

VIII.	INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRAC-	
	TUALES	215
1.	Exoneración de responsabilidad por incumplimiento (arts. 79 y 80)	216
	A. Incumplimiento causado por un impedimento externo (art. 79)	216
	<i>a) Casos en que se produce la exoneración de responsabilidad por incumplimiento</i>	216
	i) Incumplimiento de la parte obligada	216
	ii) Incumplimiento de un tercero	219
	<i>b) Alcance de la exoneración</i>	220
	<i>c) Condición para hacerla valer</i>	222
	B. Incumplimiento causado por la contraparte (art. 80)	223
2.	Subsanación del incumplimiento (arts. 34, 37 y 48)	225
	A. Subsanación de incumplimiento por el vendedor (arts. 34, 37 y 48)	225
	<i>a) Subsanación antes de la fecha de entrega (arts. 34 y 37)</i> ..	225
	<i>b) Subsanación después de la fecha de entrega (art. 48)</i>	227
	B. Subsanación de incumplimiento por el comprador	230
3.	Incumplimiento esencial (art. 25)	231
4.	Incumplimiento previsible (arts. 71, 72 y 73)	234
	A. Noción de incumplimiento previsible	235
	<i>a) Incumplimiento previsible según el artículo 71-1: "incumplimiento sustancial"</i>	235
	<i>b) Incumplimiento previsible según el artículo 72-1: incumplimiento esencial</i>	237
	<i>c) El incumplimiento previsible según el artículo 73-2: incumplimiento parcial</i>	238
	<i>d) Una noción unitaria de incumplimiento previsible</i>	239
	B. Recursos por incumplimiento previsible	239
	<i>a) Suspensión del cumplimiento de obligaciones (art. 71 párrafos 1, 2 y 3)</i>	240
	<i>b) Resolución del contrato (art. 72)</i>	242
	<i>c) Resolución del contrato con entregas sucesivas (art. 73)</i>	243
	C. Responsabilidad de la parte que suspende o resuelve el contrato por causa de incumplimiento previsible	244
5.	Incumplimiento parcial (arts. 51 y 73)	245
	A. Incumplimiento parcial de la obligación de entregar mercancías (art. 51)	245
	B. Incumplimiento parcial de un contrato con entregas sucesivas (art. 73)	246
	C. Incumplimiento parcial de la obligación de pagar el precio	248
	D. Incumplimiento parcial de un contrato con pago de precio a plazos	249

VIII. *Incumplimiento de las obligaciones contractuales*

La falta de cumplimiento de las obligaciones del vendedor o del comprador da lugar a que la parte afectada pueda exigirle responsabilidad contractual, con los procedimientos que la propia *Convención* dispone. Pero la misma posibilidad de ejercer un recurso, y también el tipo de recurso que puede usarse, dependen del modo en que se produzca el incumplimiento. Por eso, antes de estudiar los recursos que tienen las partes entre sí, conviene detenerse a examinar las distintas formas de incumplimiento que prevé la *Convención*. No hay en ésta un capítulo o sección especial sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales, pero cuenta con varias disposiciones que se refieren a ello, diseminadas en sus diversas partes. Recogiendo y analizando conjuntamente todas ellas, se puede apreciar una determinada teoría acerca del incumplimiento de las obligaciones contractuales, en la que priva la idea de que el incumplimiento ha de determinarse por criterios objetivos, considerando, primordialmente, si se ha producido un daño a la otra parte, y sin acudir a los criterios tradicionales de culpa y caso fortuito, si bien no se excluye la consideración de factores excluyentes de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales.

De acuerdo con la gravedad del daño que produzca a la otra parte, la *Convención* califica el incumplimiento como esencial (art. 25), sustancial (art. 71), o simple incumplimiento. Complementaria de esta regla de determinar el incumplimiento por el daño objetivo causado a la otra parte, es la regla de limitar la resolución del contrato por incumplimiento a los casos en que se produce un incumplimiento esencial.

En este capítulo se analizan, primero, los casos en que no hay responsabilidad por el incumplimiento, sea 1) porque hay exoneración de responsabilidad por incumplimiento, o 2) porque la parte obligada subsana

o remedia el incumplimiento. Luego se estudia 3) la noción de incumplimiento esencial, de la cual dependen las nociones de 4) incumplimiento previsible, y 5) incumplimiento parcial.

1. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO (ARTS. 79 Y 80)

Los conceptos de caso fortuito, fuerza mayor o acto del príncipe, que suelen usarse en los sistemas de Derecho civil para excluir la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales, no fueron acogidos en el texto de la *Convención*, por considerar que darían lugar a interpretaciones divergentes. En vez de ellos, el texto habla de incumplimiento causado por un “impedimento” ajeno a la voluntad de la parte obligada (art. 79), y de incumplimiento causado por la contraparte (art. 80).¹

A. Incumplimiento causado por un impedimento externo (art. 79)

El artículo 79 señala: *a)* casos en que se produce la exoneración de responsabilidad por incumplimiento; *b)* alcance de la exoneración, y *c)* condición para hacerla valer.

a) Casos en que se produce la exoneración de responsabilidad por incumplimiento

Contempla dos situaciones: *i)* cuando la parte obligada no puede cumplir por causa de un impedimento ajeno a su voluntad (art. 79-1), y *ii)* cuando la parte obligada no puede cumplir porque un tercero, con quien ella contrató, no puede cumplir por causa de un impedimento ajeno a su voluntad, lo que provoca, como repercusión, el incumplimiento de la parte obligada (art. 79-2).

i) Incumplimiento de la parte obligada

Opera la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la parte obligada, cuando éste se produce por causa de “un impedimento ajeno a su voluntad”, imprevisible, inevitable e insuperable (art. 79-1).

¹ Es distinta la exoneración de responsabilidad por incumplimiento, de la imposibilidad de reclamar responsabilidad por no cumplirse ciertos requisitos, por ejemplo, el de avisar al vendedor de la falta de conformidad de las mercancías, sin lo cual no se puede exigir responsabilidad por dicha falta de conformidad (artículo 39), o por haber caducado la acción.

Que el impedimento sea ajeno a la voluntad de la parte que no cumple significa dos cosas: que no puede ser una conducta activa realizada por esa parte, por ejemplo, un vendedor no puede decir que el error que cometió en la fabricación de las mercancías fue “un impedimento ajeno a su voluntad”, ya que fue su propia conducta lo que impidió la fabricación de las mercancías; y que tampoco puede ser algo que, de alguna manera, esté bajo el control de la parte que no cumple, sino que debe ser algo externo e independiente de su voluntad; así, la falta de personal capacitado para fabricar una mercancía no es, por sí misma, un impedimento ajeno a la voluntad del vendedor que tiene poder para contratar personal capacitado; en cambio, una huelga decidida por el sindicato de trabajadores sí sería un impedimento ajeno a su voluntad.

El impedimento debe ser algo no previsto al momento de la celebración del contrato, ya que si su existencia o posibilidad hubiera sido prevista en ese momento por la parte que no cumplió se entiende que ella habría asumido el riesgo de obligarse contractualmente en esas circunstancias. Pero el criterio que fija el artículo 79-1 no es meramente subjetivo. No basta con que la parte que no cumplió demuestre, para quedar exenta de responsabilidad, que ella no previó el impedimento, por ejemplo que no previó una huelga laboral en su fábrica, sino que, además, deberá probar que tampoco lo hubiera previsto una persona razonable.² Esto es lo que exige dicho artículo, cuando dispone que debe probarse que “no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato”. Por eso, se puede concluir que el impedimento debe ser, no sólo no previsto al momento de la celebración del contrato, sino imprevisible.

Debe, además, tratarse de un impedimento del que “no cabía razonablemente esperar” que fuese evitado. Lo que cabe razonablemente esperar que sea evitado, me parece que es aquello que puede evitarse por medios ordinarios, al alcance de la persona obligada. Queda a criterio del juez decidir caso por caso qué es lo que puede evitarse por medios ordinarios y qué no. Quizá una huelga en la fábrica del vendedor puede considerarse como algo evitable, si las peticiones de los trabajadores pueden cumplirse con los recursos ordinarios de la empresa; pero no si son demandas exageradas en relación con la capacidad actual de la misma; en cambio, una huelga en el ramo fabril al que pertenece el vendedor, quizá sea siempre algo inevitable para un solo fabricante. También debe analizarse, caso por caso, si las consecuencias del impedimento externo pudieron evitarse o no, por ejemplo, una huelga pudo ser inevitable, pero quizá pudo evitarse el paro total de la producción. Para que se produzca la exoneración de

² Así opina TALLON en *Commentary* 580.

responsabilidad, debe probarse que ni el impedimento mismo, ni sus consecuencias, eran evitables por medios ordinarios.

