcional de la norma, lo que se corrobora en el propio artículo, de cuya interpretación se deduce que el principio general es el artículo 1124¹¹²⁵.

3. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO A CAUSA DE UN INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE

3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Se trata de un derecho ya recogido en el artículo 73 de la LUCI, que había planteado problemas con las leyes de transporte de mercaderías nacionales e internacionales, y que muy debatido por el Grupo de Trabajo, por la Secretaría y por la Conferencia. Los países en vías de desarrollo desconfiaban de que una

¹¹²⁵ Con buen sentido, algún autor ha entendido que debería admitirse la resolución inmediata, previa al vencimiento, en los casos en los que la prestación se haga imposible para el deudor, bien por haber realizado un acto de carácter material o de carácter jurídico que haga imposible el futuro cumplimiento, dado lo absurdo de la espera hasta el vencimiento en estas circunstancias. Por otra parte se trataría de una solución acorde con la extinción automática de la relación obligatoria que se da en los supuestos de imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación. No obstante, este autor no lleva su argumento hasta sus últimas consecuencias y niega la posibilidad de que la voluntad del deudor deliberadamente rebelde al cumplimiento manifestada antes del vencimiento sea suficiente para la resolución anticipada, ya que “mientras la ejecución de la prestación sea posible, y no haya vencido la obligación, el acreedor no puede resolver”. CLEMENTE MEORO, Mario. *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Valencia, 1992, p. 216-218.

empresa de un país desarrollado pudiera mediante la suspensión del contrato exigir a una empresa de un país no desarrollado mayores garantías de cumplimiento que las que no había exigido al tiempo en el que el contrato se concluyó. Por ello las discusiones se dirigieron a conseguir que los motivos de suspensión fueran lo más objetivos posibles¹¹²⁶. De todas formas, el hecho de que sea una de las partes la que unilateralmente va a decidir el hecho causante de la suspensión, por ejemplo si su contratante tiene una situación económica suficiente, introduce inevitablemente un elemento subjetivo, aunque se equilibra con la posibilidad de que la contraparte preste las garantías adecuadas de cumplimiento¹¹²⁷.

En la Conferencia se presentó una propuesta de enmienda de Egipto, que planteó identificación de los supuestos de suspensión con los de resolución, que se rechazó porque se trata de casos diferentes cuyas causas deben ser diferentes¹¹²⁸.

3.2. TIEMPO DE MANIFESTACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO

Del texto del artículo 71, tres puntos son los que merecen especial comentario: el tiempo en que debe manifestarse la posibilidad de incumplimiento, el grado de probabilidad del mismo, y el tipo de incumplimiento que se prevé. Pasamos seguidamente a analizar el primer punto.

El incumplimiento previsible regulado en el artículo 71 se refiere al existente con posterioridad a la celebración del contrato.

¹¹²⁶ HONNOLD, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1989. p. 640.

¹¹²⁷ HONNOLD, John. *Documentary History...*, p.183.

¹¹²⁸ HONNOLD, John. *Documentary History...*, p.641-644.

No es aplicable a supuestos en los que las causas posibles de suspensión fueran aparentes en el momento de la celebración del contrato¹¹²⁹. No puede ser el momento de conclusión del contrato porque si se conoce en ese momento, se entenderá que el riesgo del incumplimiento había sido asumido por la parte contratante (con las correspondientes consecuencias en el precio o en las medidas de seguridad, como contratación de un seguro, aunque no deja de ser curioso que esta interpretación esté exigiendo implícitamente una diligencia cuando a lo que se tiende es a la adopción de elementos objetivos de interpretación).

El momento será aquel en el que resulte manifiesto que la otra parte no cumplirá. El momento debe ser posterior a la celebración del contrato porque el conocimiento en ese momento implica la asunción de los riesgos del incumplimiento.

Cuando la parte afectada conoce, después de la celebración del contrato, circunstancias que hacían previsible el incumplimiento, ya existentes en el momento de celebración del mismo pero desconocidas por ella en ese momento, también puede optar por la suspensión, ya que tal previsión se ha hecho manifiesta después de la celebración del contrato aunque se funde en hechos preexistentes¹¹³⁰. La justificación es que si la parte ha contratado desconociendo tales circunstancias lo ha hecho por ignorancia o engaño en la capacidad de la otra parte en cumplir con sus obligaciones.

¹¹²⁹BENNETT. "Article 71. Suspension of performance", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention.*, Milano, 1987., p.524.

¹¹³⁰ ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado* , 1992, p. 280. Se trata de una interpretación expresamente aceptada por la Primera Comisión, surgida a raíz de la propuesta de la República Federal Alemana para incluir supuestos de quiebra de una de las partes por causas anteriores a la celebración del contrato. HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 595.

3.3. GRADO DE PROBABILIDAD

De la lectura del artículo 71 se observa que, en principio, no es deseable el incumplimiento anticipado por la mera sospecha de que la otra parte no vaya a cumplir, sino que debe darse un cierto grado de probabilidad de incumplimiento. Pero si la sospecha, aunque no sea evidente, sí es aparente, sería inadecuado que se obligara a cumplir a una parte que verá que puede sufrir una pérdida irrevocable¹¹³¹.

El incumplimiento previsible lo es en virtud de determinados hechos o circunstancias. Pero la previsibilidad no es certeza absoluta de que se vaya a producir el incumplimiento. La previsibilidad del incumplimiento no es más que una opinión fundada de una parte contratante que se siente amenazada por el incumplimiento de la otra¹¹³². El fundamento de esta opinión son determinadas circunstancias que fueron discutidas en los trabajos preparatorios y en la Conferencia. Al final se consideraron únicamente dos: el menoscabo grave de la capacidad de cumplimiento o de la solvencia de la otra parte, y el comportamiento de la otra parte al disponerse a cumplir con el contrato.

Un grave menoscabo de la capacidad de la parte obligada puede darse por causas referidas directamente con ella, como deficiencias técnicas en la línea de producción, o pueden derivarse de causas externas, como una guerra, un embargo¹¹³³, una prohibición de importaciones de las materias primas necesarias

¹¹³¹BENNETT. "Article 71. Suspension of performance"p. 518.

¹¹³² ADAME GODDARD, JORGE. "El Incumplimiento... p. 280-281.

¹¹³³ Ejemplos puestos por el Comentario de la Secretaría, de 1978. HONNOLD, John. Documentary History..., p.442.

para que el vendedor pueda cumplir los pedidos, o de las exportaciones de los productos elaborados por el vendedor, etc.

Deterioro de la solvencia económica puede manifestarse por no haber cumplido el comprador con las obligaciones pecuniarias derivadas de otros contratos¹¹³⁴, o por el inicio de un proceso concursal¹¹³⁵, pero en caso alguno se limita a estos casos¹¹³⁶, puesto que lo que se pretende garantizar no es la solvencia económica general de la contraparte, sino la capacidad para cumplir con su obligación derivada de la compraventa en concreto¹¹³⁷.

Circunstancias derivadas del comportamiento de la parte obligada pueden ser el cumplimiento defectuoso con otros contratantes¹¹³⁸, la adquisición por el vendedor-fabricante de materias primas de baja calidad cuando se haya pactado que la mercadería vendida deberá ser de alta calidad, o la iniciación tardía del proceso de producción, e incluso el incumplimiento de una obligación secundaria, como la falta del envío de las muestras de los productos fabricados¹¹³⁹, cuando de ello se presuma un incumplimiento de mayores consecuencias.

¹¹³⁴ Comentario de la Secretaría, de 1978. HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 442.

¹¹³⁵ La sentencia de la OLG Hamm, n ° 2 U 333/82, de 20 de junio de 1983, consideró este supuesto aunque en referencia al artículo 73 de la LUCI. SCHLECHTRIEM, Peter / MAGNUS, Ulrich. *Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG. Eine Sammlung belgischer, deutscher, italienischer, israelischer und niederländischer Entscheidungen zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen*. Baden-Baden. p. 384-387.

¹¹³⁶ Un intento de limitar el derecho de suspensión a los casos de concurso de créditos fue rechazado por el Grupo de Trabajo. HONNOLD, John. *Documentary History...*, p.184.

¹¹³⁷ Como se deduce también de las deliberaciones del Grupo de Trabajo de la UNCITRAL. HONNOLD, John. *Documentary History...*, p.250.

¹¹³⁸ HONNOLD, John. *Documentary History...*, p.442.

¹¹³⁹ ADAME GODDARD, JORGE. "El Incumplimiento...p. 281.

Después de una larga elaboración, los antecedentes históricos del artículo dejan claro que su pretensión es limitar en lo posible la unilateralidad de la decisión de la suspensión del contrato, por lo que la lista de supuestos que presenta como presupuestos de suspensión debe entenderse como *numerus clausus*. Lo que ocurre es que estos dos criterios pretendidamente limitativos son suficientemente amplios como para abarcar un enorme número de hechos. Ejemplos son la falta de pago de otros contratos del vendedor, las entregas defectuosas a compradores de similares necesidades, una huelga que dé sospechas de la imposibilidad de cumplir por el vendedor y que permitiría al comprador suspender el cumplimiento de las operaciones previas al pago¹¹⁴⁰. Puede consistir en que el comprador no pague el precio, no envíe materiales, muestras o modelos, no inicie los trámites de importación; o en que el vendedor no envíe las mercancías, suspenda su fabricación o no realice los trámites de exportación. Es decir, pueden dar motivos fundados de suspensión tanto las obligaciones en que consista el cumplimiento como los actos preparatorios del mismo¹¹⁴¹.

El que se den estos hechos presenta al incumplimiento como posible, pero no es suficiente para considerar que el incumplimiento es previsible. El artículo 71 exige además que de estos hechos “resulte manifiesto” que la otra parte no cumplirá. Esto significa que debe haber motivos objetivos que demuestren el alto grado de probabilidad del incumplimiento, pero sin olvidar que se trata de una probabilidad, no de una certeza¹¹⁴². Aunque el hecho de que se trate de una certeza no impediría tampoco acudir al expediente de la suspensión en vez del de la resolución del contrato.

¹¹⁴⁰BENNETT. “Article 71. Suspension of performance”p. 519-520.

¹¹⁴¹ ADAME GODDARD, JORGE. “El Incumplimiento...”p. 285.

¹¹⁴² HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Deventer-Boston, 1991, p. 485.

Respecto al grado de incertidumbre sobre el cumplimiento, este debe ser menor que el requerido para el incumplimiento anticipado, de ahí que los requisitos para suspender sean menores. La apariencia debe ser una certidumbre de acuerdo con los estándares normales del negocio. En la práctica será un juicio subjetivo del que suspende, que deberá comunicarse a la otra parte para que puede ofrecer medidas de aseguramiento, que también son subjetivamente apreciadas por el que sospecha el incumplimiento. En caso de conflicto deciden los jueces.

3.4. TIPO DE INCUMPLIMIENTO PREVISTO. INCUMPLIMIENTO SUSTANCIAL

En el artículo 71 la sospecha de incumplimiento es de una parte "sustancial" de sus obligaciones, no de una parte esencial. Por ello, los requisitos son menores que en la resolución, y por ello no se necesita notificación previa, entre otras cosas porque puede no haber tiempo para la misma. No obstante, una vez suspendida la ejecución del contrato, sí se debe comunicar a la otra parte de forma inmediata.

La facultad de suspender el cumplimiento de una obligación como consecuencia de la sospecha cualificada de incumplimiento de la contraparte, es en realidad una excepción frente a la posible exigencia de cumplimiento de la contraparte. No existe incumplimiento si el deudor tiene derecho de rehusar, suspendiendo el cumplimiento de la obligación, aunque para ello, deberán concurrir en él alguno de los supuestos del artículo 71.1, y además, el incumplimiento previsible deberá dar lugar a un perjuicio que pueda ser considerado como de una parte sustancial de lo que le incumbe. Si el vendedor que tiene que cumplir primero con su obligación de entrega, la suspende en virtud del artículo 71 CCIM, porque el comprador se encuentre en una situación de insolvencia u otra circunstancia de dificultad económica, el comprador no podrá alegar el incumplimiento del contrato y reclamar la resolución del contrato, sino que previamente deberá ofrecer las seguridades razonables para asegurar el

cumplimiento de su obligación. Este carácter de excepción exige que los supuestos de suspensión deban ser interpretados restrictivamente¹¹⁴³.

El incumplimiento que se prevé debe ser de tal importancia que suponga “una parte sustancial de sus obligaciones”. El incumplimiento se debe extender a una parte sustancial pero no esencial. Pero ¿es esto posible?

En primer lugar, la dificultad de diferenciar entre sustancial y esencial se manifiesta en las diferentes redacciones del artículo: aunque en la versión española y en la inglesa se hable de incumplimiento de una parte sustancial en el artículo 71 y esencial en el artículo 72, en la versión francesa tal diferenciación no existe: en ambos artículos se habla del incumplimiento de “une partie essentielle”, y de una “contravention essentielle”¹¹⁴⁴.

Desde el punto de vista sistemático, parte de la doctrina¹¹⁴⁵ señala que de ser así el artículo 72 sería innecesario. Sin embargo, sobre el papel, no se trata de un argumento válido, puesto que los artículos 71 y 72 pueden tratar de diferentes acciones derivadas de un mismo incumplimiento previsible.

En las discusiones que tuvieron lugar en la Conferencia quedó claro que el término “incumplimiento esencial” solamente se podía aplicar al artículo 72 y no al artículo 71. En este, el grado de incumplimiento previsible exigido era menor, a

¹¹⁴³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. “Artículo 73”, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 563.

¹¹⁴⁴ No se debe olvidar que las discusiones de la Conferencia se basaron en la versión inglesa, y en ellas fue reiterada la voluntad de distinguir los términos “substantial” y “fundamental”. HONNOLD, John. *Documentary History...*, p.755. Lo cual no ha impedido que la identidad terminológica del texto francés generara interpretaciones que concluían con la incompatibilidad de los artículos 71 y 72. HONNOLD, John O. “Symposium - Ten Years of the United Nations Sales Convention. The Sales Convention: From Idea to Practice”, en *The Journal of Law and Commerce*, Vol.17, 1998, p. 184-185.

¹¹⁴⁵ MAGNUS, Ulrich. *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1994, p. 553.

tenor con la menor gravedad del remedio, por lo que la distinción entre sustancial y esencial es intencionada¹¹⁴⁶.

La interpretación teleológica del artículo también decanta el significado de sustancial como diferenciado de esencial. Este incumplimiento sustancial es menor que el incumplimiento esencial del artículo 25, ya que para este, el artículo 72 prevé una consecuencia distinta como es la resolución en vez de la suspensión del contrato. Se trata de un grado de incumplimiento intermedio entre el nimio y el esencial, aunque más próximo a este que a aquel, que debe determinarse casuísticamente.

El porqué gran parte de la doctrina admite la posibilidad de alegar cualquiera de los dos artículos, a elección del vendedor o el comprador, en los casos de incumplimiento esencial¹¹⁴⁷, lo analizaremos más abajo.

3.5. EL DERECHO DE RETENCIÓN

El artículo 71.2 tiene relación con el 58.2 solamente se da el primero si no ha existido despacho contra pago del precio. En él se regula el *stoppage in transitu* o derecho de retención de las mercaderías ya expedidas por parte del vendedor para el caso de que sospeche fundadamente que el comprador no cumplirá con lo que le incumbe, aunque ese sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. El presupuesto de aplicación de este párrafo es el establecido en el párrafo primero arriba expuesto. Y ello aunque utilice el término "evidente" y

¹¹⁴⁶ Ver la intervención de HONNOLD en la discusión de la enmienda de Egipto. HONNOLD, John O. "Symposium - Ten Years of the United Nations Sales Convention. The Sales Convention: From Idea to Practice", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol.17, 1998, p. 642.

¹¹⁴⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. "Artículo 73", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 563.

el primero "manifiesto", puesto que de los antecedentes legislativos se deduce que ambos significan lo mismo¹¹⁴⁸.

En todo caso, tanto los antecedentes legislativos como la dicción de la CCIM, dejan claro que se pretende regular exclusivamente las relaciones entre comprador y vendedor. Esta norma no vincula al transportista cuya obligación de entrega de la mercancía no depende del contrato de compraventa, sino del contrato de transporte. Si el vendedor suspende y el comprador, a pesar de todo, entrega los documentos de las mercaderías, el porteador deberá entregarlos si así lo indican las leyes nacionales o internacionales que le sean aplicables. Lo que permite el artículo es que el vendedor pueda detener la entrega de mercaderías (dar la orden al porteador para que no ponga las mercaderías en poder del comprador), pero no autoriza al transportista para que deje de entregarlas¹¹⁴⁹. El problema puede surgir si el transportista ha sido contratado por el comprador, ya que en este supuesto el vendedor no es parte en el contrato de transporte, por lo que en este caso parece que el vendedor debería dirigir su orden de detención al comprador y este se vería obligado a ordenar la detención al transportista, lo que no deja de ser conflictivo.

También se limita el contenido en virtud del artículo 4.b ya que los derechos que terceros puedan tener sobre las mercaderías no se verán afectados¹¹⁵⁰. Por tanto, el derecho del vendedor de *stoppage in transitu* no opera si han sido adquiridas por un tercero en concepto de pago y de buena fe¹¹⁵¹. Esta solución es justa si el transportista expidió un documento negociable, como un conocimiento de embarque, pero no en el caso de que el documento no fuera negociable, como una *waybill* o carta de porte, independiente de la voluntad del vendedor, en cuyo

¹¹⁴⁸BENNETT. "Article 71. Suspension of performance", p. 524.

¹¹⁴⁹ ADAME GODDARD, JORGE. "El Incumplimiento... p. 285.

¹¹⁵⁰BENNETT. "Article 71. Suspension of performance", p. 521.

¹¹⁵¹ Comentario de la Secretaría, HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 443.

caso el vendedor podría oponerse a que se entregaran las mercancías incluso a un tercero de buena fe, que se presentara por ejemplo con un poder del comprador, sin incurrir en responsabilidad alguna respecto al comprador, si así lo permitiera el contrato de transporte.

Según el Comentario de la Secretaría de 1978¹¹⁵², la norma tiene utilidad para supuestos de quiebra del comprador, al evitar que los bienes queden dentro de la masa activa¹¹⁵³.

3.6. NOTIFICACIÓN

Pero aun en el supuesto de máxima previsibilidad, cabe la posibilidad de que la cambien las circunstancias de la parte obligada, o que el juicio de la parte que pretende suspender fuera erróneo, y cumpla el obligado. Por ello, la solución a este supuesto de sospecha de incumplimiento será temporal, la suspensión.

La parte que suspende puede adoptar esa medida sin necesidad de previa comunicación a la otra parte, pero una vez suspendida la ejecución, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte para que esta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones, dándole así la oportunidad de levantar la suspensión..

Aunque el artículo no exija que la notificación exprese la causa de la suspensión, en la práctica es conveniente que la parte que la recibe sepa a qué atenerse y a tomar las medidas necesarias para su aseguramiento, en virtud del principio de buena fe¹¹⁵⁴.

¹¹⁵² HONNOLD, John. *Documentary History...*, p.442-443. Con más detalle HUBER, Ulrich. "Right of Stoppage in Transitu und deutsches Konkursrecht", en *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975*. (de Gruyter) Berlin, New York, 1975, p. 253-273.

¹¹⁵³ Situación prevista en nuestro Código de Comercio en el artículo 909, pero

¹¹⁵⁴ BENNETT. "Article 71. Suspension of performance", p. 521.

La notificación es esencial para que derechos como el del *stoppage in transitu* no sean considerados indebidamente ejercidos y den lugar, por lo tanto, a un incumplimiento esencial resolutorio en perjuicio del que practicó la retención.

En la sentencia del Amtsgericht Frankfurt am Maine, de 31 de enero de 1991¹¹⁵⁵, se condenó al vendedor italiano de zapatos que había retenido la entrega de los mismos una vez enviados al comprador alemán, que ya había pagado el 40 % de la mercadería. A pesar de que existían datos que hacían sospechar de la solvencia del comprador respecto del pago de 60 % restante, la falta de notificación de la suspensión del contrato, manifestada por la retención de las mercaderías, hizo que esta fuera considerada por el tribunal como indebida, condenando a la parte vendedora a indemnizar los daños y perjuicios causados a la compradora.