Y debe ser un impedimento en sí insuperable o de consecuencias insuperables. Esto es, suponiendo que ya se produjo, que es inevitable, hace falta demostrar que no puede superarse acudiendo a medios ordinarios, que son los que cabe razonablemente esperar que sean empleados. Por ejemplo, si se produce una escasez imprevista de materia prima en el mercado nacional, puede eso considerarse como algo superable para un fabricante vendedor que tiene acceso a fuentes internacionales de abastecimiento, pero como algo insuperable para el fabricante que depende de proveedores nacionales.

Bajo esta misma perspectiva de la imposibilidad de superar las consecuencias de un impedimento, se hace evidente que nunca puede considerarse un obstáculo insuperable la pérdida parcial o total de mercancías genéricas, ya que el vendedor siempre puede entregar otras en sustitución de las que perecieron, es decir, siempre puede superar las consecuencias del impedimento. De este modo, se hace valer la regla tradicional que dice que los géneros no perecen (*genera non pereunt*).

Si el impedimento tiene esas características, la parte que incumple no será responsable, siempre y cuando demuestre, además, la relación causal entre el impedimento (causa) y el incumplimiento del contrato (efecto) o, como dice el párrafo primero del artículo, que pruebe que “la falta de cumplimiento se debe a un impedimento”. A veces puede resultar difícil precisar cuál fue la causa de contravenir el contrato, sobre todo si intervienen varios factores, por ejemplo, si por un error en la fabricación de las mercancías, el vendedor debe comprar nueva materia prima, cuando ésta ha subido de precio en el mercado a un grado que hace incosteable la producción; ¿cuál es la causa del incumplimiento, el error en la fabricación, la escasez de la materia prima, o su aumento de precio?

Como puede resultar polémico determinar cuándo existe o no un impedimento, y si éste es o no causa del incumplimiento, conviene definir en los contratos una lista de acontecimientos que ambas partes consideran obstáculos exonerantes de responsabilidad. Además de los tradicionales casos de fuerza mayor (terremoto, incendio, inundación, asalto, etc.), deben considerarse los acontecimientos que son producto de decisiones del Estado, también conocidos como “actos del príncipe”, entre los que destacan el embargo, confiscación, negación de permisos de exportación, restricciones monetarias, etc., y otros acontecimientos que son resultado de las condiciones socioeconómicas, como escasez de materia prima, huelgas en la propia industria, en empresas de transporte, o proveedores de insumos para la fabricación de las mercancías, insurrecciones, etcétera.

ii) Incumplimiento de un tercero

Si el incumplimiento del contrato se debe a que la parte obligada encargó total o parcialmente la ejecución del contrato a un tercero que no cumplió, la parte obligada quedará exonerada de responsabilidad, sólo si se cumplen dos condiciones (art. 79-2): una, que el incumplimiento por parte del tercero pueda considerarse como un impedimento ajeno a la voluntad de la parte obligada, con las características antes dichas (imprevisible, inevitable e insuperable); y la otra, que el incumplimiento del tercero se deba también a la ocurrencia de un obstáculo con las mismas características.

La exigencia de que el incumplimiento del tercero sea, para la parte obligada, un impedimento ajeno a su voluntad, imprevisible, inevitable e insuperable, hace recaer en ésta una responsabilidad grande por el incumplimiento de tercero, ya que será responsable si encargó la ejecución del contrato a un tercero que una persona razonable habría previsto que no cumpliría, quizá porque no contaba con la capacidad financiera o técnica adecuada; o será responsable si el incumplimiento del tercero podía evitarse dándole apoyo financiero oportuno, o si podía superarse encargando con oportunidad la ejecución del contrato a otro que fuera capaz. Esto es algo que debe tomarse en cuenta al momento de hacer un contrato, si se prevé que habrá de intervenir un tercero, máxime cuando ese tercero lo impone una de las partes, por ejemplo, cuando un comprador pide que la fabricación de cierta parte de las mercancías se encargue a un tercero específico que él designa. En este caso, la responsabilidad del vendedor por el incumplimiento del tercero debe aminorarse por el hecho de no haberlo escogido el vendedor, pero no puede excluirse del todo, ya que él lo aceptó.

Debe aclararse que esta disposición se refiere al caso de que la parte obligada haya subcontratado la ejecución de su obligación con un tercero, pero no a los casos en que la parte obligada recibe de terceros insumos o servicios que ordinariamente le suministran. Así, cuando el vendedor obligado a entregar 10 000 pares de zapatos, contrata su fabricación a un tercero que no le cumple, la posible exoneración de responsabilidad del vendedor debe examinarse a la luz del párrafo 2 del artículo comentado; pero si el vendedor va a fabricar él mismo el calzado, y uno de los proveedores que ordinariamente le suministran materia prima no se la entrega a tiempo, la posible exoneración de responsabilidad del vendedor deberá examinarse a la luz del primer párrafo de dicho artículo. La clave de la distinción entre uno y otro casos está en si el vendedor encargó o no a un tercero “la ejecución total o parcial del contrato”.

b) Alcance de la exoneración

La exoneración de responsabilidad opera mientras dure el impedimento (art. 79-3). Esto significa, como bien advierte Schlechtriem,³ que si el impedimento deja de tener efecto, por ejemplo, cuando se suspende una huelga que impedía la producción, la parte obligada debe cumplir cabalmente su obligación como estaba originalmente pactada, y el efecto de la exoneración será eximir de la responsabilidad por la demora en el cumplimiento. También puede suceder que mientras opera un impedimento temporal, se produce una nueva circunstancia que viene a constituir otro impedimento a la ejecución del contrato, por ejemplo, que mientras dura la huelga, aumenta el precio de la materia prima a un monto que hace incosteable la producción de las mercancías; en este caso, terminada la huelga, habrá que analizar si el aumento de precio de la materia prima constituye un impedimento —con las características previstas en el párrafo primero del artículo 79— que exonere de responsabilidad por incumplimiento del contrato.

Parece que existe una contradicción en cuanto a los límites de la exoneración de responsabilidad entre lo que dicen los párrafos 1 y 5 del artículo que se trata. En el primero se dice que “una parte no será responsable por la falta de cumplimiento”, cuando éste se debe a un obstáculo con las características señaladas; pero el párrafo quinto dice que la exoneración sólo impide que la parte afectada reclame daños y perjuicios, pero no que ejerza otro derecho, como exigir el cumplimiento específico o la resolución del contrato. Al respecto, Tallon⁴ distingue si el impedimento causa un incumplimiento total y definitivo, o sólo un incumplimiento temporal o parcial. En el primer caso, por ejemplo, cuando un terremoto destruye una obra de arte que el vendedor debía entregar, el impedimento hace inviable la reclamación de daños y perjuicios y la petición de cumplimiento específico o de resolución del contrato, pues la obligación se ha vuelto de objeto imposible. En cambio, cuando el impedimento causa una demora en la entrega de las mercancías o la cancelación de una de las entregas parciales, el comprador, no obstante el obstáculo, conserva su derecho a reclamar el cumplimiento del contrato o a resolverlo, si demuestra que la demora o la falta de cumplimiento de una entrega parcial es causa suficiente para ello.⁵ De acuerdo con esta doctrina, el párrafo cinco se aplica sólo a casos de incumplimiento parcial o demorado.⁶

³ SCHLECHTRIEM 104.

⁴ *Commentary* 589-590.

⁵ Sobre resolución del contrato véase IX 3 y X 3.