3.7. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Las medidas de aseguramiento dependen de la causa de la suspensión. Deben ser suficientes para eliminar el riesgo de incumplimiento, como una garantía bancaria si el incumplimiento previsible es el de la obligación de pagar el precio¹¹⁵⁶, no basta la mera intención de cumplir y la afirmación de la habilidad para cumplir¹¹⁵⁷.

La determinación de lo que son seguridades suficientes depende de cada caso, en especial de los hechos que fundamentaron la previsión de incumplimiento, ya que las seguridades deben ser adecuadas como para superar tales hechos. Por ejemplo, si el vendedor que sabiendo que el comprador no pagaba otras deudas, se negó a enviar las mercancías, el comprador deberá demostrar que tiene la solvencia suficiente o presentar un fiador, si el comprador

¹¹⁵⁵ Amtsgericht Frankfurt am Maine, de 31 de enero de 1991, (*Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1991, p. 345)

¹¹⁵⁶ HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 231.

¹¹⁵⁷ BENNETT. "Article 71. Suspension of performance", p. 522.

suspendió el pago de las mercaderías porque el vendedor sufría una huelga, bastará con que el vendedor demuestre que la huelga ha finalizado¹¹⁵⁸.

Se ha afirmado que la parte que pide seguridad no puede exigir una seguridad mayor que la que le exige el propio contrato, sino que basta una seguridad de que no se vaya a producir el perjuicio sustancial, de exigir una seguridad mayor se estaría obligando a una parte a dar más de lo que estaba obligada en virtud del contrato¹¹⁵⁹. Sin embargo, entendemos que la seguridad exigible sí puede ser superior a la exigida en el contrato, desde el momento en que la existencia de una sospecha se ha producido como consecuencia de nuevos hechos que hacen previsible un incumplimiento que antes no era previsible. Es decir, se han producido nuevos hechos que han generado una incertidumbre, o sea, un mayor riesgo, lo que justifica un incremento de las garantías, eso sí, limitado al incremento del riesgo de incumplimiento generado por los nuevos hechos.

El tiempo en que se debe prestar la garantía suficiente de cumplimiento no se aclara en la CCIM, aunque de la aplicación del principio de razonabilidad se deduce que deberá ser un plazo razonable, atendidas las circunstancias del caso.

Una vez ofrecidas garantías suficientes, quedan nuevamente equilibradas las prestaciones de las partes, con lo que la parte que las ha ofrecido puede requerir el cumplimiento, y la parte que suspendió debe informar a la otra parte de la aceptación de las garantías, de la adecuación de las mismas y de la continuación del cumplimiento. Si no levanta la suspensión, se le pueden reclamar daños.

No obstante, la suspensión ha tenido efectos sobre la duración del contrato, que se entenderá prorrogado por un tiempo igual a aquel en el que la ejecución estuvo suspendida. Ejemplo: si el vendedor suspendió el contrato y el comprador da garantías suficientes del cumplimiento treinta días después, la fecha de

¹¹⁵⁸ ADAME GODDARD, Jorge. "El Incumplimiento..." p. 286.

¹¹⁵⁹ BENNETT. "Article 71. Suspension of performance", p. 522.

cumplimiento se entiende prorrogada treinta días¹¹⁶⁰, siempre y cuando no se hubiere pactado una fecha fija e inamovible para el cumplimiento de la obligación.

Si cuando se cumplen las seguridades el día del cumplimiento ya ha pasado, se debe reajustar dicha fecha de forma razonable. Pero si la fecha de cumplimiento era esencial, cabe resolución por incumplimiento esencial.

Si no se otorgan garantías en un plazo razonable se puede entender que el grado de probabilidad de incumplimiento grave se ha elevado, con lo que si además, como es frecuente, reúne los requisitos del incumplimiento esencial, la parte que suspendió podrá resolver el contrato en virtud del artículo 72 sin esperar a la fecha de cumplimiento de la obligación de la otra parte. Aunque también podrá esperar dicha fecha y resolver entonces el contrato, o dejar en suspenso el cumplimiento de su obligación hasta que transcurra el periodo de prescripción de las acciones que se le podrían reclamar por la contraparte por la falta de cumplimiento.

4. EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO

4.1. INTRODUCCIÓN

A veces no es suficiente la suspensión del contrato sino que es necesaria la resolución del mismo para eliminar la incertidumbre financiera, renegociándolo, sin perjuicio de posibles acciones de daños y perjuicios.

Cabe resolución anticipada si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato.

¹¹⁶⁰ ADAME GODDARD, JORGE. "El Incumplimiento... p. 286.

4.2. HISTORIA

Es un artículo que complementa los artículos 71, 49, 64. Su antecedente es el artículo 64 LUCI. Se discutió solamente si el incumplimiento anticipado podía deducirse de la conducta de la parte; y si debía existir un requerimiento para dar una notificación previa para resolver el contrato.

El párrafo primero sigue la sugerencia de los Estados Unidos que señaló que la doctrina anglosajona recogía el incumplimiento anticipado sobre la base de la conducta de la parte¹¹⁶¹.

4.3. MOMENTO

Cabe distinguir también en este supuesto entre el momento a tener en cuenta la previsión del incumplimiento, el grado de previsibilidad y el tipo de incumplimiento previsto.

En cuanto al momento a tener en cuenta debe ser anterior a la fecha del cumplimiento del contrato. El momento no tiene porqué ser diferente al del artículo 71 (después de la celebración del contrato), en realidad ambos se refieren a un momento que va desde la celebración del contrato hasta la fecha de su cumplimiento, sin incluir ninguno de los dos¹¹⁶².

¹¹⁶¹ HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 187.

¹¹⁶² ADAME GODDARD, JORGE. "El Incumplimiento... p. 282.

4.4. GRADO DE PROBABILIDAD

El grado de probabilidad exigido en este artículo es aparentemente mayor: exige unos hechos que hagan “patente” que el incumplimiento se producirá, a diferencia del artículo 71 en que se exige que “resulte manifiesto”. Tanto en los trabajos preparatorios como en la Conferencia se insistió en distinguir ambos supuestos dadas las diferentes consecuencias jurídicas a que conducen¹¹⁶³, y conforme a la voluntad del legislador se debe operar, pero va a ser muy difícil distinguir entre ambas en la práctica¹¹⁶⁴. No es difícil extender al artículo 72 los hechos que pueden hacer posible el incumplimiento recogidos en el artículo 71: el grave menoscabo de la capacidad de la parte obligada para cumplir, su insolvencia o su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato, pueden dar lugar a una previsión de incumplimiento esencial¹¹⁶⁵. De hecho, los ejemplos propuestos en el Comentario de la Secretaría son, en ocasiones, coincidentes o equiparables: guerra, embargo o incendio de la planta del vendedor¹¹⁶⁶.

¹¹⁶³ Así se reitera en el Pleno de la Conferencia. HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 753.

¹¹⁶⁴ Según ADAME GODDARD no existe diferencia alguna entre esta expresión y las de los artículos 71 (resulte manifiesto) y 72 (que sea patente). Para que un incumplimiento futuro sea patente o resulte manifiesto deben existir fundados motivos para inferir. En realidad la diferencia entre que algo sea manifiesto o que sea patente hablando de cosas que todavía no son, es imperceptible. “La evidencia de una posibilidad, no es en realidad una evidencia - no es la certeza de que algo sea así -, sino sólo la opinión bien fundada de algo que puede ser, aunque quizá no lo sea. El grado de previsibilidad parte de un dato “objetivo”, el que haya existido un incumplimiento de alguna obligación previa, de lo que se derive que se producirá un incumplimiento esencial. ADAME GODDARD entiende que este requisito también se exige en el supuesto del artículo 71.1.b. ya que está claro que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones hace prever el incumplimiento de otras ADAME GODDARD, JORGE. “El Incumplimiento... p. 283-284.

¹¹⁶⁵ ADAME GODDARD, JORGE. “El Incumplimiento... p. 282.

¹¹⁶⁶ HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 442-443.

4.5. TIPO DE INCUMPLIMIENTO PREVISTO

En el artículo 72 se habla de incumplimiento esencial, sin limitar la causa de dicha previsión, ni especificar el tipo de obligación, que, en principio no es lo decisivo, (aunque ya hemos visto que un incumplimiento de una obligación principal normalmente dará lugar a un incumplimiento esencial). El artículo 71 habla de incumplimiento sustancial, no esencial, y limita las causas.

Pero en realidad, ambos conceptos son especies de un mismo género, el del incumplimiento previsible, que consiste en la previsión que hace una de las partes contratantes, entre la celebración del contrato y la fecha de su cumplimiento, basada en datos objetivos que la hacen altamente probable, de que la otra parte no cumplirá con sus obligaciones contractuales.

Ambos artículos implican una prognosis. La diferencia entre ambos se halla en el objeto de la prognosis: el incumplimiento.

El artículo 71 se da en el pronóstico de un incumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones, considerado inferior al incumplimiento esencial. El artículo 72 se dará en caso de que se prevea un incumplimiento esencial, el más grave que puede darse en la patología contractual.

Precisamente este diferente objeto justifica que la sanción del artículo 72, la resolución del contrato por anticipado, sea mayor que la sanción del artículo 71, la suspensión.

Tanto los incumplimientos previstos como las diferentes sanciones aplicables explican las demás diferencias entre los dos tipos de incumplimiento previsible: el grado de previsibilidad, más exigente en el artículo 72, ya que exige prácticamente una certeza total; y la necesidad o no de notificación inmediata, más exigente en el artículo 72, que exige que se realice en un plazo razonable, aunque matiza, "si hubiere tiempo para ello".

La distinción entre los supuestos que dan lugar a la aplicación de uno u otro artículo es difícil en la práctica. Como ya hemos dicho, el Comentario de la Secretaría puso como ejemplos de aplicabilidad de los artículos 71 y 72 situaciones de hecho idénticas. Por otra parte, la propuesta de Egipto, consistente en unificar los artículos 71 y 72, finalmente rechazada, lo fue tras un empate a 19 votos, lo que manifiesta las dudas que plantea la distinción.

Si consideramos el incumplimiento previsible como un conjunto formado por todos los supuestos de hecho que en un futuro pueden suponer una patología contractual, veremos que dentro del mismo podemos agrupar dichos supuestos en dos grupos, el de los hechos que pueden generar un incumplimiento grave, y el de los demás incumplimientos que, aun alterando la vida contractual, no pueden considerarse graves, en cuyo caso habrá que esperar a que se produzcan, dando lugar entonces, en virtud del principio de buena fe, del de mitigación de pérdidas y del de conservación del contrato, al pago de una indemnización de daños y perjuicios o a cualquier otro remedio que permita la CCIM distinto del de la suspensión, la resolución o la sustitución.

Dentro del primero de los subconjuntos de hechos hallamos supuestos que pueden dar lugar a incumplimientos esenciales o de una parte sustancial de las obligaciones, y de otros que, aun pudiendo traer consecuencias graves, no permiten el ejercicio de remedios anticipados por no ser esenciales ni afectar a una parte sustancial de las obligaciones a causa de un grave menoscabo de la capacidad para cumplir, de la solvencia o de su comportamiento, que deberán ser distintos de los reservados para el incumplimiento esencial, por no reunir los requisitos de los artículo 71 ni 72.

Finalmente, quedan los hechos que pueden dar lugar a incumplimientos que afecten a una parte sustancial de las obligaciones a causa de un grave menoscabo de la capacidad para cumplir, de la solvencia o de su comportamiento, a los que se les podrá aplicar no solamente los remedios de los grupos anteriores, sino que también podrán dar lugar a la suspensión de la ejecución del contrato, dejando como grupo final el de los hechos que, con certeza dan lugar a un incumplimiento esencial, los cuales podrán dar lugar a la resolución del contrato, pero que además permitirán el ejercicio de todas las acciones de los supuestos anteriores.

4.6. LA NOTIFICACIÓN

Para el ejercicio la facultad de resolución anticipada, se estableció la necesidad de un aviso con una antelación razonable, dado que la resolución es un efecto más grave que la suspensión. El aviso con una antelación razonable tiene por finalidad dar al posible incumplidor la oportunidad de ofrecer garantías suficientes. De ahí que sea útil la notificación, ya que si no se ofrecen garantías de cumplimiento por la otra parte, la resolución será lógica; mientras que si se ofrecen garantías es lógico conceder otra oportunidad¹¹⁶⁷.

Pero el aviso con una antelación razonable debe darse cuando el tiempo lo permite. Esta salvedad se estableció previendo situaciones de urgencia. No obstante, dado lo desarrollado de los medios de comunicación, la comunicación deberá ser realizada¹¹⁶⁸.

Conforme al párrafo tercero del artículo 72, no se requiere previo aviso si la otra parte declara que no cumplirá con sus obligaciones, ya que en este caso la voluntad de incumplir es manifiesta y ya hemos visto que la voluntad manifiestamente rebelde al cumplimiento es uno de los supuestos de incumplimiento esencial.

Si una vez hecha la notificación, la contraparte no atiende a la misma en un plazo razonable, ofreciendo garantías¹¹⁶⁹, también está incurriendo en una

¹¹⁶⁷ BENNETT. "Article 72. Avoidance for anticipatory breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987, p. 528.

¹¹⁶⁸ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Deventer-Boston, 1991, p. 497.

¹¹⁶⁹ Según el Comentario de la Secretaría, la falta de prestación de garantías adecuadas de cumplimiento por una parte, una vez requerida para ello en forma apropiada, puede ayudar a dejar patente que cometerá un incumplimiento esencial. HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 443.

manifestación de incumplimiento, que puede también considerarse como incumplimiento esencial¹¹⁷⁰.

Se plantea la cuestión de lo que ocurre si una parte resuelve el contrato sin preaviso y la otra parte pretende el mantenimiento del contrato en vigor ofreciendo garantías suficientes. Para ADAME GODDARD esta situación no es posible ya que si “en un caso hay tiempo para ofrecer seguridades es porque también habría habido tiempo para avisar previamente la resolución¹¹⁷¹. Invirtiendo el argumento: si la parte pudo dar garantías suficientes, es porque la resolución no estaba justificada, por lo que el que ha resuelto indebidamente incurrir habrá incurrido en incumplimiento contractual, segura o previsiblemente esencial¹¹⁷².

Desde un punto de vista más práctico, partiendo de la difícil distinción entre los supuestos de hecho que se encajan en los artículos 71 y 72, es conveniente que la notificación cumpla con los requisitos de ambos artículos. La notificación debe realizarse en tiempo razonable. Que no exista tiempo para realizarla no es frecuente, dados los medios de comunicación actuales. Con todo la notificación es importante para el que la hace, ya que le evita riesgos de suspender o resolver injustificadamente, con los daños que le podrían reclamar¹¹⁷³.

¹¹⁷⁰ En sentido similar, LESER. “Article 72”, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998.

¹¹⁷¹ ADAME GODDARD, JORGE. “El Incumplimiento... p. 288.

¹¹⁷² Advertencia que ya se recuerda en el Comentario de la Secretaría. HONNOLD, John. *Documentary History...*, p. 444.

¹¹⁷³ BENNETT. “Article 72. Avoidance for anticipatory breach”, en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987. p. 529.

5. RESPONSABILIDAD DE LA PARTE QUE SUSPENDE O RESUELVE EL CONTRATO POR CAUSA DE INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE

La parte que decide suspender o resolver el contrato debe asegurarse de que tiene perfecto derecho a hacerlo, ya que de lo contrario se arriesga a ser responsable por los daños y perjuicios que cause en el caso de que suspenda o resuelva sin fundamento, exista o no mora, o bien con fundamento pero sin dar el aviso correspondiente cuando este sea necesario, o cuando rechace indebidamente las seguridades que se le ofrezcan. Además, el hecho de suspender o resolver indebidamente puede dar a la otra parte el derecho a su vez de resolver el contrato, o ejercitar otro tipo de remedios, como los indemnizatorios.

En este caso, es posible que la indemnización de daños y perjuicios que solicite el que resuelva en contrato, pueda verse reducida, en virtud de la aplicación del artículo 77, por no haber suspendido el contrato cuando existían razones fundadas para hacerlo, con lo que se habrían evitado mayores daños y perjuicios. Y viceversa, en ocasiones será más aconsejable para ambas partes la resolución del 72 que la suspensión del 71, para evitar mayores pérdidas al que está en posición sospechosa de incumplimiento¹¹⁷⁴.

Siguiendo el esquema de conjunto de hechos antes propuesto, es comprensible que algunos hechos, como la guerra o los embargos, puedan ser utilizados para resolver anticipadamente el contrato por dar lugar a una certeza de incumplimiento esencial, pero también puedan ser también utilizado para suspender el contrato. El problema que ha dado lugar a tantas discusiones doctrinales, consiste en que prácticamente todos los hechos que generan sospecha de incumplimientos graves, pertenecen al grupo de los que pueden dar

¹¹⁷⁴ Aunque ya hemos visto que es más que discutible la aplicación de la obligación de mitigar pérdidas fuera del ámbito de la indemnización de daños y perjuicios, también hemos comprobado la jurisprudencia lo ha admitido y gran parte de la doctrina lo considera bien como principio general de los referidos en el artículo 7, bien incluido en el principio de buena fe.

lugar a un incumplimiento esencial, por lo que la aplicación del artículo 72 depende en la práctica del grado de certeza de que se dé tal incumplimiento, diferencia tan sutil como la de distinguir lo manifiesto de lo patente. Por eso, en la práctica la persona que prevea un incumplimiento podrá optar entre suspender o resolver anticipadamente. Con todo, la decisión última de cuáles son los supuestos de hecho encuadrables en cada uno de los conjuntos que he expuesto corresponderá a los Tribunales.

Pero mientras no exista una jurisprudencia reiterada, y salvos los ejemplos mencionados en los antecedentes legislativos de la CCIM, para evitar los riesgos derivados de la elección del remedio a ejercitar, ante un posible incumplimiento, se puede seguir el criterio objetivo de la persona razonable de la misma condición y en las mismas circunstancias¹¹⁷⁵, o bien, se pueden elegir remedios de menor a mayor grado de exigencia, es decir, primero suspender el contrato y avisar a la otra parte indicándole que si no da seguridades de cumplimiento se declarará resuelto el contrato. Así se evita el riesgo de resolver precipitadamente cuando hay un posible incumplimiento esencial y se cumple con el requisito de avisar de la intención de resolver el contrato.

¹¹⁷⁵ LESER. "Article 72", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998. p. 536.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La CCIM aparece como respuesta a una necesidad: la de que el comercio internacional esté regulado por unas mismas normas en todos los países. Esta respuesta no es la única posible, ni la mejor en sentido técnico jurídico, ya que deja ámbitos huérfanos de regulación, como la validez del contrato, y regula confusa o ambiguamente algunas instituciones, como la del incumplimiento esencial, cuestiones ambas mejor resueltas en otros instrumentos jurídicos, como los principios UNIDROIT. Sin embargo, es la CCIM el texto legal que hasta ahora ha resultado más aceptado entre los Estados. Este éxito se explica por el largo trayecto recorrido hasta la redacción de un texto universal, comenzado en 1929 y finalizado en 1980, así como en el intento de conseguir el máximo consenso entre países desarrollados, socialistas y en vías de desarrollo, así como entre juristas de las familias del derecho continental y anglosajón, e incluso musulmán. La importancia de la CCIM se manifiesta viendo el altísimo número de ratificaciones, adhesiones o accesiones, que incluyen países que representan aproximadamente el 70% del comercio mundial, a los que progresivamente se van añadiendo nuevos, con Israel y Colombia a punto de ser parte, y aunque aún existen importantes países que no son partes, existen en gran parte de ellos fuertes corrientes doctrinales que pretenden su incorporación.

SEGUNDA

El artículo 7 de la CCIM establece los principios que deben seguirse en la interpretación de sus preceptos, en concreto tener en cuenta su carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, y la observancia de la buena fe en el comercio internacional, lo que se traduce en una

interpretación autónoma, independiente de cualquier referencia a los derechos nacionales. Sin embargo, la CCIM no caracteriza los métodos hermenéuticos que deben seguirse en esa interpretación autónoma, métodos que deben aplicarse y ponderarse teniendo en cuenta esa orden de interpretación autónoma.

En primer lugar, el método teleológico es el más importante, se deben tener en cuenta los principios del Preámbulo, (desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo, supresión de barreras sociales, jurídicas y económicas que obstaculizan el comercio internacional, en el marco del nuevo orden económico internacional), y en especial principios como el de conservación del contrato, el de mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones, el de buena fe y el de razonabilidad.

En segundo lugar, el método histórico, consistente en acudir a las sesiones de la Conferencia, en menor medida a los trabajos preparatorios de UNCITRAL, y excepcionalmente a la LUCI o la LUFC. Este método es importante para deducir qué principios y qué criterios fueron tenidos en cuenta y cuáles fueron rechazados, y por qué razón, a la hora de alcanzar la redacción final.

El método que he llamado transnacional, que no de derecho comparado, consiste en la toma en consideración de la jurisprudencia internacional en conflictos resueltos por esta referidos a la CCIM. No implica el seguimiento de la misma, sino solamente su toma en consideración, argumentando, en su caso, el porqué no se sigue la solución dada por la jurisprudencia dominante. Este método adquiere relevancia primordial en supuestos en los que las soluciones a los supuestos de hecho se remitieron a los jueces durante los debates en la Conferencia, tal es el caso de la determinación del momento de apreciación del incumplimiento esencial.

Siendo todavía varias las posibles soluciones a la situación de hecho analizada, se interpretará sistemáticamente la CCIM, de tal forma que se adoptará una solución que no genere contradicciones entre sus artículos.

Finalmente la interpretación literal tiene una importante peculiaridad, existen seis versiones oficiales. Este método es el de menor importancia, ya que ofrece más peligros para la uniformidad de la interpretación, teniendo en cuenta que

muchos términos son ajenos a los ordenamientos jurídicos de la persona que resuelve y que otros son fonéticamente idénticos a los nacionales, pero su significado difiere estos. Además existe otro motivo fáctico será prácticamente imposible que el jurista tenga tiempo de contrastar todas las versiones oficiales.

En la práctica forense no se sigue una estricta metodología: se omite en general cualquier referencia a los antecedentes legislativos y a la jurisprudencia de otros países. A lo más, se interpreta gramaticalmente la CCIM siguiendo una sola de las versiones oficiales, o incluso oficiosas, y se compara con la legislación nacional. En ocasiones se emplean argumentos sistemáticos y teleológicos, pero no es frecuente. Lo curioso es que, a pesar de ello, en muchas instituciones se vislumbra una solución similar, como en la consideración del plazo de un mes como plazo razonable de notificación de falta de conformidad. Sin embargo, en otros supuestos existe verdadera inseguridad jurídica, como en la determinación del tipo de interés.

TERCERA

Para integrar las lagunas de la CCIM es necesario distinguir entre las materias excluidas de la CCIM, a las que son de aplicación directa de las normas de derecho internacional privado, y las materias no reguladas expresamente, pero tampoco excluidas de la CCIM, a las que se les aplicará la analogía y los principios generales de la Convención, y en lo que no la contradigan, los principios UNIDROIT y cualesquiera otros considerados como *lex mercatoria*, y solamente en defecto de los mismos procederá la aplicación de las normas de derecho internacional privado.

Esta integración es necesaria para determinar claramente qué asuntos quedan fuera de nuestro estudio, e implica a su vez una interpretación autónoma de los conceptos definidores del ámbito de la CCIM. (Aunque en algunos de ellos, no cabe tal interpretación autónoma, tal es el caso del concepto de Derecho internacional privado).

Para ello se han interpretado los artículos referentes al ámbito de aplicación de acuerdo con el método interpretativo propuesto llegándose a las siguientes conclusiones:

Los demás conceptos sí deben ser interpretados autónomamente. En concreto hemos analizado los conceptos de:

- establecimiento
- parte, (fundamental al ser el incumplimiento esencial en que cause una de las partes a la contraparte),
- compraventa, (importantísimo a la hora de diferenciar su contenido de los que corresponden a otros contratos, como el de distribución, o a la hora de determinar el régimen aplicable a los contratos mixtos, que, en la práctica jurisprudencial suele seguir un método objetivo),
- mercadería, (con los conflictos que genera la venta de *software*),
- validez, sea de todo el contrato, de alguna de sus cláusulas o de los usos, (concepto de validez que es el que tomamos como referente para excluir de la regulación de la CCIM en control que algunos autores pretenden que esta tenga sobre la autonomía de la voluntad, y que genera problemas de conflictos de acciones de nulidad reguladas por el derecho interno y de resolución amparada por la CCIM, situación en la que esta debe prevalecer),
- propiedad,
- responsabilidad de los vendedores o de los fabricantes por los productos defectuosos, (excluidos estos de las normas de la CCIM, pero no aquellos en los casos en que los daños causados por esos productos sean causados a los bienes del comprador),

Otros conceptos no se regulan en la CCIM, pero tampoco se excluyen, para considerar si debemos o no incluirlos, hemos empleado principios de la CCIM, que cumplen una función no solamente interpretativa sino también integradora: el de razonabilidad, el de la autonomía de la voluntad de las partes, el de *favor contractus* y *pacta sunt servanda*, y el de que los usos conocidos y aplicados ampliamente en el comercio internacional deben tenerse en consideración.

La determinación de los principios influye a su vez en la determinación del ámbito de la CCIM, dado que la redacción del artículo 4 permite que los supuestos no expresamente excluidos, se puedan integrar en la CCIM por estar regulados por los principios generales en ella contenidos, eludiendo así la remisión directa a las normas de derecho internacional privado.

Siguiendo este argumento hemos llegado a la conclusión de que la CCIM sí puede regular la carga de la prueba, a pesar de ser normas procesales, porque afectan directamente a los derechos de las partes y en algunos casos son expresamente referidos en los trabajos preparatorios. También se pueden incluir en este apartado la inclusión de la responsabilidad precontractual en la CCIM, en virtud del principio de buena fe, o la no restricción de los medios de prueba, en virtud del principio de libertad de forma.

Otros campos no expresamente incluidos se entienden fuera del ámbito de la CCIM y regulados por las normas de derecho internacional privado, al no poder encontrar en la CCIM un principio que los pueda integrar, como ejemplos: la prescripción, la asunción de deudas, la cesión de créditos y las cuestiones procesales.

Otros principios son dudosos, y así se refleja no solamente en la doctrina, sino también en la jurisprudencia, que en ocasiones entiende que se deben regular por principios que se entienden deducidos de la CCIM, pero en otras niega la existencia de los mismos. En ocasiones es la propia CCIM la que deja la cuestión irresuelta, como en el caso del cumplimiento específico, que lo es en tanto se reconozca como tal por la *lex fori*.

Una cuestión polémica puede ser si entre los principios podemos incluir los derivados de la *lex mercatoria*, de la que la CCIM es parte importante. Entendemos que sí, siempre que no supongan una contradicción con la CCIM. En este sentido se pueden entender incluidos los Principios UNIDROIT.

Finalmente se aplicarán como método supletorio de las lagunas *praeter legem* las normas de derecho internacional privado. Pero se trata de una solución que debe evitarse, y darse únicamente cuando aplicando los métodos de integración anteriores no se pueda llegar a una solución clara.

CUARTA

Examinada intensamente la historia del concepto de incumplimiento esencial hemos concluido la siguiente evolución:

Una primera fase de creación del concepto de incumplimiento esencial resolutorio, que se da en hasta 1951.

Una segunda fase de abandono de la obligación incumplida como criterio de referencia para la resolución, que alteró el sistema de acciones en pro de una mayor flexibilidad a la hora de conservar el contrato. En esta fase, la determinación del incumplimiento se realiza subjetivamente y el momento de previsibilidad es el de la conclusión del contrato.

En la tercera fase, la de la LUCI, se sigue un criterio subjetivo hipotético de determinación de la esencialidad del incumplimiento, tomando como referencia temporal la conclusión del contrato. No obstante, se objetiviza el test subjetivo mediante la referencia a la persona razonable.

La cuarta fase supone la eliminación del test hipotético, y su sustitución por un test material de perjuicio desarrollado por el Grupo de Trabajo de la UNCITRAL, además de invertir la carga de la prueba de la previsibilidad.

La quinta fase fue la Conferencia de Viena. En ella el Proyecto de 1978 fue objeto de modificaciones fundamentales que convirtieron el precepto en un objeto de consenso, con la consiguiente dificultad de interpretación. En concreto se subjetivizó nuevamente el test objetivo, introduciendo una referencia a las expectativas del contrato, y se omitió toda referencia al momento de previsibilidad, con lo que el precepto quedó sujeto a múltiples interpretaciones.

QUINTA

Del análisis histórico se concluye que los criterios interpretativos que deben tenerse en cuenta, por haber sido los considerados en los trabajos preparatorios son:

- Favorecer la agilidad del tráfico mercantil internacional, a la vez que dotarlo de seguridad jurídica.
- Procurar el criterio más objetivo posible en la definición de incumplimiento esencial.
- Considerar que el sistema más adecuado para favorecer la celeridad a la vez que la seguridad jurídica es establecer legamente un sistema de notificaciones entre las partes.
- Dejar en manos de los Tribunales la concreta determinación de los supuestos causantes de un incumplimiento esencial, sobre todo en los referente al momento en que debe apreciarse.
- Favorecer las acciones de reparación o de reducción del precio frente a los supuestos de resolución, de entrega de mercaderías sustitutivas o incluso del ejercicio de acciones indemnizatorias.
- No entender que el perjuicio no sea importante por el hecho de que pueda ser cubierto adecuadamente por una indemnización de daños y perjuicios, o por la acción de cumplimiento específico.
- Se pretende con ello otorgar a la parte perjudicada la posibilidad de escoger el remedio que entienda más adecuado entre la resolución y la indemnización de daños y perjuicios, ya que esta última suele dar lugar a largas negociaciones.
- Evitar la reexpedición que se da en los casos de sustitución o de restitución de las prestaciones generadas por la resolución, así como por la dificultad del vendedor de disponer de las mercaderías rechazadas que se encuentren en el establecimiento del comprador.
- Principio de *favor contractus* que implica que la interpretación del concepto de incumplimiento esencial sea, en la medida de lo posible, lo más restrictiva posible.

- No interpretar literalmente el artículo 25, dado el peligro que supone, puesto que las palabras utilizadas en los derechos domésticos de cada una de las versiones oficiales tienen una gran carga de significación propia de cada uno de los derechos internos.
- Evitar la impunidad de la parte incumplidora, de tal forma que la parte perjudicada pueda liberarse de un contrato que por cualquier motivo le sea especialmente gravoso como consecuencia de dicho incumplimiento.
- Evitar la especulación por la parte perjudicada. Es decir, que la continuidad o no del contrato no dependa exclusivamente de la voluntad de la parte perjudicada, que viendo la evolución de los precios resuelva el contrato para contratar de nuevo a un precio más favorable.
- Considerar único el concepto de incumplimiento, ya que en un principio se distinguía entre incumplimiento esencial causante de la resolución y el justificante de la no necesidad de *Nachfrist*.
- Considerar el test de previsibilidad desde el punto de vista más objetivo posible. Para ello se introdujo el concepto de persona razonable, aunque ello implica también la introducción de un factor de culpabilidad en el concepto.
- Posibilidad de objetivar más el concepto a través de la referencia al mismo que realicen los usos de comercio, integrados en el contrato a través del artículo 9 de la CCIM.
- Cargar la prueba de la existencia del perjuicio al perjudicado, mientras que la de la imprevisibilidad tanto subjetiva como objetiva al incumplidor.

SEXTA

Algunas de las conclusiones que seguidamente expresamos pueden parecer obvias. Sin embargo, debemos recordar que tal obviedad se nos aparece como consecuencia de la similitud con algún ordenamiento jurídico nacional. En realidad, las conclusiones a las que llegamos son producto de una interpretación

autónoma de la CCIM, sin tener en cuenta derecho nacional alguno y de acuerdo con la metodología propuesta.

En su redacción final, el artículo 25, establece tres presupuestos que deben cumplirse para que exista un incumplimiento esencial: en primer lugar, debe existir un incumplimiento de cualquiera de las partes del contrato; en segundo lugar, dicho incumplimiento debe causar un perjuicio que prive “sustancialmente” a la contraparte de lo que tenga derecho a esperar del contrato; y en tercer lugar, el perjuicio debe ser previsible, tanto subjetiva como objetivamente.

La existencia de un incumplimiento esencial se debe analizar para cada caso en concreto. Puesto que la voluntad de las partes manifestada en el contrato es decisiva.

El incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías regulado en la CCIM se dará cuando se incumpla cualquiera de las obligaciones contenidas en el contrato.

Se entienden como obligaciones contractuales aquellas expresa o tácitamente recogidas en las cláusulas contractuales, las no contenidas en el contrato pero que se integran en el mismo a través de los usos, así como las reguladas en la CIM, que se aplican con carácter supletorio, dado su carácter dispositivo conforme al artículo 6.

SÉPTIMA

Aunque el factor a tener en consideración para resolver el contrato sea el incumplimiento, y no la obligación incumplida, en los contratos mixtos no podemos eludir la valoración de esta y las demás obligaciones, ya que es imprescindible la calificación previa del contrato como contrato de compraventa, para lo cual será necesaria la valoración de las obligaciones, valoración que la jurisprudencia considera, en general, desde el punto de vista objetivo. Con ello se tendrá una referencia, siempre que el criterio de valoración de la esencialidad del incumplimiento sea también objetivo, pues será más fácil evaluar el incumplimiento de una obligación, si esta está previamente cuantificada.

OCTAVA

A la hora de apreciar el incumplimiento, es indiferente si este ha sido cometido por el comprador o por el vendedor. No obstante, en este último caso, no se debe olvidar que si la prestación incumplida es la de entrega de mercaderías conformes, será imprescindible la notificación previa y específica de los defectos por el comprador al vendedor, en un plazo razonable, de alrededor de 30 días, si este no quiere perder la posibilidad de ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento esencial.

NOVENA

Las partes pueden responder de un incumplimiento causado por un tercero solamente en el caso de que el incumplidor sea un subcontratista. En los demás casos, incluidos los supuestos en los que el contrato incluya una garantía del tercero fabricante, la responsabilidad no se regula por la CCIM.

DÉCIMA

Si bien el concepto de incumplimiento esencial pretendía ser objetivo, las referencias a las expectativas del contrato y, sobre todo el test de previsibilidad, matizan el sistema de responsabilidad objetiva a través del criterio de razonabilidad.

El sistema de responsabilidad *quasi* objetiva de la CCIM, permite supuestos de incumplimiento esencial en los que intervienen elementos subjetivos tales como la falta de capacidad para el cumplimiento, la voluntad rebelde al cumplimiento o la falta de confianza en el cumplimiento de la contraparte.

La falta de capacidad para el cumplimiento no debe entenderse como falta de capacidad jurídica para contratar, cuestión que no entra en el ámbito de la CCIM, sino como imposibilidad física de cumplimiento, por destrucción del objeto,

o por imposibilidad subjetiva, como la ruptura de relaciones entre el vendedor y su distribuidor.

La voluntad rebelde al cumplimiento no es un requisito imprescindible para calificar a este como esencial, dado el sistema objetivo en el que nos encontramos, pero sí puede considerarse objetivamente como incumplimiento esencial si la voluntad aparece como definitiva, bien por manifestación expresa del incumplidor, bien porque se derive de comportamientos indudables, como el persistente rechazo a recibir las mercaderías.

La falta de confianza en el cumplimiento de la contraparte se relaciona con los supuestos de incumplimiento previsible y puede solventarse mediante el ofrecimiento de garantías razonables por la parte de la que se desconfía. Pero si estas, una vez solicitadas, no se prestan, darán lugar a un incumplimiento esencial. En la jurisprudencia, la pérdida de confianza más frecuente consiste en la violación de contratos de distribución en exclusiva que normalmente sirven de marco a los contratos de compraventa internacional entre empresarios.

UNDÉCIMA

Los casos de concurrencia de incumplimientos pueden dar lugar a la suspensión de las obligaciones de una de las partes e incluso a la resolución del contrato, siempre que alguno de los incumplimientos sea esencial y no haya sido provocado por quien lo reclame, sea por acción como por omisión, Lo que no tiene justificación legal, aunque la doctrina lo aplique, es la compensación derivada de la aplicación del principio de mitigación de pérdidas en casos en los que no se ejercite una acción de daños y perjuicios.

DUODÉCIMA

El concepto de incumplimiento esencial se configura objetivamente en torno a la idea de perjuicio, pero entendiéndose por tal la desaparición de una ventaja del contrato. Puede consistir en un daño cuantificable económicamente, pero la

jurisprudencia ha admitido la existencia de incumplimiento esencial en casos en los que el perjuicio económico directo no era importante, aunque sí la desaparición de alguna ventaja objetiva, pero de difícil evaluación. En todo caso, aunque puede ser cuantificado aproximadamente con referencia al contrato, el concepto de perjuicio del artículo 25 no coincide con el concepto de daños y perjuicios indemnizables.

DECIMOTERCERA

El perjuicio debe ser importante, sustancial, lo que se debe valorar desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo. Según la mayoría de la doctrina, el criterio preponderante según la mayor es el cualitativo. Si observamos los argumentos jurídicos de la mayoría de la jurisprudencia, llegaremos a la misma conclusión. Sin embargo, si en vez de atender a las argumentaciones jurídicas, atendemos al fondo último de las sentencias, podemos observar que en la mayoría de ellas el elemento decisivo ha sido el criterio cuantitativo del perjuicio causado, o de la obligación incumplida.

DECIMOCUARTA

Siguiendo con las argumentaciones jurídicas, debería desecharse una aproximación interesante utilizada por el Tribunal Supremo alemán, consistente en considerar que un incumplimiento será esencial siempre que no exista indemnización de daños y perjuicios suficiente como para cubrir el perjuicio sustancial de sus expectativas.

DECIMOQUINTA

La conjugación de los criterios objetivo y subjetivo se consigue tomando como punto de partida de la valoración objetiva del perjuicio las expectativas contractuales de la parte perjudicada. No son meros deseos sino manifestaciones

de voluntad declaradas a su contraparte en el contrato, considerando las cláusulas expresas del mismo, las circunstancias que rodearon el contrato, la manifestación de intereses mediatos e inmediatos, los intereses implícitos derivados de la buena fe y los usos de comercio integrados en dicho contrato.

En definitiva, para la determinación del concepto de incumplimiento esencial, será imprescindible la interpretación del contrato prestando especial atención a los pactos específicos de las partes, ya sean definidores de finalidades mediatas, aunque sea implícitamente, como la fijación de una fecha inamovible de entrega, (que la jurisprudencia exige que sea explícita para que pueda dar lugar a un incumplimiento esencial, pues de lo contrario sería necesario un plazo suplementario o *Nachfrist* para resolver el contrato), la determinación de una calidad específica de los bienes, o del destino especial para el que son comprados. Interpretación que debe realizarse desde el principio de razonabilidad, que obliga, por ejemplo, a tener en cuenta normas imperativas similares en los países del comprador y del vendedor, y teniendo en cuenta los usos de comercio, que presumen, por ejemplo, un determinado grado de conocimiento del idioma en que suelen hacerse las transacciones en el sector.

DECIMOSEXTA

Como cierre, conviene destacar que tanto el artículo 25 como las demás normas reguladoras de las relaciones entre comprador y vendedor reguladas en la CCIM están sujetas a la voluntad de las partes, que pueden excluirlas o modificarlas, sea en contratos o cláusulas específicos, sea mediante condiciones generales de contratación. Así, las partes pueden modificar el concepto de incumplimiento esencial o, lo que es más útil, elaborar listados de incumplimientos posibles y las sanciones a ellos aparejadas. Esta libertad de pactos entre las partes puede llegar hasta el pacto de calificación como incumplimientos esenciales a algunos que no supongan graves perjuicios, incluso contrarios a la buena fe. En estos casos, el artículo 6 de la CCIM ampara tales pactos, por lo que en cuanto a su validez, habrá que estar a lo dispuesto en las normas internas.

DECIMOSÉPTIMA

El artículo 25 de la CCIM es fruto de un consenso. Fruto de ese consenso son las dudas que aparecen al interpretar el test de previsibilidad.

La importancia del test de previsibilidad es consecuencia del concepto de sustancialidad de perjuicio. Habiendo optado por la consideración objetiva del mismo la extensión real del perjuicio será lo importante, las expectativas de la parte perjudicada podrán influir en esa consideración objetiva y el test de previsibilidad no se considera superfluo, sino que será la manera de que los intereses de la parte incumplidora se tengan en cuenta.