⁶ Esta misma discusión se plantea, con otros términos, en el Digesto (18, 1, 57) en el caso de venta de una casa incendiada después de haberse perfeccionado el contrato; allí se menciona que unos juristas (Nerva Sabino y Casio) opinaban que la venta se había resuelto

Pero en muchos casos no será fácil aclarar si un impedimento causa un incumplimiento definitivo y total o sólo una demora. Por ejemplo, si se produce un aumento imprevisible en el precio de la materia prima, ¿se entiende que el vendedor queda desligado definitivamente de su obligación, o que permanece obligado a entregar las mercancías si el precio baja a un nivel que, aunque no sea el mismo que al momento de la contratación, hace, sin embargo, costeable la producción de las mercancías? Durante la conferencia diplomática, la representación noruega hizo una propuesta en el sentido de que se considerara que el obligado quedaba desligado de su responsabilidad cuando cesaba un impedimento temporal, si las circunstancias hubieran cambiado fundamentalmente.⁷ Pero la propuesta fue rechazada, considerándose, entre otras cosas, que introduciría una doctrina ajena a la *Convención*, la teoría de la imprevisión del derecho francés, o la teoría de la frustración del derecho anglosajón, que amplían los casos y el alcance de la exoneración de responsabilidad, mientras que el artículo 79 pretendía precisamente lo contrario.⁸

La cuestión debe resolverse considerando si el aumento de precio de materia prima es tan sólo un impedimento temporal, que exonera temporalmente de responsabilidad, o se trata de un obstáculo que, conjugado con otros factores, por ejemplo, la necesidad del comprador de disponer de la mercancía en un plazo límite, constituye un impedimento definitivo.

Como exoneración de responsabilidad sólo es oponible a la acción de reclamación de daños y perjuicios, se entiende que la parte afectada por el incumplimiento, podrá reclamar por otras causas; por ejemplo, el comprador que adelantó una parte del precio, podrá reclamar el pago de los intereses correspondientes, o, si no lo pagó, podrá declarar la resolución del contrato, a efecto de quedar desligado de su obligación de pagar el precio.

Otra cuestión interesante, es si la exoneración de responsabilidad incluye también la cancelación de las cláusulas contractuales en que una parte se obliga a pagar una cantidad en caso de incumplimiento de sus obligaciones; por ejemplo, si un vendedor se obliga a pagar una cantidad en caso de no entregar las mercancías, ¿debe pagar o no esa cantidad cuando el incumplimiento de la entrega se debió a un impedimento ajeno a su voluntad? La solución depende, en mi opinión, de si se considera que la obligación de pagar esa cantidad es una obligación contractual o es una

por falta de objeto, mientras que otros (Neracio y Paulo) opinaban que la venta subsistía si permaneció una parte importante de la casa. La primera opinión coincide con la doctrina del párrafo 1 del artículo 79 (exoneración total de responsabilidad); la segunda, con la del párrafo quinto (exoneración parcial).

⁷ Informe 1a. Comisión artículo 65 párrafo 3-3-i (= DO 144-145).

⁸ Actas resumidas 1a. Comisión sesión 27 párrafos 52-68 (= DO 408-409).

obligación derivada de una promesa. Si se considera que es una obligación contractual, no podría aceptarse la exigibilidad de la cantidad prometida en concepto de indemnización preconstituida de daños y perjuicios, porque la presencia del impedimento exonera al vendedor de la responsabilidad por daños y perjuicios; tampoco, opino, podría aceptarse la exigibilidad de una cantidad concebida como pena, ya que hacerlo iría en contra de la reciprocidad o buena fe contractual. Pero si se considera que es una obligación derivada, no del contrato, sino de una promesa —que puede constar en el mismo documento que el contrato sin ser materialmente parte de él— entonces sí podrá exigirse esa cantidad, porque la responsabilidad de pagarla no deriva del contrato mismo, sino de la promesa como tal; en este supuesto, la reclamación de la promesa no se regiría por la *Convención*, ya que no es materia de la compraventa, sino por las disposiciones de la ley aplicable relativas a las promesas.⁹

c) *Condición para hacerla valer*

La parte que no cumple alguna obligación contractual por causa de un impedimento ajeno a su voluntad, podrá exonerarse de responsabilidad sólo si comunica oportunamente a la otra parte la presencia del impedimento y la consecuencia que prevé que tendrá en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (art. 79-5).

Aunque el citado párrafo del artículo 79 no señala un plazo para hacer la comunicación, se entiende que contempla que sea un plazo breve a partir del momento en que la parte obligada conoce la existencia del impedimento, ya que el mismo párrafo determina que la comunicación deberá recibirse “dentro de un plazo razonable” después de dicho momento.

La *Convención* no lo dice de manera expresa, pero se entiende que si falta esta comunicación, no se produce la exoneración de responsabilidad, ya que se priva a la parte afectada de la posibilidad de tomar oportunamente las medidas necesarias para mitigar los daños y pérdidas que se produzcan como consecuencia del incumplimiento. Pero ¿qué ocurre si la parte obligada envió la comunicación y ésta no llegó por causa de defectos en el medio de transmisión empleado? El citado párrafo 4, en su frase final, dice que la parte que envía la comunicación “será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción”. Esto significa que la parte que envía la comunicación es responsable de los daños y perjuicios que causa a la otra parte el no haberla recibido, pero no significa

⁹ De acuerdo con los *Comentarios de la Secretaría* artículo 65 párrafo 9 (= DO 60). TALLON opina (*Commentary* 589) que si la promesa es de pagar una cantidad como indemnización por daños, no es exigible.

que la falta de recepción impide la exoneración de responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato.¹⁰

Por lo anterior, me parece que este artículo sigue la regla general establecida en el artículo 27, de que las comunicaciones que se envían las partes, después de formado el contrato, surten efecto por el hecho de haberse enviado por medios adecuados, aun cuando no lleguen a su destino.¹¹ De acuerdo con el artículo 79-4, si la parte que no cumple por un impedimento envía oportuna y adecuadamente la comunicación respectiva a la otra, queda, cumplidos los demás requisitos, exonerada de su responsabilidad por incumplimiento, es decir, surte efecto la comunicación por el hecho de haberla enviado, aunque no haya llegado a su destino. El que se le haga responsable de los daños y perjuicios que produzca la demora o la falta de recepción, no quiere decir que la comunicación no produzca efecto por no haber llegado a su destino, sino sólo que se le determina una responsabilidad especial de cuidar el envío de esta comunicación.

B. Incumplimiento causado por la contraparte (art. 80)

El artículo 80 contempla el caso de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales de alguna parte haya sido causado por una acción u omisión de la otra parte. Dispone que en tal caso, la parte afectada no “podrá invocar el incumplimiento”, en la medida en que haya sido causado por su propia “acción u omisión”. Esta disposición no se encontraba en el proyecto de convención preparado por CNUDMI, y fue agregada en la conferencia de Viena, no obstante que algunos la consideraban innecesaria, pues creían que su contenido era implícito a la buena fe contractual, prevista en el artículo 7 de la *Convención*. Sin embargo, se decidió incluirla para hacer explícita esa regla.¹²

La exoneración de responsabilidad prevista en este artículo, que impide cualquier reclamación contra el deudor, es, en principio, más amplia que la prevista en el artículo 79, que sólo excluye la reclamación por daños y perjuicios. Esta diferencia de tratamiento se justifica porque lo que impide el cumplimiento de la obligación contractual, en el caso previsto por el artículo 80, no es, como en el supuesto del artículo 79, un hecho de la naturaleza o el acto de una persona ajena al contrato, sino la conducta de la contraparte.

¹⁰ Así lo entienden TALLON (*Commentary* 587) y SCHLECHTRIEM 105.

¹¹ Es decir, se aplica la teoría de la expedición, prevista en el artículo 27 para las comunicaciones posteriores al perfeccionamiento del contrato, y no la teoría de la recepción, prevista en los artículos 15 y 18-2, para las comunicaciones de oferta y aceptación. TALLON, en cambio (*Commentary* 587), opina que el artículo 79-4 sigue la teoría de la recepción.

¹² *Informe la. Comisión*, artículo 65, párrafos 12 y 13 (= DO 146).

Esta última observación explica que el artículo 80 deba interpretarse, como lo hace Tallon,¹³ independientemente del artículo 79, de modo que no se exija que la conducta de la contraparte constituya un impedimento con los requisitos previstos en el artículo 79, ni se exija que el deudor tenga que cumplir con el deber de notificar previsto en el mismo. ¡Sería absurdo que el deudor tuviera que notificar el impedimento a la otra parte, cuando el impedimento es precisamente la conducta de esta parte!