Dado que la interpretación del artículo 25 no puede vaciar de contenido una parte del mismo, la existencia del test de previsibilidad adquiere su utilidad si tenemos en cuenta que el momento a tomar en consideración al calificar la esencialidad del perjuicio no es únicamente el de la conclusión del contrato, ya que esa función está cubierta por las normas interpretativas del artículo 8, sino que también deben considerarse circunstancias posteriores a la conclusión.

La autonomía de la voluntad afecta también al test de previsibilidad, haciéndolo superfluo cuando las partes han establecido o explícita en el contrato o implícitamente, por la especial importancia dada al cumplimiento de una determinada obligación, que el incumplimiento de determinadas obligaciones dará lugar a un incumplimiento esencial.

DECIMOCTAVA

En los casos en que la voluntad de las partes no ha modificado el contenido de la CCIM, el test de previsibilidad actúa como exención de la esencialidad del incumplimiento, pero no como exención de toda responsabilidad derivada de dicho incumplimiento, que al no considerarse esencial puede ser objeto de indemnización de daños y perjuicios, salvo que a su vez reúna las condiciones de exención de indemnización del artículo 79 de la CCIM.

DECIMONOVENA

Consultando las diversas versiones oficiales, el criterio a tener en cuenta como eximente de la esencialidad no es el de culpa, sino el de previsibilidad del perjuicio causado. Previsibilidad del resultado observada desde dos aspectos: uno subjetivo, el de la parte incumplidora; y uno objetivo, el de la persona razonable.

Los requisitos objetivo y subjetivo presentes en el test de previsibilidad se exigen alternativamente para evitar la existencia de un incumplimiento sustancial, siempre que se dé uno de los supuestos, conservando así en mayor medida el contrato. Así, un comerciante que conocía o pudo prever más que los demás en su género de comercio, no puede ampararse tras la protección del test de previsibilidad.

Desde el punto de vista subjetivo, la previsibilidad se predica del conocimiento o la posibilidad de conocimiento que la parte incumplidora tenía de estar incumpliendo una obligación, y además de que ese incumplimiento fuera esencial, causara un perjuicio sustancial a la otra parte, (conforme a las expectativas de esta derivadas del contrato). Se trata de un correctivo subjetivo del concepto objetivo de perjuicio sustancial ínsito en el incumplimiento esencial.

La finalidad del elemento objetivo, la previsibilidad de una persona razonable, es evitar que la determinación de la previsibilidad de lo esencial del incumplimiento, y por lo tanto el interés de la parte perjudicada, dependa en exclusiva de la parte incumplidora. Con este elemento, es el juez o árbitro el que califica la previsibilidad adecuada al caso en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del comercio internacional para el mismo supuesto.

La exigencia cumulativa del criterio subjetivo junto con el objetivo hace que este último tome preponderancia, dejando la decisión de la determinación de la previsibilidad a los jueces.

Desde la perspectiva del incumplidor, la redacción del test supone una mayor carga probatoria. La parte incumplidora no se libera de su responsabilidad

probando que no ha previsto el resultado, debe probar además que no existían motivos para su previsión.

VIGÉSIMA

El modelo de persona razonable fue recuperado en la Conferencia como modelo de comparación objetivo para el caso en concreto. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyos criterios definidores deben ser delimitados en lo posible para conseguir que se trate de un verdadero concepto objetivo y no un mero concepto que permita una arbitrariedad judicial.

Por persona razonable, se debe entender una persona de un concreto nivel de educación, o de un grupo específico que se dedique al mismo tipo de negocio que el incumplidor, una persona que no asuma riesgos innecesarios en su negocio, sino que dirija su negocio conforme a la forma ordinaria del comercio internacional al que se dedique, y observe la diligencia acostumbrada en esa dirección, se trata de una persona de la que se puede esperar la solvencia financiera habitual en ese tráfico, y que ofrece la seguridad en el tráfico mercantil acostumbrada en ese negocio. Debe conocer las técnicas normales de ese comercio, tanto de producción, como de transporte y conservación de las mercaderías, el idioma en el que se suele realizar, etc. Pero también deberán ser tenidos en cuenta otros elementos que no tienen tanto que ver con el carácter de comerciante internacional del incumplidor, como el contexto socioeconómico, la religión, nivel de vida, y otros criterios de carácter social, aunque sin perder de vista que debe tratarse de alguien habitual en el tráfico mercantil internacional.

VIGÉSIMO PRIMERA

La previsibilidad de las consecuencias derivadas del incumplimiento depende de también de las circunstancias del contrato, que las partes deben conocer: las seguridades acerca de la calidad de las mercancías que el comprador haya reclamado al vendedor, de lo que este haya comunicado al comprador en el

momento de la conclusión de la venta, de las indicaciones del adquirente referentes al uso especial de la mercancía o de otras particularidades , en definitiva de las mismas circunstancias que se tienen en cuenta para la interpretación del contrato y que se enumeran *ad exemplum* en el artículo 8 de la CCIM. Se incluyen aquí casos de circunstancias cambiantes del mercado local, regional o internacional, la importancia del contrato, la legislación y la propuesta de su modificación, el clima político, embargos, revueltas, eventuales conflictos bélicos, fenómenos meteorológicos, contactos previos, negocios previos y todos los factores y acontecimientos de un momento determinado y que pueden ser relevantes a la hora de calibrar esas circunstancias de mercado, las negociaciones, las prácticas establecidas entre las partes durante las mismas, los usos de comercio y la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar estas circunstancias.

VIGÉSIMO SEGUNDA

Tanto la sustancialidad del perjuicio como la previsibilidad del mismo y de su gravedad deben ser considerados en un momento concreto. Y es en este momento cuando se entiende que se ha producido el incumplimiento y cuando debe apreciarse la gravedad (o esencialidad) del mismo.

No existe problema si este momento ha sido pactado expresamente en una cláusula contractual, o si ese momento era conocido por otro medio por el deudor o por una persona razonable. La cuestión adquiere trascendencia a falta de pacto implícito o explícito, dado que en la Conferencia la determinación del momento de previsibilidad se dejó expresamente en manos de los Tribunales.

Debemos diferenciar el momento de apreciación de la sustancialidad del perjuicio, del momento para la apreciación de la previsibilidad de ese perjuicio y de su esencialidad.

El primer caso debe ser referido al momento de celebración del contrato, como manifiesta la referencia a las expectativas del contrato de la parte primera del artículo 25. Se trata además de la solución más ajustada técnicamente, dado

que es el momento en el que se aprecian los móviles y los intereses de las partes al concluir la venta.

A la hora de aplicar el test de previsibilidad, y la posible exoneración de la parte incumplidora, al menos en lo que se refiere a las consecuencias de la esencialidad del incumplimiento, el momento a tener en cuenta será normalmente el de la conclusión del contrato. Sin embargo, los jueces y árbitros deben poder tener en cuenta circunstancias posteriores al momento de celebración, aunque nunca posteriores al momento de la comisión del incumplimiento, en los que determinados acontecimientos imprevisibles hayan afectado a equilibrio de prestaciones configurado en el momento de la conclusión. Lo contrario sería contradecir la voluntad del legislador internacional, que excluyó expresamente la referencia al momento de la conclusión del contrato, así como dejar sin contenido la parte segunda del artículo 25.

VIGÉSIMO TERCERA

Aunque en principio la CCIM no pretende regular procedimientos, sí se derivan de sus preceptos determinadas reglas que afectan a los mismos. Teniendo en cuenta que el principio internacionalmente reconocido de que el que alega unos hechos debe probarlos, se deducen de la CCIM, las siguientes reglas relativas a la carga de la prueba del incumplimiento esencial:

- el perjudicado debe probar: el incumplimiento de una obligación de su contrario, que el incumplimiento le causa perjuicio, que ese perjuicio le priva de lo que tenía derecho a esperar del contrato, y que esa privación es sustancial tomando como referencia temporal el momento de celebración del contrato. Especialmente importante y frecuente en la jurisprudencia es la exigencia al comprador perjudicado de la prueba de que las mercaderías no pueden venderse por ser inútiles para la finalidad a la que debían destinarse, independientemente del país en el que debiera hacerse la entrega.
- el incumplidor, una vez probado el perjuicio sustancial por el perjudicado, y para exonerarse de las consecuencias del incumplimiento esencial, deberá probar: que

el incumplimiento no era previsible, ni por él ni por una persona razonable de la misma condición y en las mismas circunstancias; y que siendo previsible el incumplimiento, no era previsible que fuera esencial. Y ello tomando como referencia temporal no solamente el momento de la conclusión del contrato, sino también cualquier otro no posterior al momento del incumplimiento.

VIGÉSIMO CUARTA

La autonomía de la voluntad, manifestada por los pactos expresos o tácitos de las partes contratantes, es fundamental a la hora de considerar la previsibilidad de la importancia del incumplimiento por el incumplidor.

Así, las cláusulas que determinen expresamente la esencialidad de determinados incumplimientos, o la especial importancia del cumplimiento exacto de determinadas obligaciones, o incluso simplemente la especial importancia de ciertas obligaciones, podrán considerarse directamente como incumplimientos esenciales sin necesidad de acudir al test de previsibilidad.

Tampoco es necesario acudir a dicho test si la importancia se encuentra tácitamente pactada por las partes, para lo cual se hace imprescindible la interpretación del contrato, siendo de especial interés las discusiones que sobre el particular hayan mantenido las partes.

La previsibilidad solamente es relevante cuando la importancia especial de una obligación no ha sido puesta de manifiesto en el contrato ni durante la fase negociadora. Es entonces cuando, interpretado el contrato, la parte incumplidora podrá liberarse de las consecuencias de la esencialidad del incumplimiento probando que una persona razonable del mismo sector comercial no habría atribuido una importancia esencial a los acuerdos particulares de las partes. Frente a lo cual, el acreedor perjudicado deberá probar que, a pesar de la imprevisibilidad objetiva, el deudor está obligado puesto que conocía las circunstancias que hacían la obligación de especial importancia.

VIGÉSIMO QUINTA

Si el vendedor ha entregado anticipadamente las mercancías o los documentos con ellas relacionados, el comprador puede rehusar su recepción.

Si el comprador los acepta, pero observa algún tipo de incumplimiento por el vendedor, este puede subsanar dichas deficiencias, cuantas veces sean necesarias, antes de que se cumpla la fecha de cumplimiento establecida en el contrato o por la ley.

Esta facultad de subsanar concedida al vendedor no debe ocasionar al comprador inconvenientes ni gastos excesivos, apreciados tanto objetiva como subjetivamente. Como elementos que deben ser tenidos en cuenta están la posibilidad física de subsanación, la confianza de las partes, la demora con que se realice la subsanación, la dimensión de los defectos, la posibilidad de sustitución o reparación de los bienes, los costes que tenga que adelantar el comprador y la incertidumbre sobre su desembolso.

El vendedor debe pagar los gastos de subsanación. En el caso de que solicite al comprador que los anticipe, este podrá oponerse a la subsanación si esta le produce inconvenientes o gastos excesivos. Si el comprador los adelanta, el vendedor debe reintegrarlos.

Si es el vendedor el que realiza la reparación, el comprador deberá permitirle el examen y la reparación de las mercaderías, pero el vendedor deberá ofrecerle garantías suficientes de cobertura de los gastos que ello implique. Si el comprador se niega a aceptar la subsanación cuando esta no supone inconveniente ni gasto excesivo para él, está cometiendo un incumplimiento de su deber de mitigar las pérdidas de la otra parte, por lo que será responsable de los daños y perjuicios que pudo haber evitado aceptando la subsanación. Por otra parte si el comprador rechaza sin motivo la subsanación, el vendedor no puede realizarla, pero en este caso el incumplimiento debe imputarse al comprador que no podrá reclamar por incumplimiento del contrato.

El derecho del vendedor de subsanar no le exime de su responsabilidad por los daños y perjuicios que la subsanación cause al comprador.

El derecho a subsanar anticipadamente hace que no pueda darse un incumplimiento esencial antes de la fecha de entrega de las mercancías. Ello no quiere decir que no quepa una resolución anticipada del contrato, pero lo será en el caso de que el incumplimiento presente haga patente que existiría un incumplimiento esencial en el futuro.

VIGÉSIMO SEXTA

Una vez llegada la fecha de vencimiento de la obligación de entrega, también será posible la subsanación sobrevenida. No obstante, esta subsanación sólo será posible si no existen inconvenientes graves para el comprador, en el sentido antes referidos, y además, no se ha procedido a la resolución del contrato como consecuencia de que el incumplimiento, bien por sí, o bien por los inconvenientes que genera, pueda ser considerado como esencial. Si no son inconvenientes graves, prevalece el derecho a subsanar.

La subsanación consistirá normalmente en la reparación de las mercaderías. Esta reparación la realizará el vendedor si solamente él posee los conocimientos técnicos para realizarla, siempre que ello no implique graves inconvenientes para el comprador. Pero lo normal será que el propio comprador, o un tercero por encargo suyo, realice la reparación, girando los costes al vendedor.

Si el importe de los mismos es excesivo para el comprador, pero no lo es para el vendedor, a juicio del comprador, procederá la subsanación por el vendedor, siempre que ello no suponga un grave inconveniente para el comprador. Pero si suponen unos gastos excesivos para el vendedor, a juicio del comprador, no cabe la subsanación.

En este caso, si el incumplimiento reúne las características del artículo 25, se considerará como esencial y se podrá optar por la sustitución de los bienes. Por lo tanto, el incumplimiento esencial puede ser subsanado.

En todo caso, la opción por la reparación no cerrará nunca el camino a una posible sustitución de los bienes o a la resolución del contrato si existe un incumplimiento esencial y la reparación no se ha hecho efectiva.

VIGÉSIMO SÉPTIMA

Aunque la CCIM prefiera la solución de la subsanación, deja la decisión en manos de las partes. La parte que tenga el poder último de decisión será la que pueda ejercitar la acción elegida siempre que no exista una oposición de la otra. El juego de comunicaciones que pueden darse beneficia en general al vendedor incumplidor, puesto que el comprador que observe la falta de conformidad de las mercaderías tendrá que notificarla al vendedor detallando los defectos observados, y la acción que pretende ejercitar, para después dejar pasar un tiempo razonable para que el vendedor incumplidor pueda comunicarle si decide subsanar, suspendiendo el ejercicio de cualquier acción incompatible con la subsanación hasta que el comprador haya contestado. Como compensación, el vendedor debe detallar un plazo en el que subsanará, computable a efectos de resolución por *Nachfrist*, se le aplica a las notificaciones del vendedor el principio de recepción, con lo que el riesgo de pérdida o retraso lo soporta el vendedor, así como se le protege en caso de que la subsanación sea inconveniente para él.

VIGÉSIMO OCTAVA

En cuanto al derecho de subsanación de una obligación del comprador, no se regula en la norma, aunque por analogía se pueden aplicar las mismas reglas.

VIGÉSIMO NOVENA

En los supuestos de incumplimiento parcial, el principio general será el de conservar el contrato, si bien, cabe la posibilidad de que en determinados

supuestos, la gravedad del incumplimiento pueda dar lugar a la resolución de todo el contrato.

Con carácter general se aplicará lo dispuesto en el artículo 51: el incumplimiento parcial, dará lugar, en general, a una “resolución” parcial del contrato y solamente implicará la resolución de todo el contrato si es además un incumplimiento esencial considerando el contrato en su integridad. Este precepto se refiere a un incumplimiento por parte del vendedor, pero la interpretación del artículo permite ampliar este supuesto al incumplimiento por parte del comprador.

En caso de incumplimiento parcial, las acciones no se limitan a la resolución parcial o total. El artículo 51 no impide la aplicación de los remedios generales para el caso de incumplimiento, pero limitados a la parte incumplida, en su caso. Es más, también se aplicarán a la parte incumplida las cargas que se imponen a las partes, como la obligatoria notificación de la existencia de falta de conformidad y de la resolución parcial (o total) en plazo razonable, y el deber de permitir la subsanación.

No obstante, la aplicación de las reglas generales a los supuestos de incumplimiento parcial no debe realizarse automáticamente, ya que no cabe la resolución parcial basada simplemente en incumplimiento de un plazo suplementario que se hubiere concedido para el cumplimiento parcial, ya que en todo caso se tendrá que tener en cuenta la importancia de ese incumplimiento en la economía del contrato.

La no aplicación de la institución del *Nachfrist* se da con más fuerza en el caso de que un incumplimiento parcial genere la resolución de todo el contrato. En este caso únicamente cabe la resolución si existe un incumplimiento esencial.

Todo ello será aplicable salvo que las partes apliquen reglas distintas de mutuo acuerdo, o que permitan desviaciones dentro de unos límites (cláusulas circa), en cuyo caso se habrá de estar a la interpretación de la voluntad de las partes.

TRIGÉSIMA

Si bien esta es la regla general, existe una regulación específica para los casos de compraventas de entregas sucesivas, contratos de distribución y de suministro. En estos prevalecerá lo dispuesto en el artículo 73 de la CCIM que distingue tres supuestos de resolución parcial:

- cabe la resolución de una entrega en el caso de que el incumplimiento de la misma sea esencial respecto a ella.
- el incumplimiento de una obligación en una de las entregas que permita sospechar el incumplimiento esencial de entregas futuras puede dar lugar a la resolución de todas ellas.
- el incumplimiento esencial de una entrega permite al comprador a la resolución de todas las entregas futuras y pasadas interdependientes.

Estos supuestos de resolución se aplican con preferencia a lo dispuesto en el artículo 51 en los supuestos de incumplimiento parcial en este tipo de compraventas. Pero ello no impide que puedan aplicarse el artículo 51 en lo no contradictorio con el 73, por ejemplo a la hora de resolver todo el contrato en caso de que el incumplimiento sea esencial considerando la totalidad del contrato.

También son posibles otro tipo de remedios no dispuestos expresamente en dicho artículo, como la indemnización de daños y perjuicios o la obligación de notificar la falta de conformidad de la entrega y su resolución en un plazo razonable, en los casos referidos en el párrafo primero. Sin embargo, la aplicación del *Nachfrist* a casos de incumplimiento de alguna de las entregas no es aplicable, o cuando menos, se debe restringir a casos de falta de pago de una letra o falta de entrega de las mercaderías.

TRIGÉSIMO PRIMERA

En el párrafo segundo del artículo 73, se trata un supuesto de incumplimiento parcial relacionado con un incumplimiento anticipado similar a los de los artículos 71 y 72. Si bien el incumplimiento parcial no tiene porqué ser esencial, sí tiene que ser esencial el incumplimiento previsible de las entregas futuras. Tal previsibilidad debe considerarse lo más objetivamente posible,

teniendo como referente el concepto de persona razonable en las mismas circunstancias. No obstante estamos hablando de un nivel de previsibilidad menos exigente que el de los artículos 71 ó 72, puesto que en este caso ya ha existido un incumplimiento.

TRIGÉSIMO SEGUNDA

A diferencia de los párrafos anteriores y del artículo 51, el párrafo tercero se aplicará únicamente en los casos en los que el incumplimiento sea por parte del vendedor. En estos casos la resolución parcial no es sólo de la entrega incumplida, sino la integridad de la unidad comercial. El elemento esencial a tener en cuenta para considerar la interdependencia será el uso que las partes hayan querido dar a tales mercaderías, considerado de forma objetiva, en el sentido referido en el artículo 35, es decir, debe ser conocido por el vendedor, o al menos debe poder haberlo sido por una persona razonable en las mismas circunstancias. En todo caso, debe entenderse que la intención del comprador será como mínimo la de comercializar los productos. La resolución parcial deberá ser notificada en un plazo razonable indicando en la misma los defectos y las entregas que serán resueltas conjuntamente con la incumplida.

Con todo, si la aplicación del párrafo tercero del artículo 73 diera lugar a la resolución de todo el contrato, debe exigirse que el incumplimiento sea esencial de todo el contrato, por razones de proporcionalidad.

TRIGÉSIMO TERCERA

No cabe aplicar las reglas del artículo 73 a los supuestos de compraventa a plazos, en la que no existe una entrega sucesiva de mercaderías, por lo que se aplicarán a esta las reglas generales.

TRIGÉSIMO CUARTA

A través de la CCIM, se ha introducido en nuestro derecho un concepto ajeno a nuestra tradición jurídica: el incumplimiento previsible. Institución que, sin embargo, no nos es del todo extraña, puesto que en la práctica resuelve de forma similar los supuestos que en nuestro derecho dan lugar al adelanto de la fecha de vencimiento de las obligaciones.

El artículo 71 habla de incumplimiento sustancial, no esencial, y limita las causas. En el artículo 72 se habla de incumplimiento esencial, sin limitar la causa de dicha previsión. Ambos conceptos son especies de un mismo género, el del incumplimiento previsible, que consiste en la previsión que hace una de las partes contratantes, a raíz de hechos o circunstancias aparecidas o conocidas entre la celebración del contrato y la fecha de su cumplimiento, basada en datos objetivos que la hacen altamente probable, de que la otra parte no cumplirá con sus obligaciones contractuales.

Las discusiones referentes a los preceptos reguladores de los supuestos de incumplimiento previsible fue larga y pretendió lograr un equilibrio entre la facultad unilateral de suspender o resolver el contrato por una parte, y la posibilidad de ofrecimiento de garantías que eviten aquellas acciones por la otra. Para conseguirlo se objetivaron al máximo los presupuestos de suspensión y resolución anticipada, y se estableció un sistema de notificaciones entre las partes.

La diferencia entre los artículos 71 y 72 se halla en el objeto de su prognosis: el incumplimiento. El artículo 71 se da en el pronóstico de un incumplimiento sustancial, inferior al incumplimiento esencial. El artículo 72 se dará en caso de que se prevea un incumplimiento esencial. Este diferente objeto justifica que la sanción del artículo 72, la resolución del contrato por anticipado, sea mayor que la sanción del artículo 71, la suspensión.

Tanto los incumplimientos previstos como las diferentes sanciones aplicables explican las demás diferencias entre los dos tipos de incumplimiento previsible: el grado de previsibilidad, más exigente en el artículo 72, ya que exige

que sea patente, mientras que en el artículo 71 exige que resulte manifiesto; y la necesidad o no de notificación inmediata, más exigente en el artículo 72, que exige que se realice en un plazo razonable, aunque matiza, “si hubiere tiempo para ello”, mientras que el artículo 71 permite que tal notificación se haga después de adoptada la suspensión.

La sospecha de que determinados hechos o circunstancias van a dar lugar a un incumplimiento, no permite ni suspender si el incumplimiento previsto no es grave. Pero aún siendo grave, únicamente cabe la suspensión y, en su caso, la retención de las mercaderías, si el incumplimiento previsto afecta a una parte sustancial de las obligaciones a causa de un grave menoscabo de la capacidad para cumplir, de la solvencia o de su comportamiento. Si además, el incumplimiento cumple con los requisitos del artículo 25 sobre incumplimiento esencial, la parte puede resolver anticipadamente el contrato.

La distinción entre los supuestos que dan lugar a la aplicación de los artículos 71 y 72 es intencionada en la historia del precepto, pero difícil de aplicar, dada la sutileza de los matices que los diferencian.

Esta difícil distinción práctica implica que los supuestos de incumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones y el incumplimiento esencial sean virtualmente los mismos, con lo cual, aparentemente, la parte que sospecha fundadamente de un incumplimiento grave tiene la posibilidad de optar entre la suspensión y la resolución.

Pero esta identificación no deja de ser una apariencia que puede desmontarse ante los tribunales, que todavía no se han pronunciado sobre los supuestos encuadrables en los artículos 71 y 72. Lo que sí aparece claro es que los supuestos de resolución anticipada son siempre susceptibles de una previa suspensión, pero no al revés, con lo que la persona que resuelve anticipadamente corre el riesgo de que el incumplimiento previsible no sea considerado como esencial, con lo que sería ella la que podría situarse en situación de incumplimiento.

Para garantizar en lo posible que su actuación no degenerará a su vez en un incumplimiento esencial, la parte que sospecha del incumplimiento de su

contraparte, debería optar siempre por la suspensión del contrato, reteniendo las mercaderías él o dando la orden de retención a su porteador, en su caso, con la correspondiente notificación. Tal notificación deberá cumplir simultáneamente con los requisitos que los artículos 71 y 72 exigen, explícitamente o en virtud del principio de razonabilidad, para las respectivas notificaciones. Es decir, deberá contener los motivos de la suspensión, las garantías que se consideran razonables para levantarla, el plazo en que se espera el ofrecimiento de tales garantías, que podrán ser superiores a las dispuestas en el contrato, pero siempre las razonables para atender a los nuevos riesgos y dentro de los límites de la buena fe, y una advertencia de que de no prestarse se procederá a la resolución anticipada del contrato, con lo que indirectamente se cumple con el requisito de que la notificación de la resolución anticipada debe ser previa a dicha resolución.

Con esta manera de obrar, la parte que sospecha del incumplimiento de la otra, no elimina todo su riesgo, puesto que siempre es posible que el incumplimiento previsible no sea considerado como grave por el tribunal. Pero este riesgo se reduce a su vez por el sistema de notificaciones, puesto que de no atenderse tal notificación por el presunto incumplidor en un plazo razonable, este incurriría en uno de los supuestos de incumplimiento esencial y cabría la resolución del contrato. Mientras que si se atendiera, la suspensión se levantaría y el contrato se conservaría, aunque con una novación modificativa de los plazos de cumplimiento no esenciales.

TRIGÉSIMO QUINTA

La definición de incumplimiento esencial es abstracta, y para determinarla no podemos atenernos exclusivamente al artículo 25. La función de este artículo era la de delimitar lo máximo posible la discrecionalidad de los jueces a la hora de calificar un incumplimiento como esencial. En efecto, la jurisprudencia se está sujetando a los criterios de dicho artículo, y además está elaborando la casuística que numerosos ponentes de la Convención reclamaron para dotar a este concepto

de una seguridad jurídica. Pero existen problemas. Para empezar, los jueces no tienen en cuenta, al menos conscientemente, las peculiaridades que implica la interpretación de la CCIM, lo que muchas veces conduce a interpretaciones divergentes. A medio plazo se observa una progresiva tendencia a la unificación de criterios, sobre todo en las interpretaciones de los Tribunales arbitrales de comercio, con excepción de los rusos. Lo más curioso es que, a veces, la convergencia se produce en contra de la voluntad del legislador internacional manifestada en los antecedentes legislativos, a los cuales pocas resoluciones hacen referencia. Con todo, en la mayoría de ocasiones los antecedentes legislativos son lo suficientemente ambiguos, en ocasiones intencionadamente, como para poder amparar un amplio abanico de interpretaciones, confiando, precisamente, en que sea la jurisprudencia internacional la que vaya concretando los criterios a seguir.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional", en *Revista de Derecho Privado* , 1992, p. 257-295 .

ALCOVER GARAU, Guillermo. *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: Derecho español e internacional*. Madrid. Civitas. 1991.

ALPA, Guido / BESSONE, Mario. " Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili", en V.V.A.A. *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*. Milano, 1981.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. "Report of the House of Delegates", *The International Lawyer*, Winter 1984, Vol.18, p. 38-51.

AMISSAH, Ralph. "On the Net and the Liberation of Information that wants to be free". p. 59-76.

ANDERSEN, Camilla Baasch. " Reasonable Time in Article 39(1) of the CISG- Is Article 39(1) Truly an Uniform Provision?", en *Review of the CISG*, 1998, p. 63-176.

AUDIT, en DERAINS, Yves/ GHESTIN, Jacques. *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Actes du Colloque des 1er et 2ème décembre 1989*. LGDJ. 1990. p. 15-34.

AUDIT, Bernard. "Les ventes internationales hors la Convention de Vienne" en PEDAMON (dir.) *La vente éclatée. La diversité de régimes juridiques dans les ventes de marchandises. Colloque de Deauville organisé les 7 et 8 juin 1997 par l'association Droit et Commerce*. p. 112-135.

BABIAK, Andrew. "Defining "Fundamental breach" under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". *Temple International and Comparative Law Journal*. Vol.6 1992.p 113-143.

BÄLZ, Kilian. "Die "Islamisierung" des Rechts in Ägypten und Libyen: Islamische Rechtsetzung im Nationalstaat", en *Rabels Zeitschrift*, Vol.62, 1998. p. 436-463.

BARRERA GRAF, Jorge. "La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el derecho mexicano. Estudio comparativo", en *Anuario jurídico*, 1983. p. 142-163.

BAZINAS, Spiros V. "Case Law on UNCITRAL Texts", en *International Business Lawyer*, July-August 1996, p. 333-335.

BEHR, Volker. "The Sales Convention in Europe: From Problems in Drafting to Problems in Practice", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol.17, 1998, p. 263-299.

BENNETT. "Article 71. Suspension of performance", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention, Milano, 1987.

BENNETT. "Article 72. Avoidance for anticipatory breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS, *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987.

BENTO-SOARES / MOURA RAMOS. *De Contrato de Compra e Venda internacional- Analyse de la Convenção de Viena e das disposições pertinentes do direito portuges*. Coimbra, 1981.

BÉRAUDO, Jean-Paul. "La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux", en *Uniform Law Review*, 1998-2/3, p. 259-273.

BÉRAUDO, Jean-Paul. "La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage", en *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol.5 / N°1-Mai 1994, p. 61-65.

BIANCA. "Art.37. Cure before date or delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS, *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987.

Black's Law Dictionary, Fifth Edition, St. Paul, Minnesota, 1982.

BOE núm. 171, de 19 de julio de 1993; corrección de errores BOE de 9 de agosto de 1993).

BONELL, "article 7. Interpretation", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS, *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987.

BONELL, M. J., "Introduction: History of the Convention. Meaning and purpose of the Convention. Problems concerning the Convention.", in BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS, *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987.

BONELL, Michael Joachim. "Una nuova disciplina in materia di rappresentanza: La Convenzione di Ginevra del 1983 sulla rappresentanza nella compravendita internazionale di merci", en *Rivista di diritto commerciale*, 1983, p. 273-315.

BONELL, Michael Joachim. " The UNIDROIT Principles and CISG", en *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, New York, 1997, p. 61-84.

BONELL, Michael Joachim. "Parties' Autonomy", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. (eds.), Y OTROS, *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987.

BONELL, Michael Joachim. "The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years", en *Revue de Droit Uniforme*, 1997-1, p. 34-45.

BONELL, Michael Joachim. "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", en *Revue de Droit Uniforme*, 1996/2, p. 229-246.

BONELL, Michael Joachim. "UNIDROIT Principles and the Lex Mercatoria", en CARBONNEAU, Thomas (ed.) *Lex Mercatoria and Arbitration*. Kluwer. Dordrecht. 1998. p. 249-255.

BONELL, Michael Joachim /MARI, Alessandra. " Rassegna Giurisprudenziale in tema di vendita internazionale". *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 719-760.

BONELL, Michael Joachim / MARI, Alessandra. "Rassegna giurisprudenziale in tema di vendita internazionale", en *Diritto del commercio internazionale*, Ottobre-Dicembre 1998, p. 1077-1110.

BOTZENHARDT, Bertrand. *Die Auslegung des Begriffs derr wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht*. Peter Lang. Frankfur am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien. 1998.

BRIDGE, Michael G. "The Bifocal World of International Sales: Vienna and Non-Vienna", en *Making Commercial Law-Essays in Honour of Roy Goode*, R. CRANSTON (ed.), Oxford 1997. p. 227-296.

BRYAN A. GARNER. *Black's Law Dictionary*, Seventh edition. Saint Paul, 1999, p. 800.

BURMAN, Harold. "Building of the CISG: International Commercial Law Developments and Trends for the 2000's", en *The Journal of Law and Commerce*, 1998, Vol.17, p. 355-364.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. "Artículo 25" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.

CADIZ, Dante Miguel V. / GONZALEZ III, Joaquín L. "Contract Formation Under the Vienna Sales Convention: Reflections for the Philippines", en *Ateneo Law Journal*, Vol. 39. n °2, 1995.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge. "Artículo 2" y "Artículo 3", en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. (ed.) *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 59-71.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. "Artículo 1", en DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 45-59.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, "Artículo 7" en DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 102-113.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Incoterms 1990*, ICC Publishing S. A., Paris, 1990. n ° 460.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Incoterms 2000*. Comité español de la CCI, Barcelona, 2000., n ° 560.

CARBONE, S. M. "L'ambito di applicazione de i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1980, p. 513-531.

CATALANO, John M. "More Fiction than Fact: The Perceived Differences in the Application of Specific Performance under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Tulane Law Review*, Vol.71, año 1997, p. 1807-1834.

Center for Comparative and Foreign Law Studies http://soi.cnr.it/~crdcs/crdcs/case_law.htm

CHEW-MING CHANG, Canice. "In the Aftermath of Tiananmen Square", en *International Financial Law Review*, August, 1989.

CISG-Brasil database <http://www.uff.br/cisgbrasil/>

CISG-España y Latinoamérica database <http://www.uc3m.es/cisg/>

CISG-Finland database <http://www.law.utu.fi/xcisg/cisg.htm>

CISG-France database <http://Witz.jura.uni-sb.de/CISG/>

CISG-Israel <http://www.biu.ac.il/law/cisg/>

CISG-Japan <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~sono/cisg/english.htm>

CISG-Rabel Website <http://www.cisg-online.ch/>

CLEMENTE MEORO, Mario. La resolución de los contratos por incumplimiento. Valencia, 1992.

CLINTON-DAVIS/STEYN. "Sale of Goods Ammendment Bill" en el *Diario de la Cámara de los Lores del Reino Unido*, del 3 de mayo de 1995, p. 1457-1463.

COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW. *The Principles Of European Contract Law* . København, 1998.

CONSÉIL FÉDÉRAL SUISSE. *Message du Conséil fédéral relativ à la ratification de la Convention de Vienne*,

CONSEJO DE ESTADO. Informe del Consejo de Estado de 16 de marzo de 1989.

CORTES GENERALES. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. IV Legislatura. Serie C. 30 de marzo de 1990. Núm. 35-2.

CORTES GENERALES. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. IV Legislatura. Serie IV. 23 de mayo de 1990. Núm. 26.

CORTES GENERALES. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. IV Legislatura. Serie IV. 4 de junio de 1990. Núm. 26 (c).

CORTES GENERALES. *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado*. IV Legislatura. Núm. 21. Año 1990.

CORTES GENERALES. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. IV Legislatura. 13 de junio de 1990. Núm. 26 (d).

CORTES GENERALES. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*. Año 1990. IV Legislatura. Núm. 50. 27 de marzo de 1990.

CORTES GENERALES. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*. Año 1990. IV Legislatura. Núm. 32.

CZERWENKA, en HERBER, Rolf/ CZERWENKA, Beate. *Internationales Kaufrecht. UN-Übereinkommen über die Verträge über den internationalen Warenkauf. Kommentar*. Ed. Beck's. München, 1991.

D. HASCHER. Comentario del laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional n ° 8128 de 1995, en *Journal de Droit International* 1996, p. 1024-1028, citando a J.HUET, "Vente internationale de marchandises" *J.-Cl Commercial*, Fasc. 474, 1995; y a WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, *L.G.D.J.*, 1995, p. 94.

DATE-BAH, Samuel K. "Vienna Sales Convention 1980 - Developing Countries Perspectives", en *Current Developments in International Transfers of Goods and Services*, The Faculty of Law. National University of Singapore. 1994, p. 87-102.

DAWWAS, Amin. *Impediments affecting Performance of the contractual obligation under CISG, Islamic Law and the Jordanian Civil Law*. Druckladen, Erlangen - Germany 1996.

DE NOVA, Giorgio. "Dal principio di conservazione al *favor contractus*", en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Milano. 1998, p. 306-307.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid, 1985.

DERAINS, Yves. "La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat", en *International Business Law Journal*, n° 4, 1996, p. 514-530.

DERAINS, Yves/ GHESTIN, Jacques. *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Actes du Colloque des 1er et 2ème décembre 1989*. LGDJ. 1990.

DI MATTEO, Larry A. "Resolving International Contract Disputes", en *Dispute Resolution Journal*, november 1998, p. 75-79.

DIEDRICH, Frank. "Maintaining uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG", en *Pace International Law Review*, Vol. 8, 1996, p. 303-338.

DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis ed. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid. Civitas. 1998.

DÍEZ-PICAZO, Luis / GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Instituciones de Derecho civil*. Volumen I, Madrid, 1995.

DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Vol. I. Madrid.

DOCE núm. L 48, de 20 de febrero de 1989, p. 1 y ss.

DOCE C 158/401 de 26 de junio de 1989: Resolución de 26 de mayo de 1989.

DOCE C 205/518, Resolución de 6 de mayo de 1994.

DONG SUK, K. "The Vienna Convention and its Adoptability in Korea", en *Korean Forum on International Trade and Business Law Board*, 2, (1993).

EISELEN, Sieg. "Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa", en *South African Journal*, Part II (1999).

ENDERLEIN, Fritz. "Vienna Convention and Eastern European Lawyers", en *International Sales Law Quarterly*, June 1997.

ENDERLEIN, Fritz / MASKOW, Dietrich / STARGARDT, Monika. *Kommentar. Konvention der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf. Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf. Protokoll zur Änderung der Konvention über die Verjährung beim internationalen Warenkauf*. Berlin. 1985.

EÖRSI, Gyula. "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the international Sale of Goods", en *American Journal of Comparative Law*, n °31, 1983, p. 333-350.

EVANS, "Preamble", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS., *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987.

FAKES, Arthur. "The application of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods to Computer, Software, and Database Transactions". en *Software Law Journal* 1990, p. 583 y ss.

FARNSWORTH, E. Allan. "The American Provenance of the UNIDROIT Principles", en *Tulane Law Review*. Vol.72. 1998. p. 1984-1994.

FARNSWORTH, E. Allan. "Goodfaith in Contract Performance", en *Good Faith and Fault in Contract Law*, Claredon Press, Oxford, 1997, p. 153-170.

FELTHAM. "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". 1981, p. 346-361.

FERRARI, Franco. "Brevi considerazioni critiche in materia di interpretazione autonoma de applicazione uniforme della Convenzione di Vienna", en *Rivista di diritto civile*, 1998, p. 81-98.

FERRARI, Franco. "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law", en *Essays on European Law and Israel*, 1996, p. 511-554.

FERRARI, Franco. "Principi generali inseriti nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme: l'esempio della vendita, del *factoring* e del *leasing* internazionali", en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*. Milano.1998, p. 125-143.

FERRARI, Franco. "CISG Article 1(1)(b) and related matters: Brief remarks on the occasion of a recent Dutch Court decision", en *NIPR*, jrg.13(1995), p. 317-328.

FERRARI, Franco. "Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen", en *Juristische Zeitschrift*, 1/1998, p. 9 y ss.

FLECHTNER, Harry M. "Recent developments: CISG. More US decisions on the U. N. Sales Convention. Scope, parol evidence, "validity" and reduction of price under art.50". *Journal of Law and Commerce* Vol.14. 1995. p. 153-176.

FLECHTNER, Harry M. "The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol. 17, 1998, p. 187-217.

FLESSNER / KADNER. "CISG ?", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1995, p. 347-350.

FONTAINE, Marcel. "Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et règles de l'art dans les contrats internationaux", en *Droit des Affaires Internationales*, n°8-1998, p. 983-1027.

GALINDO DA FONSECA, Patrícia. "O Brasil perante una nova perspectiva de direito mercantil internacional", en *Revista Forense*, Vol. 341,1998, p. 194-211.

GALINDO DA FONSECA. "Breves comentários sobre a convenção de Viena de 1980", en <http://CISGw3.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff/palestra.html>.

GARRO, Alejandro M. "The Gap-filing Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG", en *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995, p. 1149-1190.

GARRO, Alejandro. "Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidades", en *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*. Madrid, 1993. p. 344-397.

GARRO, Alejandro M. "La Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino", en *La Ley. Revista jurídica Argentina*, 1985, A-D.

GARRO / ZUPPI. *La compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, 1990.

Gesetz zu dem Übereinkommen vom 11.April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19.Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR), en STAUDINGERS/

MAGNUS, Ulrich. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin. 1994.

GHESTIN, Jacques. "Les obligations du vendeur", en DÉRAINS / GHESTIN. *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms. Actes du Colloque des 1er et 2 de cembre 1989*. Paris 1990, p. 85-115.

GHESTIN, "Conformité et garantie dans la vente", en DERAINS, Yves / GHESTIN, Jacques. *La Convention de Vienne su la vente internationale et les incoterms*. Paris. 1990.

GODERRE, Diane Madeleine. "International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention", en *University of Cincinnati Law Review*, 1997, Vol.66, n°.1, p. 257-281.