La conducta causante del incumplimiento puede ser, según lo prevé el artículo 80, “una acción o una omisión”. En muchos casos podrá consistir en el incumplimiento de las obligaciones que tiene esta parte, por ejemplo, el incumplimiento del comprador de especificar las mercancías que ha de entregarle el vendedor, o el incumplimiento de la obligación de enviarle modelos conforme a los cuales ha de fabricar las mercancías, etcétera.

El artículo deja claro que tiene que haber una relación causal entre la acción u omisión de una parte y el incumplimiento de la otra, al decir que éste debe ser “causado” por alguna de ellas. Esto puede presentar problemas de prueba, pues en muchos casos resultará difícil precisar si el incumplimiento fue causado por la conducta de la otra parte o por otros factores; por ejemplo, un vendedor no entrega las mercancías en el momento convenido y alega que no las pudo fabricar a tiempo porque no recibió con oportunidad el adelanto convenido del precio; en este caso habría que ver si tal demora en el pago fue realmente la causa de la tardanza en la entrega, o si intervinieron otros factores que fueron las causas verdaderas. En todo caso, probar esta relación causal corresponde a la parte que quiere liberarse de la responsabilidad por incumplimiento.

El alcance de la exoneración de responsabilidad prevista en este artículo es mayor, como ya se dijo, que el de la prevista en el artículo 79, que no excluye la responsabilidad por daños y perjuicios. Sin embargo, el artículo 80 dispone que la exoneración de responsabilidad sea proporcional (“en la medida” dice el artículo) a la eficacia que tuvo la conducta de una parte en el incumplimiento de otra; así opina también Tallon.¹⁴ De esta disposición resulta que el alcance de la exoneración deberá determinarse caso por caso, y según el tipo de acción que intente la parte que sufre el incumplimiento. Así, si la parte perjudicada demanda una indemnización por daños y perjuicios, el juez podrá absolver al demandado si éste prueba que el incumplimiento se debió a la conducta del mismo actor; pero deberá condenarlo, aunque en menor grado del que pretende el actor, si el demandado prueba que su incumplimiento se debió en parte a la conducta del actor; o si la parte perjudicada demanda la entrega de mer-

¹³ *Commentary* 598 y ss.

¹⁴ *Commentary* 599.

cancias, pero el demandado prueba que el incumplimiento se debió en parte a la conducta del actor, el juez podrá denegar la petición de entregar las mercancías, pero condenar al pago de daños y perjuicios. Este tipo de casos van a ser un buen campo para ejercicio de la prudencia de los jueces y los árbitros.

2. SUBSANACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO (ARTS. 34, 37 Y 48)

La *Convención*, siguiendo con el principio de mantener el contrato (*favor contractus*), abre la posibilidad de que el vendedor pueda “subsana” cualquier incumplimiento de sus obligaciones, sea antes de que se haya vencido el plazo de cumplimiento (arts. 34 y 37), sea, incluso, con posterioridad a ese momento (art. 48). En estas disposiciones subyace la idea de que se deben dar al deudor todas las posibilidades para cumplir con sus obligaciones, pues es mejor, para ambas partes, el cumplimiento voluntario del contrato que el pago ordenado por un juez o árbitro. Es una regla que coincide con la regla del Derecho romano clásico, que dice que todas las acciones contractuales son absolutorias (*omnia bonae fide iudicia sunt absolutoria*), esto es, que en todas ellas el demandado siempre tiene la posibilidad de salir absuelto si cumple el contrato antes de dictarse la sentencia.¹⁵

La *Convención* sólo prevé expresamente el derecho del vendedor de subsanar su incumplimiento, sea antes de la fecha de entrega de las mercancías, o después de esa fecha. Pero nada impide extender, por analogía, esta disposición al comprador para reconocerle el derecho a subsanar el incumplimiento en el pago del precio.