GOODE, Royston M." The Concept of "Good Faith" in English Law", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*. Rome 1992, No. 2.

GORDLEY, James. "Comparative Legal Research : Its Function in the Development of Harmonized Law". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. XLIII, 1995, n° 4, p. 555 - 567.

GUOJIAN, Xu. *Anwendungsprobleme des chinesischen internationalen Kaufrechts*. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien. (Lang).1994.

HALBHUBER, Harald. "Article 25 CISG: The Problem of Finding a Uniform Meaning in a Uniform Wording", en *European Contract Law*, AA 43 (1994) 6.

HARTKAMP, A. S. "The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Comparability and Evaluation. Essays in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, Dordrecht (Nijhoff), 1994, 85-98.

HARTWIEG, Oskar. "Prozesualle Aspekte einheitlicher Anwendung der Wiener UN-Konvention über den Internationalen Warenkauf (CISG)", en *ZVglRWiss* 92(1993), p. 282-325.

HELLNER, Jan. "Gap-filling by Analogy. Article 7 of the U.N. Sales Convention in its Historical Context", en *Festschrift till Lars Hjerper. Studies in International Law*. Norstedts Verlag. Stockholm. 1990. p. 219-233.

HELLNER, Jan. "The Vienna Convention and Standard Form Contracts", en VOLKEN, Paul / SARCEVIC, Petar. *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*. New York, London, Rome, 1986.

HERBER, en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Tra. Thomas, Geoffrey. Oxford University Press, New York, 1998.

HERBER, Rolf. "Artikel 7. Auslegung des Übereinkommens und Lückenfüllung", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München. 1995.

HERBER, Rolf. "Präambel", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München. 1995.

HERBER, Rolf. "Anwendungsausschlüsse", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München, 1995.

HERBER, Rolf. "Sachliche Geltungsbereich", en CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*. München. 1995.

HERBER, Rolf/ CZERWENKA, Beate. *Internationales Kaufrecht. UN-Übereinkommen über die Verträge über den internationalen Warenkauf. Kommentar*. Ed. Beck's. München, 1991.

HOLTHAUSEN, Rüdiger. "Die wesentliche Vertragsverletzung des Verkäufers nach Art.25 UN-Kaufrecht", en *RIW*, 1990, Heft 2 , p. 101-107.

HONKA, Hannu. " Harmonization Of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective". *Tulane European and Civil Law Forum*. Vol. 11, 1996. Tulane Law School.

HONNOLD, John O. "Symposium - Ten Years of the United Nations Sales Convention. The Sales Convention: From Idea to Practice", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol.17, 1998, p. 181-186.

HONNOLD, John O. "Uniform Laws for International Trade: Early "Care and Feeding" for Uniform Growth", en *International Trade and Business Law Journal*, Vol.1, May 1995, p. 1-10.

HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Deventer-Boston, 1991.

HONNOLD, John O. "Cure up to date for delivery", en *Uniform Law for International Sales*. Deventer, Boston, 1991.

HONNOLD, John O. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands. 1989.

HONNOLD, John O. *Uniform Law for international Sales. Under the 1980 United Nations Convention*. Ed. Kluwer. Deventer, The Netherlands, 1982.

HUBER. Peter. "Article 46", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998.

HUBER, Peter. "Article 48", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998.

HUBER, Peter. "Article 49", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 1998.

HUBER. Peter. "Article 51", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998.

HUBER, Ulrich. "Right of Stoppage in Transitu und deutsches Konkursrecht", en *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975*. (de Gruyter) Berlin, New York, 1975, p. 253-273.

HUTCHINSON, Vanessa Natalie. "The Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods - A Jamaican Perspective".

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. "La primera sentencia del TS sobre la Convención de Viena de 1980: una cuestión de vigencia", en *Derecho de los Negocios*, Año 8, n ° 81, 1997. p. 87-89.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW. *Principles of International Commercial Contracts*. Rome 1994.

JAYME, Erik. "International Sales Contracts", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS., *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, 1987.

KAGAYAMA, Shigeru. "A Comparative Study of the Japanese Civil Code and CISG", en <http://www.law.osaka-u.ac.jp/~kagayama/Expert/Civ-CISG/CivCISG.html>.

KAROLLUS, Martin. "Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994", en *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1995, p. 51-94.

KHOO, Warren. " Goods to be produced and services", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS.

KHOO, Warren. "Exclusions from Convention", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS.

KHOO, Warren. "Product liability", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS.

KHOO, Warren. "Questions to be covered by Convention", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS.

KLOTZ, James M. *International Sales Agreements. An Annotated Drafting and Negotiation Guide*, Aurora, Ontario, 1997.

KNESSET. Ley de Compraventa de Israel, n ° 5760 de 1999, aprobada por el *Knesset* el 25 de octubre de 1999 y en vigor desde el 5 de febrero de 2000.

KOCH, Robert. "The Concept of Fundamental Breach of Contracts under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Review of the convention of contracts for the international sale of goods (CISG)*, 1999, p. 177-354.

KRITZER, *Guide to practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods*, New York. 1990.

LANDO, Ole / BEALE, H. *The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*. Dordrecht. 1995.

LANDO, Ole. "Principles of European Contract Law. A First Step Towards a European Civil Code?", en *International Business Law Journal*, n°2-1997, p. 189-202.

LANSNER, Ruth L. "Documenting International Sales Transaction - The Contract of Sale", (comunicación presentada en el International Bar Association Meeting, celebrado en Paris el 20 de septiembre de 1995).

LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Jaén. 1978.

LEE, Rick K. "Foreseeability on Damages Under CISG and US Contract Law", en Wanguo falu (Foreign Trade Review), Taipei, 1994.

LESER. "Artikel 73", en Von CAEMMERER / SCHLECHTRIEM. *CISG*, 2ª edición, München, 1995.

LESER. "Article 71", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998.

LESER. "Article 72", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998.

LESER. "Article 73", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998.

LEVASSEUR, Alain A. "The Civil Code of Quebec and the Vienna Convention on International Contracts for the Sale of Goods: some Comments", en *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec. Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991*, Cowansville (Québec), 1992, 269-284.

LOEWE, Roland. "Kaufrechtsübereinkommen - Lückenfüllung durch nichtamtliche Kodifikationen", en *Transport und Vertriebsrecht 2000. Festgabe für Professor Dr. Rolf Herber*, p. 7-19.

LOEWE, Roland. *Internationales Kaufrecht*, Wien, 1989.

LOOKOFSKY, Joseph M. "International Sales Contracts: A Scandinavian View", en: Blume, Peter/Tamm, Detlev/Vindelov, Vibeke (eds.), *Suum Cuique. Legal Studies from the University of Copenhagen Law Faculty*. Copenhagen: Jurist-og Økonomforbundet, 1993, p. 176-183.

LÓPEZ LÓPEZ, Ángel. "artículo 37" en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.

LÓPEZ LÓPEZ, Ángel. "Artículo 48", en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 433.

MAGNUS, Ulrich. "Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law, Principles of International Commercial Contracts", en *Pace International Law Review* Vol. 10, 1998, p. 89-95.

MAGNUS, Ulrich. "General Principles of UN-Sales Law", en *International Trade and Business Law Annual*, Australia, 1997, p. 33-56.

MAGNUS, Ulrich. "Die Allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht", en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1995, p. 469-494.

MAGNUS, Ulrich. "Wiener UN-Kaufrecht (CIM) en STAUDINGERS, J. von. *Kommentar zum Bürgerlicher Gsetabuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*. Dreizehnte Bearbeitung, Sellier-de Gruyter, Berlin, 1994.

MANN, F. A. "Uniform statutes in English Law", en *The Law Quarterly Review*, Vol.99, July 1983, p. 376-406.

MARTINS COSTA, Judith. " Os princípios informadores de contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980", en Borba Casella, Paulo. *Contratos internacionais e Dierito Economico no Mercosul*, (LTr.) Sao Paulo 1996.

MICHIDA, Shinichiro. "Cancellation of Contract", en *American Journal of Comparative Law*, Vol.27, 1979, p. 279-289.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DES PAYS-BAS. *Actes et documents de la Conférence Diplomatique sur l'Unification du Droit en matière de la vente internationale. La Haye, 2-25 avril 1964*. Ed. Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye. 1966. Tome I.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DES PAYS-BAS. *Conférence Diplomatique sur l'unification du droit en matière de la vente internationale. La Haye, 2-25 avril 1964. Actes et documents de la Conférence. Tome II-Documents*. La Haye, 1966.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. Informe de la Dirección General de Organizaciones y Conferencias Internacionales del Ministerio de Asuntos Exteriores, e informe del Gabinete de Tratados de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores.

MONTAÑEZ PEREZ, Javier Gonzalo. "Normatividad sobre el contrato de compraventa internacional", en *Temas socio-jurídicos*, p. 89-103.

MORÁN BOVIO (Coor.). *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Pamplona. 1998.

MOORE, David H. "The United States Parol Evidence Rule under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". *International Trade and Business Law Annual*. May 1997, Vol. III, p. 57-79.

MORALES MORENO, Antonio Manuel. "artículo 37" en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Comentario de la Convención de Viena*. Ed. Civitas. Madrid, 1998.

MOSES, Margaret L. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *New Jersey Lawyer*, May/June 1992, p. 36-39.

MURRAY, John E. "The Neglect of CISG: a Workable Solution", en *The Journal of Law and Commerce*, Vol.7, 1998, p. 365-379.

MUSGER. "Die wesentliche Vertragsverletzung - Probleme des art.25 WKR und Parallelen im österreichischen Recht", en *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut der Universität des Saarlandes*, Saarbrücken, 1989, Nr. 168.

NEUMAYER, Karl H. y MING, Catherine. *La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*. Edité par François Dessemontet. Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne. Lausanne, 1993.

NSIE, Etienne. "La formation du contrat de vente commerciale en Afrique. Analyse du Titre II du Livre V de l'Acte unifrome de l'OHADA relatif au droit commercial général", en *Penant. Revue de droit des pays d'Afrique*, N° 829, janvier à avril 1999, p. 5-19.

OLAVO BAPTISTA, Luiz. "Unificação internacional e harmonização do direito no campo das sociedades multinacionais", en *Revista de Direito Civil. Imobiliario, Agrario e Empresarial*, ano 6 Julho/Setembro/1982.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. <http://www.uncitral.org>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. I: 1968-1970*. Nueva York, 1971.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its second session (1968), Yearbook UNCITRAL I(1968-1970)*, New York, 1971.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Yearbook UNCITRAL, 1970*, Vol. II, New York, 1971.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional I (1968- 1970)*, Nueva York, 1971.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la UNCITRAL, Volumen I, 1971*. Nueva York. 1972.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *UNCITRAL Yearbook, Voumen II, 1971*, New York, 1972.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Volumen V. 1974*. Nueva York. 1976.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Asamblea General. A/CN.9/98, 6 de febrero de 1975.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la UNCITRAL, Volumen VI, 1975*. Nueva York. 1976.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *UNCITRAL Yeabook, Vol. VI, 1975*, New York, 1976.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Vol. VII, 1976*, Nueva York, 1977.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Yearbook UNCITRAL*, 1977, Vol. VIII, New York, 1978.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Volumen VIII. 1977. Nueva York. 1979.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Yearbook UNCITRAL*, 1978, Vol. IX, New York, 1979.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Vol. X, 1979, Nueva York, 1980.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Conférence des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises. Vienne, 10 mars - 11 avril 1980. Documents Officiels. Documents de la Conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales*. Nations Unies, New York, 1981.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 1988, Vol. XIX, Nueva York, 1989.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Yearbook UNCITRAL*, 1988, Vol. XIX, New York, 1989.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Informe del Programa de las NU para el Desarrollo, resumido en *El País* de 12 de julio de 1999 y en *El Mundo*, de misma fecha.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. <http://www.wto.org>

Pace University School of Law database <http://www.cisg.law.pace.edu/>

PEDAMON, Michel. "Exposé introductif", en PEDAMON (dir.) *La vente éclatée. La diversité de régimes juridiques dans les ventes de marchandises. Colloque de Deauville organisé les 7 et 8 juin 1997 par l'association Droit et Commerce*.

PERALES VISCASILLAS, M. del Pilar, "Una aproximación al artículo 7 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. (Aplicaciones concretas en la parte II de la Convención)" en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n ° 16, abril de 1995. p. 55-88.

PIERRE, Vivica. "What do Farmers impliedly Warrant when they sell their Livestock: a Comparison of the Uniform Commercial Code, the Louisiana Civil Code, and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Southern University Law Review*, Vol.19, 1992, p. 357-402.

PILTZ, Burghard. "El ámbito de aplicación de la CISG". *La ley*. nº3 (1992), p. 942-949.

PUGET, Fanny. "Le navire et la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Quelques reflexions", en *Annuaire de droit maritime et aéro-spatial. Études en hommage au Professeur Mircea Mateesco-Matte*. Tome XII, 1993, p. 299-305.

RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*. Berlin. Leipzig. Walte de Gruyter & Co. 1936.

RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*. Walte de Gruyter & Co. Mohr. Berlin. Tübingen. 1958

RABINOWITZ, Daniel. "Implications of South Africa's Accesion to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *Lex Mundi World Reports*. Supplement No. 30, December 1993. p. 1-129.

RAJSKI, Jerzi. "Establecimiento" en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS.

RAKOFF, Todd D. "The implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and 'Situation Sense'", en *Good Faith and Fault in Contract Law*, Claredon Press, Oxford, 1997, p. 191-228.

RAMBERG, Jan. "The New Swedish Sales Law", en <http://soi.cnr.it/>

RAMBERG, Jan. "Autonomy of Contract and Non-Mandatory Law", en *Scandinavian Studies in Law*, 1993, Vol. 37, p. 143-155.

RAWLINS, Hugh A. "Aspects of the UNCITRAL Regimes for Procurement and for International Commercial Arbitration, and Government International Commercial Contracts in the Commonwealth Caribbean", en *Caribbean Law Review*, June 1997, p. 214-269.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, 20 edición. 1984.

REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional*. Mc Graw Hill. Madrid. 1997.

REINHART, Gert. *UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über den internationalen Warenkauf*. Heidelberg. 1991.

REPÚBLICA POPULAR CHINA. Ley de Contratos de la República Popular China, aprobada el 15 de marzo de 1999.

RIESE, Otto. "Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts", en *RabelsZ*, 22, 1957, p. 39-40.

RIESE, Otto. "Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964", en *RabelsZ*, 29, 1965, p. 1-223.

ROTH, Marianne / HAPP, Richard. "Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law", en *Uniform Law Review*, 1997-4, p. 703 y ss.

RYAN, Lisa M. "The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: divergent interpretations", en *Tulane Journal of International and Comparative Law* Vol.4, Winter 1995, p. 99-118.

SAMSON, Claude. "Exportation de biens et de services: La convention des nations unies sur la vente interationale de marchandises". en *Conférence Meredith Lectures 1993. Les transactions transfrontalières de marchandises*. Faculté de droit, Université McGill. Cowansville, Québec. 1994.

SCHEVEN, Michael, *Der Sukzessivlieferungsvertrag - Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht, zum Haager Einheitlichen Kaufrecht und zum UN-Kaufrecht*. Frankfurt am Maine, 1984.

SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Traducción: THOMAS, Geoffrey. Oxford University Press, New York, 1998.

SCHLECHTRIEM, Peter. "Good faith in German Law and in International Uniform Laws", *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*. Rome 1997. n ° 24.

SCHLECHTRIEM, Peter. *Internationales UN-Kaufrecht*. Tübingen 1996.

SCHLECHTRIEM, Peter. "Wesentliche Vertragsverletzung", en CAEMMERER, Ernst von / SCHLECHTRIEM, Peter. *Kommentar zu einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, 1995.

SCHLECHTRIEM, Peter. Comentario de la sentencia del Bundesgerichtshof, de 8 de marzo de 1995, en *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, Art.35 CISG 1/1995, p. 569-570.

SCHLECHTRIEM, Peter / MAGNUS, Ulrich. *Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG. Eine Sammlung belgischer, deutscher, italienischer, israelischer und niederländischer Entscheidungen zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen*. Baden-Baden. Nomos. 1987.

SCHMITTHOFF, Clive M. *Schmitthoff's Export Trade. The Law & Practice on International Trade*. London. 1990

SCHWENZER. "Article 35", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. Oxford, 1998.

SCHWENZER. "Seller's obligations. Article 37", en SCHLECHTRIEM, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford, 1998.

SHALEV, Gabriela. "International Sale of Goods between Europe and Israel", en *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem, 1996, p. 1113-1121.

SHEN, Jianming. "The Remedy of Requiring Performance under the CISG and the Relevance of Domestic Rules", en *Arizona Journal of Comparative Law*, Vol.13, No. 2, 1996, p. 255-306.

SONO, Kazuaki, "The Vienna Sales Convention History and perspective", en SARCEVIC/VOLKEN (eds.), *International Sale of Goods*. Dubrovnik Lectures, New York, London, Rome, 1986.

SONO, Kazuaki. "The Vienna Sales Convention History and perspective", en SARCEVIC/VOLKEN (eds.), *International Sale of Goods*. Dubrovnik Lectures, New York, London, Rome, 1986.

TALLON, Denis. "Le concept de bonne foi en droit français du contrat". *Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero*. Rome 1994, No. 15.

TALLON / HARRIS. *Le contrat aujourd'hui: Comparaisons franco-anglaises*. Paris, 1987, p. 208 y ss.

THIEFFRY, Jean. "La convention de Vienne et les contrats de distribution", en *D.C.P.I.*, 1993, Tome 19, n.1, p. 62-68.

THIEFFRY, Patrick. "Sale of Goods Between French and U.S. Merchants: Choice of Law Considerations Under the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", en *International Law Review*, 1988, n °22, p. 1017-1021.

TODGHAM, Cyndee B. "GPL Treatment Ltd. v. Louisiana-Pacific Corporation: A Warning Call to Canadian Lawyers", en *Canadian International Lawyer*, Vol.2 No.2, 1997.

TUNC, André. "Commentaire sur les Conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et la Formation du contrat de vente. *Conférence Diplomatique ... La Haye, 2-25 avril 1964. Tome I - Actes*. La Haye, 1966, p. 370 y ss.

UNCITRAL <http://www.uncitral.org>

UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law - *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994.

Universidad de Tromso database <http://lexmercatoria.net>

VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás. "The interpretation of the 1980 Vienna Convention on International Sales", en *Diritto del Commercio Internazionale*, Aprile-Giugno 1995, p. 377-399.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás. *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión jurisprudencial*. Navarra. 2000.

VAN DER VELDEN, F. J. A. "The Law of International Sales: The Hague Convention and the Uncitral Uniform Sale Code 1980 - Some Main Items Compared", en VOSKUIL WADE (ed.), *Hague Zagreb Essays 4*, The Hage (Nijhoff), 1983, 64 y ss.

VOLKEN, Paul. " The Vienna Convention - Scope, Interpretation and Gap-filling", en SARCEVIC, Petar / VOLKEN, Paul. *International Sale of Goods. Dubrovnik Lectures*, New York, London, Rome, 1986, p. 38 y ss.

West's Californian Codes. Commercial Code. 1990 Compact Edition. St. Paul, Minnessota. 1990.

WILL, Michael R. "Fundamental breach", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS.

WILL, Michael R. Comentario de la Sentencia n ° C/21501/96-10 del Tribunal de Première Instance de Genève (Suiza) de 14 de marzo de 1997, y de la Sentencia n ° ACJC/1230/1997 de la Chambre Civile de la Cour de Justice de Genève (Suiza), en *Schweizerische Juristen Zeitung* 94 (1998) n ° 6, p. 146 y ss.

WILL, Michael R., *The International Sales Law under CISG. The First 555 Decisions*. Genève. 1998.

WILL, Michael R. *Twenty Years of International Sales Law Under CISG. International Bibliography and Case Law Digest*. Deventer, 2000.

WILL, Michael R. "Article 48. Cure after date of delivery", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS. *Commentary on the international Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano, 1987.

WILL, Michael R. "Article 51", en BIANCA, C. M.; BONELL, M. J.(eds.), Y OTROS.

WINSHIP, Peter. "The Scope of the Vienna Convention on the International Sale Contracts" en GALSTON, Nina M./SMIT, Hans. (ed.) *International Sales. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Ed.Mathew Bender & Co. New York. 1984.

ZAMIR, Eyal. "European Tradition, the Conventions on International Sales and Israeli Contract Law", en *European Legal Traditions and Israel*, p. 499-511.

ZELLER, Bruno. "CISG and China", en *CISG and China. Theory and Practice. An intercontinental Exchange. Schriftenreihe deutscher Jura-Studenen in Genf*, n°18, 1999, p. 7-22.

ZHANG, Yuqing. *Uniform Commercial Law in the Twenty-First Century. Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on the International Trade Law. New York, 18-22 May 1992*. New York, 1995. p. 41-47.

ZIEGEL, J. S. "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", en GALSTON / SMIT (ed.), *International Sales*, New York (Matthew Bender), 1984.

ZUPPI, Alberto. "La jurisprudence sur la Convention de Vienne en Amérique latine", en BETTSCHART, Sébastien. *Les ventes internationales*. Lausanne. CEDIDAC. Vol.36. 1998, p. 32 y ss.

ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE, Jaime. Informe a petición del Ministro de Justicia a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, efectuada el 26 de mayo 1988.

RESOLUCIONES

ALEMANIA

Landsgericht Biefeld, 23 de junio de 1989, en *Iprax* 1990, p. 315-316.

Landgericht Heidelberg, n ° O 42/92, de 3 de julio de 1992, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/38.htm>

Landgericht Stuttgart, de 31 de agosto de 1989, en *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1989, p. 984-985.

Landgericht Aachen, 3 de abril de 1990, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1990, p. 491-492).

Landgericht Frankfurt am Main, n ° 3/13 O 195/89, de 2 de mayo de 1990.

Landgericht Frankfurt, n ° 3/13 O 125/89, de 2 de mayo de 1990,

Landgericht Hamburg, 26 de septiembre de 1990, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1990, p. 1015-1019).

Amtsgericht Ludwigsburg, n ° 4 C 549/90, de 21 de diciembre de 1990, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/134.htm>

Landgericht Biefeld, n ° 15 O 201/90, de 18 de enero de 1991, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/urteile/text/174.htm>

Amtsgericht Frankfurt am Main, de 31 de enero de 1991, (*Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1991, p. 345).

Landgericht Baden-Baden, n ° 4 O 113/90, de 14 de agosto de 1991, en *IPRspr*, 1991, n °39, p. 77.

Landgericht Frankfurt n ° 3/11 O 3/91, de 16 septiembre de 1991, *RIW* 1991, p. 952-954.

Oberlandesgericht de Frankfurt n ° 5 U 164/90 de 17 de septiembre de 1991, comentada en BEHR, Volker. "Commentary to *Journal of Law & Commerce* Case I.

Oberlandesgericht Koblenz, 16 de enero de 1992, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1992, p. 1019-1021).

Landgericht Krefeld, en sentencia de 28 de marzo de 1992.

Landgericht Düsseldorf, n ° 31 O 223/91, de 9 de julio de 1992, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/42.htm>

Oberlandesgericht Hamm, n ° 19 U 97 / 91, de 22 de septiembre de 1992, en WITZ, Claude. *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale. (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980.* Paris. 1995, p. 142-147.

Landgericht Berlin, n ° 99 O 123/92, de 30 de septiembre de 1992, en UNILEX 1995 / II, D. 1992-21.

Landgericht Frankfurt am Main, n ° 3/3 37/92, de 9 de diciembre de 1992.

Landgericht Krefeld de 15 de diciembre de 1992.

Landgericht Darmstadt, n ° 14 O 165/92, de 22 de diciembre de 1992, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/177.htm>

Oberlandesgericht Düsseldorf, 17 U 82/93, de 8 de enero de 1993. *IPRax*, 1993, p. 390.

Landgericht Dusseldorf, 37 O 169/92, de 22 de marzo de 1993.

Oberlandesgericht Düsseldorf, 12 de marzo de 1993, (*UNILEX 1996/I*, 1993-6.1).

Landgericht Krefeld, n ° 11 O 210/92, de 28 de abril de 1993, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/101.htm>

Landgericht München I, n ° 15 HKO 19978 / 91, de 24 de mayo de 1993.

Oberlandesgericht Düsseldorf, 2 de julio de 1993, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1993, p. 845-846).

Oberlandesgericht Koblenz, de 17 de septiembre de 1993, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1993, p.934-938).

Landgericht Hamburg, n ° 404 O 175/92, de 5 de noviembre de 1993, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/215.htm>

Langericht München I, 8 de noviembre de 1993.

Landgericht Köln, de 11 de noviembre de 1993.

Oberlandesgericht Dusseldorf, n ° 6 U 298/92, de 18 de noviembre de 1993, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/92.htm>.

Oberlandesgericht Dusseldorf, n ° 17 U 146/3, de 14 de enero de 1994, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/119.htm>

Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n ° 5 U 15/93, de 18 de enero de 1994, en NJW, 1994, p. 1013-1014.

Kammergericht Berlin de 24 de enero de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1994, p. 683-684).

Oberlandesgericht Düsseldorf, n ° 6 U 119/93, de 10 de febrero de 1994, en *RIW*, 1994, p. 1050-1051.

Oberlandesgericht Köln, de 22 de febrero de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1994, p. 972).

Oberlandesgericht München, sentencia n ° 7 U 4419 / 93, de 2 de marzo de 1994, en *RIW*, 1994, Heft 7, p. 595-597,

Oberlandesgericht Frankfurt am Main, n ° 13 U 51/93, de 8 de marzo, en *RIW*, 1994, p. 593-595.

Oberlandesgericht Frankfurt am Maine, de 20 de abril de 1994 (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1994, p. 593-595).

Oberlandesgericht Köln, 26 agosto 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft* , 1994,p. 970-972).

Oberlandesgericht Hamburg, n ° 5 U 224/93, de 14 de diciembre de 1994, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/216.htm>

Oberlandesgericht München, n ° 7 U 1720/94, de 8 de febrero de 1995, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/143.htm>

Oberlandesgericht Hamm, n ° 11 U 206/93, de 8 de febrero de 1995, en *Recht des Internationalen Wirtschaft*, 1997, p. 153-155 y en *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, 1996, p. 197-199.

Bundesgerichtshof, en sentencia n ° VIII ZR 18/94, de 15 de febrero de 1995, en *R/W*, 1995, p. 505-506.

Bundesgerichtshof, n ° VIII/ZR 159/94, de 8 de marzo de 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, 595-597).

Landgericht Landshut, n ° 54 O 644/94, de 5 de abril de 1995, en *UNILEX 1995 / II E.* 1995-12.

Amtsgericht Alsfeld 12 mayo 1995, (*Neue Juristische Wochenschrift-RR* 1996, p. 120-121),

Oberlandesgericht Hamm, de 9 de junio de 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 689-690.

Amtsgericht München 23 junio 1995, (*UNILEX 1996/I*, 1995-17.3).

Oberlandesgericht Stuttgart, 21 agosto 1995, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, p. 943-944)

Landgericht Hamburg, n ° 419 O 85/95, 2 de octubre de 1995.

Landgericht Düsseldorf, 11 de octubre de 1995, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/CISG/urteile/text/180.htm>.

Landgericht Koblenz, n ° 3 Ho 188/94, de 29 de noviembre de 1995.

Shiedsgericht des Handelskammer Hamburg, de 21 de marzo de 1996, en *NJW*, 1996, p. 3229-3232.

Landgericht Oldenburg, n ° 12 O 2541/95, de 27 de marzo de 1996, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/188.htm>

Bundesgerichtshof, de 3 de abril de 1996 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 2364-2367).

Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 de julio de 1996, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 958).

Oberlandesgericht Koblenz n ° 12 U 31/96, de 31 de enero de 1997, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr/cisg/urteile/text/256.htm>.

Oberlandesgericht Koblenz, n ° 2 U 31/96, de 31 de enero de 1997, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/256.htm>

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, n ° 1 U 167/95, de 28 de febrero de 1997, *Forum des Internationales Rechts*, 2 (1997), p. 168-171.

Oberlandesgericht Düsseldorf, n ° 6 U 87/96, de 24 de abril de 1997, en *Forum des Internationales Rechts*, 1997, p. 61.

Bundesgerichtshof, n ° VIII ZR 300/96, de 25 de junio de 1997, en *NJW*, 1997, p. 3311.

Oberlandesgericht Köln, 21 de agosto de 1997, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/CISG/urteile/text/290.htm>.

Oberlandesgericht München; 7 U 4427/97, de 11 de Marzo de 1998, (*Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 549).

Hanseatisches Oberlandesgericht, de 5 de octubre de 1998.

Hamburger Freundschaftliche Arbitrage, de 9 de diciembre de 1998, en *RIW*, 1999, p. 394.

Bundesgerichtshof (Alemania), n ° VIII ZR 121/98, de 24 de marzo de 1999, en *NJW*, 1999, p. 2440.

ARGENTINA

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n ° 18 de Buenos Aires, de 20 de octubre de 1989, (*UNILEX 1995/II*, 1989-7).

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n °7 de Buenos Aires, 20 de mayo de 1991, (BETTSCART, Sébastien (ed.), *Les ventes internationales*. Lausanne, CEDIDAC, Vol.6, 1998, p. 32-33).

Juzgado de primera instancia en lo Comercial n °10 de Buenos Aires, 23 de octubre de 1991(*UNILEX 1996/I*, 1991-10.1)

AUSTRALIA

Renard Constructions Pty Ltd. versus Minitier for Public Works, Court of Appeal of New South Wales, (Australia). Sentencia de 12 de marzo de 1992, en *NSWLR*, 1992, N °26, p. 234-283.

Federal Court of Australia, South Australian District, Adelaide, de 28 de abril de 1995, caso Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen GmbH versus Resodown Park Pty. Ltd. y Reginald R. Eustace, n ° SG 3076 de 1993 FED n ° 275/95, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/218.htm>

AUSTRIA

Bezirksgericht für Handelssachen Wien, de 20 de febrero de 1992 (*Recht der Internationalen Wirtschaft* 1992, p. 239).

Landgericht Klagenfurt, 28 de diciembre de 1992.

Oberlandesgericht Graz, 2 de diciembre de 1993.

Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, Schiedsprüche SCH 4318 y SCH 4366, de 15 de junio de 1994, (*Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1995, P. 590-592).

Oberlandesgericht Innsbruck, n ° 4 R 161/94, de 1 de julio de 1994, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/279.htm>

Obergerichtshof, 27 de octubre de 1994. (*ZfRV*, Vol.36, 1995, p. 159-162).

Obergerichthof, 6 de febrero de 1996, (*Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 1996, p. 248-254).

Obergerichthof, 11 de febrero de 1997.

Obergerichthof, 24 de abril de 1997, (*ZfRV*, 1997, p. 156), comentada por Franco Ferrari en "Assumption of Debts as a Subject Matter Excluded from the UN Sales Convention", *Forum International*, Issue 3/1997, p. 90-94.

Obergerichthof, n ° 2 Ob 328/97t, de 12 de febrero de 1998, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1998, p. 158.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 5713, de 1989, (*Yearbook of Commercial Arbitration*, XV, 1990, p. 70-73).

Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 6149, de 1990, (*Yearbook of Commercial Arbitration* XX, 1995, p. 41-57).

Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 6653 de 1993 (*Journal du Droit International* 1993, p. 1040-1047).

Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7153 de 1992, (*Journal du Droit International*, 1992, p. 1005).

Corte Internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7531 de 1994, en *The ICC International Court of Arbitration*, Vol. 6, n ° 2, p. 67.

Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7331/1994, (*Bulletin Cámara de Comercio Internacional*, November 1995, p. 73-76).

Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7585/92 (*Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Interntionale*, Noviembre 1995, p. 59-66)

Cámara de Comercio Internacional, n ° 7660/1994, (*Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Interntionale*, Noviembre 1995, p. 68).

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, n ° 7531 de 1994, en UNILEX Database, 1995 / II E. 1994-31.

Cámara de Comercio Internacional, laudo n ° 7585, de 1992. *ICC - Bulletin* n ° 2, 1995, p. 60-64.

Cámara de Comercio Internacional, caso n ° 7660, de 23 de agosto de 1994, (*ICC-Bulletin*, 6, 1995, N ° 2, p. 69-72).

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Caso n ° 8128 de 1995 *Journal de Droit International* 1996.

Cámara de Comercio Internacional, laudo n ° 8324 de 1995, (*Journal du Droit International*, 1996, p. 1019-1022),

Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995, en BOELE-WOELKI, "Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts", en *Uniform Law Review*, 1996, p. 661.

Cámara de Comercio Internacional. Laudo de 1995, en MASKOW, D. "Hardship and Force majeure", en *American Journal of Comparative Law*, 1992, num.48, p. 665.

CHINA

China International Economic and Trade Arbitration Commission , laudo de 27 de febrero de 1993. *CIETAC Awards*. 1995. N ° 74. p. 304-308.

Shanwu Zhongkai Xichui (Business Arbitration Association), caso n ° 86, de de 15 de mayo de 1998, en *San Chun Lin Sin* 42, y resumido en <http://cisg3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980515t1.html>

ESPAÑA

Juzgado de 1ª instancia n ° 18 de Madrid, 20 de febrero de 1990.

Audiencia de Madrid Sección 21ª, 12 de enero de 1993.

Juzgado n ° 42 de Barcelona, de 3 de marzo de 1995.

Audiencia de Barcelona de 4 de febrero de 1997, (*obiter dicta*), *Aranzadi Civil* n ° 1997\340).

Audiencia de Barcelona de 20 de junio de 1997. *Revista Jurídica de Catalunya* 1997. p. 110-111

Tribunal Supremo (España) de 3 de marzo de 1997, n ° 3766, *La Ley*, 7 de abril de 1997, p. 9-12.

Audiencia de Córdoba, de 31 de octubre de 1997, *Revista General del Derecho*, 1998, p. 12077-12078.

Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de noviembre de 1997, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998, p. 411-412.

Auto de Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n ° 1998\972 y 1998\760.

Tribunal Supremo, n ° 31/2000, de 28 de enero, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n ° 2000\454.

Audiencia Provincial de Granada, n ° 143, de 2 de marzo de 2000, en *Aranzadi Civil*, n ° 2000 \ 3807.

Audiencia de Navarra, n ° 63/2000, de 27 de marzo, *Aranzadi Civil*, n ° 2000 \1123.

Audiencia Provincial de Castellón, n ° 310/2000, de 16 de junio, *Aranzadi Civil*, n ° 2000\1348.

Audiencia Provincial de Alicante, n ° 420/2000, de 16 de noviembre, *Aranzadi Civil*, n ° 2000\2413.

ESTADOS UNIDOS

U.S. Court of Appeals, 5th Circuit, de 15 de junio de 1993. *Beijing Metals and Minerals Import / Export, Corp. contra American Business Center*. (1993 US App. LEXIS 14211).

U.S. Northern District Court of New York de 9 de septiembre de 1994 (1994 U.S. Dist. LEXIS 12820), en *1994 U.S. Dist. LEXIS* 12820, p. 8 a 13.

United States Court of Appeals for the Second Circuit, n ° 95-7182, 957186, de 6 de diciembre de 1995, en <http://www.jura.uni-freiburg.de/jpr1/cisg/urteile/text/140.htm>, (1995 U.S. App. LEXIS 34226

U.S. Court of Appeals (11th Circuit), de 29 de junio de 1998. (1998 US App LEXIS 14782). MCC-Marble Ceramic Center, Inc., contra Ceramica Nuova D'Agostino, S.P.A.

U.S. District Court for the Eastern District of Louisiana, de 17 de mayo de 1999, (Caso Medical Marketing International, Inc. versus Internazionale Medico Scientifica, S.R.L), en 1999 U.S. Dist. LEXIS 7380.

FRANCIA

Tribunal de commerce de Paris, 6 de noviembre de 1991.

Cour d'Appel de Paris, 22 de abril de 1992, (*UNILEX* 1995/II, 1992-9.1).

Tribunal Commercial de Grenoble, 14 de mayo de 1993.

Cour d'Appel de Chambéry, de 25 de mayo de 1993, (*Revue de jurisprudence commerciale*, 1995. p. 242-244).

Tribunal de Commerce de Vienne 12 de octubre de 1993.

Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, 17 de noviembre de 1993.

Tribunal de Grande Instance de Valence, de 19 de abril de 1994.

Cour de Cassation, 4 de enero de 1995, <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/040195v.htm>

Cour d' appel de Grenoble, n ° 93/3275, de 22 de febrero de 1995, en *Journal de Droit International*, 1995, p. 632-639,

Cour d'Appel de Grenoble, de 26 de abril de 1995, (*UNILEX*, 1996/I, 1995-15).

Cour d'Appel de Colmar, 26 septiembre 1995. <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/260995v.htm>

Cour de Cassation, n° B 93-16.542, de 23 de enero de 1996, en *JDI*, 1996, p. 670-671.

Cour d'appel de Grenoble, 24 de enero de 1996, (*Uniform Law Review*, 1997, Vol.1, p. 180).

Cour d'appel de Grenoble 15 de mayo de 1996. , <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/150596v.htm>

Cour d'appel de Grenoble. 23 de octubre de 1996. (*Revue critique de droit international privé*, 1997, p. 756-762).

Cour de Cassation de 17 de diciembre de 1996 (*Revue critique de droit international privé*).

Cour d'Appel de Versailles, 28 de enero de 1998, <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/29011998v.htm>

Cour de Cassation, 5 de enero de 1999, <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/050199v.htm>

Cour d' appel de Grenoble, de 4 de febrero de 1999, en <http://www.jura.uni-sb.de/Witz/040299v.htm>

Cour d'appel de Grenoble, de 21 de octubre de 1999, en <http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/211099v.htm>

HOLANDA

Arrondissementrechtbank Roermond, 19 de diciembre de 1991, (*Netherlands Internationaal Privaatrecht*, 1992/394).

Hof Amsterdam, 16 de julio de 1992, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1992, p. 420).

Arrondissementrechtbank Arnhem, 25 febrero 1993, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol.11, 1993, p. 686-689).

Arrondissementrechtbank Roermond, 6 mayo 1993, (*UNILEX 1995/II*, 1993-14).

Arrondissementrechtbank Arnhem, 30 de diciembre de 1993, (*Netherlands Internationaal Privaatrecht* 1994, n °268),

Arrondissementrechtbank Middelburg, 25 enero 1995, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol.14, 1996, p. 197).

Rb. Almelo, 26 de abril de 1995.

Hof Arnhem, 22 de agosto de 1995, (*Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1995, p. 683-685).

Arrondissementsrechtbank Roermond, de 30 de noviembre de 1995.

Hof Arnhem, 7 de mayo de 1996, (*Netherlands Internationaal Privaatrecht*, 1996/397

HUNGRÍA

Fővárosi Bíróság Budapest, 24 de marzo de 1992 (*UNILEX* 1994, 1992-8).

Corte Arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Budapest, 20 de diciembre de 1993, (*IPrax*, 1995, p. 52-53).

Fővárosi Bíróság de Budapest, 19 de marzo de 1996, (*UNILEX* 1996/II, 1996-3.3).

Fővárosi Bíróság Budapest, de 21 de mayo de 1996.

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, 8 de mayo de 1997, (*CLOUT* N ° 174).

Fővárosi Bíróság de Budapest, 1 de julio de 1997, (*CLOUT*, N ° 172).

Fővárosi Bíróság de Budapest, 17 de junio de 1997, (*CLOUT*, N ° 173).

Fővárosi Bíróság de Budapest, de 1 de julio de 1997, (*CLOUT* N °172).

Magyar Kereskedelmi és Iparkamara. Választottbíróság, n ° Vb/97142, de 25 de mayo de 1999, resumen en *CLOUT*, n ° 265.

ITALIA

Pretura circondariale di Parma-Fidenza, n ° 77/89, de 24 de noviembre de 1989, caso Foliopack AG v. Daniplast S. p. A., en UNILEX 1995 / II, D. 1989-7.

Pretura di Locarno-Campagna, de 27 de abril de 1992, en *UNILEX Database 1994*, 1992-10.

Tribunale arbitrale ad hoc, Firenze, 19 de abril de 1994, (*Diritto del Commercio Internazionale*, 1994, 861-867).

Corte d'Appello di Genova, 24 de marzo de 1995, (*Il Diritto Marittimo*, 1995, p. 1054-1059).

Corte Suprema di Cassazione, de 9 de junio de 1995, (*Foro Italiano*, 1997, 562).

Tribunale Civile di Cuneo, de 31 enero 1996. Un amplio resumen en *UNILEX Database 1996*, 1996-3.

Corte de arbitraje Nazionale e internazionale di Milano. 1 de diciembre de 1996, en BOELE-WOELKI, "Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts", en *Uniform Law Review*, 1996, p. 661.

Corte di Appello di Milano, de 20 de marzo de 1998, (*Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, p. 170-175).

ISRAEL

Corte Suprema de Israel C.A. 3912/1990, en <http://www.biu.ac.il/law/CISG/eximinEng.htm>.

Tribunal Supremo de Israel de 22 de agosto de 1993, en 47 (iv) Piskei Din, 1993.
<http://cisg3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930822i5.html>

MÉXICO

Dictamen de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COPROMEX) de 30 de noviembre de 1998, sobre el caso Dulces Luisi, SA de CV contra Seoul International CO. LTD. y Seoulia Confectionery CO, en *Diario Oficial*, Viernes 29 de enero de 1998, Primera Sección, p. 69-74.

REINO UNIDO. (No se refieren a la CCIM)

Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd.(1962) 2 Queen's Bench 26; (1962) *All England Reports* 474

Cehave N.V. v. Bremer Handelsgesellschaft m. b. H. (1976) Queen's Bench 44; (1975) *All England Reports* 739 at 747, 755-757, 765).

RUSIA

Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, laudo arbitral n ° 200 / 1994, de 25 de abril de 1995, en *CLOUT* N ° 141 y en *Dir. Com. Int.* 1997,p. 735-736, n ° 148.

MKAS de Moscú, en resolución 451/1991, de 25 de enero de 1995.

SUECIA

Tribunal Arbitral de Estocolmo, de 5 de junio de 1998.

SUIZA

Pretura di-Locarno Campagna de 16 de diciembre de 1991, (*UNILEX* 1994, 1991-13).

Pretura di Locarno-Campagna, 27 de abril de 1992, (*UNILEX* 1994, 1992-10).

Richteramt Laufen des Kantons Berne, de 7 de mayo de 1993 (*Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1995, p. 277)

Handelsgericht Zürich, 9 de septiembre de 1993 (*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1995, p. 278).

Cour Cantonale de Vaud, de 17 de mayo de 1994, (*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1995, p. 278).

BG Arbon, 9 de diciembre de 1994, (*UNILEX*, 1996/I, 1994-29.1).

KG Nidwalden, 5 de junio de 1996, (*Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 1/1998).

Obergericht des Kantons Luzern, de 8 de enero de 1997, (*Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1997, p. 132). (*UNILEX* 1997/I, 1997-2).

Handelsgericht des Kantons Zürich, n ° HG 950347, de 5 de febrero de 1997, en *SZIER*, 1998, p. 75.

Tribunal de Première Instance de Genève, de 14 de marzo de 1997.

Handelsgericht des Kantons Aargau, n ° OR.96.00013, de 26 de septiembre de 1997, *SZIER*, 1998, p. 78.

Cour de Justice de Genève, 10 de octubre de 1997, (en Bettschart, Sébastien, *Les ventes Internationales. Journée d'étude en l'honneur du Professeur Karl H. Neumayer. Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre de Droit de l'entreprise le 3 octobre 1997 à l'Université de Lausanne..* CEDIDAC, Lausanne, 1998, p. 141-144).

Tribunal Cantonale du Valais (Ile Cour Civile) en sentencia de 29 de junio de 1998, (resumen en *SZIER*, 1998, p. 193),

Handelsgericht des Kantons Zürich, n ° HG930634, de 30 de noviembre de 1998, en *SZIER*, 1999, p. 185-188.

Camera civile del Tribunale d'appello del Ticino, de 15 de diciembre de 1998;
Tribunal d'Appellazione di Ticino, 12 de febrero de 1996. (*UNILEX 1997/I*, 1996-3.1.1).

TAIWAN

Shanwu Zhongkai Xichui (Business Arbitration Association), caso n ° 86, de 15 de mayo de 1998,
en *San Chun Lin Sin* 42, y resumido en
<http://cisg3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980515t1.html>.

VIETNAM

People's Supreme Court in Ho Chi Minh City, en el caso n ° 28 / KTPT, de 1995, Ng Nam Bee Pte
Ltd. contra V. Tay Ninh Trade Co, en *Unilex Database 1999*, 1995.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AG	Amtsgericht
BG	Bezirksgericht
CCIM	Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.
BGH	Bundesgerichtshof
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
CLOUT	Case Law On Uncitral Treaties
Dir. Com. Int.	Diritto di Commercio Internazionale
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
Forum	Forum des internationalen Rechts
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht
JDI	Journal de Droit International
KG	Kommerzgericht
LG	Landgericht
LUCI	Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional
MKAS	Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Moscú.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Obergerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Rb	Arrondissementsrechtbank
Riv. Dir. Int. Priv.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht.

ÍNDICE

PREÁMBULO	1
1. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.....	3
2. JUSTIFICACIÓN DE LA EXPOSICIÓN	4
CAPÍTULO PRIMERO. IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	7
1. PLAN DE LA EXPOSICIÓN.....	7
2. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.....	8
2.1. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL... 8	
2.2. PROBLEMAS DE LA ARMONIZACIÓN.....	10
2.3. MÉTODOS DE ARMONIZACIÓN	12
2.4. LA CCIM COMO MÉTODO DE ARMONIZACIÓN	15
3. ANTECEDENTES DE LA CONVENCION	24
3.1. PRIMEROS ESFUERZOS UNIFICADORES	24
3.2. LEY UNIFORME SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL, (LUCI), Y LEY UNIFORME SOBRE FORMACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL, (LUFC).....	24
32.1. CONFERENCIA DIPLOMÁTICA	27
32.2. ENTRADA EN VIGOR	29
3.3. CREACIÓN DE UNCITRAL	30
33.1. CONSTITUCIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO	31
3.4. CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE VIENA DEL 10 DE MARZO AL 11 DE ABRIL DE 1980.....	33
4. EL CONVENIO DE VIENA	34
4.1. ESTRUCTURA.....	34

4.2. NATURALEZA	34
5. FIRMAS, ENTRADA EN VIGOR Y ESTADOS PARTE A 1 DE NOVIEMBRE DE 2001	36
5.1. LAS FIRMAS	36
5.2. NOTA DE LA COMISIÓN	36
5.3. LA ENTRADA EN VIGOR Y LAS RATIFICACIONES	37
5.4. PROCESO DE ADHESIÓN DE ESPAÑA	43
5.5. POSIBLES INCORPORACIONES FUTURAS	49
CAPÍTULO SEGUNDO. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	53
1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN	53
2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 7	55
3. LA INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA EN LOS TRABAJOS PREPARATORIOS	55
3.1. INTERNACIONALIDAD	63
3.2. UNIFORMIDAD	66
3.3. BUENA FE	72
4. MÉTODOS INTERPRETATIVOS	86
4.1. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA	87
41.1. EL PREÁMBULO	88
4.2. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA	90
4.3. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL	95
4.4. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA	100
4.5. INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA	100
4.6. INTERPRETACIÓN TRANSNACIONAL	104
5. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, DE 23 DE MAYO DE 1969	121
6. CONCLUSIÓN: PROPUESTA METODOLÓGICA	124

CAPÍTULO TERCERO. INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. .	129
1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN.....	129
2. EXCEPCIONES A LA INTERPRETACIÓN AUTÓNOMA.....	130
3. LAGUNAS INTRA LEGEM	131
3.1. CONCEPTOS INTERPRETADOS AUTÓNOMAMENTE	132
31.1. CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO.....	132
31.2. CONCEPTO DE PARTE	138
31.3. CONCEPTO DE COMPRAVENTA.....	140
31.4. CONTRATOS MIXTOS	143
31.5. PERMUTA Y CONTRATOS COLIGADOS	147
31.6. COMPRAVENTAS EXCLUIDAS	153
31.7. EL OBJETO DEL CONTRATO: LAS MERCADERÍAS	156
3.2. CUESTIONES JURÍDICAS EXCLUÍDAS.....	162
32.1. LA DEFINICIÓN DE VALIDEZ Y LAS MATERIAS QUE COMPRENDE	164
32.2. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS.....	169
32.3. LA VALIDEZ DE LOS USOS	170
32.4. LA DEFINICIÓN DE PROPIEDAD.....	171
32.5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS VENDEDORES POR LOS PRODUCTOS VENDIDOS	172
32.6. LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE.....	175
32.7. LA APLICACIÓN DE LA CCIM A LAS MATERIAS NO EXPLÍCITAMENTE INCLUÍDAS NI EXCLUÍDAS.....	176
32.8. LA PRESCRIPCIÓN	177
32.9. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL (CULPA IN CONTRAHENDO)	179
32.10. LA ASUNCIÓN DE DEUDAS.....	180
32.11. LA CESIÓN DE CRÉDITOS	180
32.12. NORMAS PROCESALES.....	181
32.13. LA PRUEBA.....	181

4. LAGUNAS INTERNAS O PRAETER LEGEM	182
4.1. LA DISTINCIÓN ENTRE LAGUNAS PRAETER LEGEM E INTRA LEGEM	185
4.2. LOS PRINCIPIOS GENERALES.....	186
4.3. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT	199
4.4. LOS PRINCIPIOS DE LA UNIÓN EUROPEA.....	204
5. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	206
6. CONCLUSIONES SOBRE LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS DE LA CCIM	209

CAPÍTULO CUARTO. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 25 DE LA CCIM	215
1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN.....	215
2. ANTECEDENTES REMOTOS.....	217
2.1. LOS PROYECTOS DE 1935 Y 1939	218
2.2. EL PROYECTO DE 1956.....	220
2.3. LA LEY UNIFORME SOBRE LA VENTA INTERNACIONAL DE OBJETOS MOBILIARIOS CORPORALES	226
2.4. COMENTARIO DE ANDRÉ TUNC.....	235
3. EL GRUPO DE TRABAJO DE UNCITRAL	237
3.1. PRIMERA SESIÓN	237
3.2. SEGUNDA SESIÓN	241
3.3. COMENTARIO DE LA SECRETARÍA: "RESOLUCIÓN <i>IPSO FACTO</i> "	243
3.4. CUESTIONES PENDIENTES RESPECTO AL TEXTO REVISADO DE LA LUCI	246
3.5. INFORME DE LA SEXTA SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO.....	248
3.6. CRÍTICA AL PROYECTO DEL GRUPO DE TRABAJO	249
3.7. PROYECTO DE UNCITRAL SOBRE VENTAS	250
3.8. COMENTARIO DE LA SECRETARÍA.....	252
3.9. OBSERVACIONES AL PROYECTO	253
4. LA CONFERENCIA DE VIENA.....	253

4.1. INFORME DE LA PRIMERA COMISIÓN	254
4.2. SESIONES DE LA PRIMERA COMISIÓN	255
4.3. INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN	266
4.4. LA SESIÓN PLENARIA DE LA CONFERENCIA	267
5. CONCLUSIONES	270
5.1. CAMBIO DEL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL	270
5.2. CRITERIOS INTERPRETATIVOS A TENER EN CUENTA	272

CAPÍTULO QUINTO. EL INCUMPLIMIENTO, EL PERJUICIO SUSTANCIAL Y LAS EXPECTATIVAS DEL CONTRATO	281
1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN.....	281
2. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	284
2.1. NOTAS DE DERECHO COMPARADO.....	284
2.2. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO	286
2.3. INCUMPLIMIENTO DE CUALQUIERA DE LAS OBLIGACIONES	287
23.1. OBLIGACIONES DE LA CCIM	288
23.2. OBLIGACIONES PACTADAS	289
23.3. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS	290
2.4. CLASES DE INCUMPLIMIENTO	292
24.1. NOTAS DE DERECHO COMPARADO	293
24.2. <i>FUNDAMENTAL BREACH</i> EN LA CCIM	297
3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INCUMPLIMIENTO.....	299
3.1. POR UNA DE LAS PARTES	299
3.2. POR UN TERCERO	301
3.3. LA CULPA.....	302
3.4. FALTA DE CAPACIDAD PARA EL CUMPLIMIENTO.....	304
3.5. VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO	307
3.6. FALTA DE CONFIANZA EN EL CUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPARTE	309
3.7. APLICABILIDAD DEL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT	313

4. CUANDO CAUSE A LA OTRA PARTE UN PERJUICIO TAL QUE LA PRIVE SUSTANCIALMENTE DE LO QUE TENÍA DERECHO A ESPERAR EN VIRTUD DEL CONTRATO.....	315
4.1. ELEMENTO CAUSAL	315
41.1. CONCURRENCIA DE INCUMPLIMIENTOS	315
4.2. PERJUICIO	317
42.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL.....	319
42.2. HISTORIA.....	320
42.3. INTERPRETACIÓN SEGÚN FAMILIAS JURÍDICAS. ¿DAÑO MONETARIO?.....	322
42.4. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA: CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 74.....	325
42.5. VALORACIÓN DEL PERJUICIO	326
4.3. PRIVACIÓN SUSTANCIAL	329
43.1. TAUTOLOGÍA.....	329
43.2. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL.....	330
43.3. MÉTODO OBJETIVO DE VALORACIÓN	331
43.4. EL CRITERIO SUBJETIVO	332
43.5. CRITERIO JURISPRUDENCIAL: OBJETIVIDAD NO MANIFIESTA...	336
43.6. EL CRITERIO INDEMNIZATORIO COMO CALIFICADOR DE LA ESENCIALIDAD DEL INCUMPLIMIENTO: EL “ <i>REMEDY APPROACH</i> ”....	339
4.4. LO QUE TENÍA DERECHO A ESPERAR EN VIRTUD DEL CONTRATO.	342
44.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL.....	342
44.2. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.....	343
44.3. EXPECTATIVAS NO PROTEGIDAS POR EL ARTÍCULO 25 DE LA CCIM	346
44.4. IMPORTANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CONTRATO	346
44.5. LOS INTERESES FRUSTRADOS DE LAS PARTES.....	347
5. DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO	349

5.1. LOS INTERESES DE LAS PARTES.....	349
5.2. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO	351
5.3. IMPORTANCIA DEL IDIOMA DEL CONTRATO.....	359
5.4. NORMAS INTERNAS IMPERATIVAS Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA CCIM.....	360
6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DE LA CCIM	361
6.1. INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DE OBLIGACIONES SECUNDARIAS	362
6.2. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	363
62.1. DERECHO ESPAÑOL.....	363
62.2. <i>COMMON LAW</i>	364
62.3. NORMAS IMPERATIVAS DE LA CCIM	365
62.4. EL PRINCIPIO DE BUENA FE	366
62.5. VALIDEZ DE LOS ACUERDOS MODIFICATIVOS O DE EXCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 25 DEL A CCIM	367
62.6. LA IMPORTANCIA DE LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO	368
6.3. LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.....	369
 CAPÍTULO SEXTO. EL TEST DE PREVISIBILIDAD, EL MOMENTO DE VALORACIÓN Y LA PRUEBA	 371
1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN.....	371
2. IMPORTANCIA DEL TEST DE PREVISIBILIDAD.....	372
3. PREVISIBILIDAD DEL RESULTADO	374
3.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL	375
3.2. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	375
3.3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA	376
3.4. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA	377
34.1. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA CORRECTORA DE LAS ANTERIORES	377
34.2. LA APRECIACIÓN DE LOS INTERESES CONCURRENTES EN EL CONTRATO	378

4. QUE LA PARTE QUE HA INCUMPLIDO NO HAYA PREVISTO TAL RESULTADO.....	379
4.1. CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES.....	379
5. ESTIMACIÓN OBJETIVA DE LA PREVISIBILIDAD.....	380
5.1. RELACIÓN ENTRE EL CONOCIMIENTO INDIVIDUAL Y LA ESTIMACIÓN OBJETIVA.....	380
51.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL.....	381
51.2. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	382
51.3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.....	382
51.4. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA.....	383
6. CONCRECIÓN DEL CRITERIO OBJETIVO: LA PERSONA RAZONABLE	385
6.1. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	386
6.2. DERECHO COMPARADO.....	386
6.3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.....	386
6.4. COMERCIANTE RAZONABLE.....	387
7. DE LA MISMA CONDICIÓN.....	388
7.1. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL.....	388
7.2. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	389
7.3. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.....	389
7.4. LA DOCTRINA.....	389
7.5. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA.....	390
8. PERSONA EN LA MISMA SITUACIÓN.....	392
9. MOMENTO DE APRECIACIÓN DE LA ESENCIALIDAD DEL INCUMPLIMIENTO Y DE LA PREVISIBILIDAD DEL RESULTADO.....	393
9.1. IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO.....	393
9.2. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.....	394
9.3. DOCTRINA.....	395
93.1. CONCLUSIÓN DEL CONTRATO.....	396
93.2. MOMENTO DE REALIZACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO.....	397
93.3. INFORMACIONES POSTERIORES A LA CONCLUSIÓN.....	398
93.4. OTRAS TEORÍAS.....	399

93.5. DECISIÓN JUDICIAL	401
9.4. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL	401
9.5. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	402
9.6. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA	404
9.7. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA	404
9.8. INTERPRETACIÓN TRANSNACIONAL	407
10. LA CARGA DE LA PRUEBA.....	407
10.1. LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL CONCEPTO DE PERJUICIO	408
10.2. LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL TEST DE PREVISIBILIDAD	410
102.1. SALVO... (EL TEST DE PREVISIBILIDAD)	410
11. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA RELEVANCIA DEL TEST DE PREVISIBILIDAD.....	414
 CAPÍTULO SÉPTIMO. LA SUBSANACIÓN Y EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL	 419
1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN.....	419
2. SUBSANACIÓN ANTICIPADA DEL INCUMPLIMIENTO	421
3. LA SUBSANACIÓN SOBREVENIDA	430
3.1. EL DERECHO DE SUBSANACIÓN Y EL DERECHO DE RESOLUCIÓN	430
3.2. LA SUBSANACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN DE LAS MERCADERÍAS ...	440
3.3. AUTOSUBSANACIÓN	444
3.4. LA COMUNICACIÓN	445
3.5. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. (INTERPRETACIÓN TRANSNACIONAL)	450
4. SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO POR EL COMPRADOR	451
 CAPÍTULO OCTAVO. EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL.....	 455
1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA EXPOSICIÓN.....	455
2. INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LAS MERCADERÍAS	456

3. INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR	464
4. INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO CON ENTREGAS SUCESIVAS	467
5. INCUMPLIMIENTO PARCIAL EN CONTRATOS CON PAGO DE PRECIO A PLAZOS.....	493
 CAPÍTULO NOVENO. EL INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE.....	497
1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE TRABAJO.....	497
2. BREVE REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL	498
3. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO A CAUSA DE UN INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE.....	500
3.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	500
3.2. TIEMPO DE MANIFESTACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO	501
3.3. GRADO DE PROBABILIDAD.....	503
3.4. TIPO DE INCUMPLIMIENTO PREVISTO. INCUMPLIMIENTO SUSTANCIAL.....	506
3.5. EL DERECHO DE RETENCIÓN.....	508
3.6. NOTIFICACIÓN.....	510
3.7. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.....	511
4. EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO.....	513
4.1. INTRODUCCIÓN	513
4.2. HISTORIA	514
4.3. MOMENTO	514
4.4. GRADO DE PROBABILIDAD.....	515
4.5. TIPO DE INCUMPLIMIENTO PREVISTO.....	516
4.6. LA NOTIFICACIÓN	518
5. RESPONSABILIDAD DE LA PARTE QUE SUSPENDE O RESUELVE EL CONTRATO POR CAUSA DE INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE	520

CONCLUSIONES.....	523
BIBLIOGRAFÍA	553
RESOLUCIONES.....	577
ALEMANIA.....	577
ARGENTINA	581
AUSTRALIA	582
AUSTRIA.....	582
CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL	583
CHINA.....	584
ESPAÑA.....	584
ESTADOS UNIDOS	585
FRANCIA	586
HOLANDA.....	587
HUNGRÍA.....	588
ITALIA	589
ISRAEL	589
MÉXICO	590
REINO UNIDO. (No se refieren a la CCIM).....	590
RUSIA	590
SUECIA.....	590
SUIZA.....	590
TAIWAN	592
VIETNAM	592
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	593
ÍNDICE	595