A. Subsanación de incumplimiento por el vendedor (arts. 34, 37 y 48)

La subsanación o remedio del incumplimiento por parte del vendedor puede hacerse antes o después de la fecha de entrega.

a) Subsanación antes de la fecha de entrega (arts. 34 y 37)

Cuando el vendedor entrega las mercancías con anticipación, y el comprador acepta recibirlas,¹⁶ el vendedor puede luego subsanar, antes de la fe-

¹⁵ Véase D'ORS *Derecho Privado Romano*⁷ (Pamplona, 1991) párrafo 456.

¹⁶ El comprador tiene derecho a rehusar la recepción de mercancías entregadas anticipadamente, artículo 52-1.

cha fijada en el contrato para la entrega, cualquier deficiencia que haya habido en la entrega, sea entregando las partes faltantes, sea sustituyendo o reparando las mercancías defectuosas (art. 37).

El derecho del vendedor a subsanar está condicionado por varias circunstancias. En primer lugar, la subsanación sólo la puede hacer “antes de la fecha fijada de entrega”. Debe tenerse en cuenta que el artículo habla de la fecha de entrega, que en la mayor parte de las compraventas internacionales es el momento en que debe entregarse al transportista, y no de la fecha de arribo de las mercancías al comprador, de modo que puede suceder que un vendedor que tiene obligación de entregar al transportista el 15 de junio, lo hace el treinta de mayo, y como advierte que faltó una parte de las mercancías, envía el resto (corrige el incumplimiento) el 13 de junio; este vendedor ha subsanado oportunamente, no obstante que el primer envío llegue al comprador el 30 de junio, 15 días después del momento de entrega.

En segundo lugar, el derecho a subsanar depende de que no ocasione al comprador “inconvenientes ni gastos excesivos”. En los casos en que el incumplimiento consista en una falta de conformidad de las mercancías con el contrato, puede ser que la sustitución de las mercancías defectuosas por otras nuevas constituya una dificultad excesiva para el comprador, pues tendría que devolver las mercancías recibidas, pagando los gastos de transporte, almacenaje e impuestos de exportación que ello causa, y luego hacer los gastos de importación de las nuevas mercancías; o también puede ser que la reparación de las mercancías pueda causarle contrariedades excesivas, si se trata, por ejemplo, de una maquinaria que ha sido instalada en su fábrica y la reparación pudiera detener o afectar la línea de producción.

En los casos de entrega incompleta, es difícil que la subsanación (la entrega del faltante) antes del vencimiento de la fecha de entrega pueda causar dificultades excesivas al comprador. Podría, sin embargo, darse el caso de que el comprador, al darse cuenta de que la entrega es incompleta, proceda a adquirir de un tercero la parte restante, y que luego el primer vendedor, antes de la fecha fijada para la entrega, pretenda entregar la mercancía faltante; aquí cabría pensar que la subsanación causaría al comprador inconvenientes excesivos.

En todos los casos, la cuestión está en definir qué significan lo “excesivo” de un gasto o un inconveniente. Ello puede determinarse en relación con el valor económico de la prestación no cumplida y el costo de su subsanación.

El derecho del vendedor a enmendar antes de la fecha de entrega, no excluye su responsabilidad por los daños y perjuicios que cause al comprador con la subsanación (art. 37 *in fine*). Será responsable, por ejemplo, de reembolsar al comprador los gastos que le haya causado el regreso de

las mercancías defectuosas, o indemnizarle de lo que dejó de producir al permitir la reparación de una maquinaria defectuosa, etcétera.

Pero aun cuando el vendedor sea quien responda de esos daños y perjuicios, el comprador puede negarse a que se haga la subsanación si, como se dijo antes, es a costa de gastos o inconvenientes excesivos, ya que en la mayoría de los casos el comprador tiene que soportar inmediatamente el costo de la subsanación, aunque después pueda exigirlo al vendedor. Pero si el comprador se niega injustificadamente a aceptar la subsanación, entonces él incurre en responsabilidad, puesto que esa negativa viene a constituir un incumplimiento de su deber de reducir las pérdidas, y tendrá que sufragar todos los daños y perjuicios que pudo haber evitado aceptando la subsanación.¹⁷ Este derecho del vendedor a corregir hace que no pueda considerarse, como advierte Honnold,¹⁸ que exista un “incumplimiento esencial”¹⁹ mientras no expire el plazo de entrega.

Lo mismo se aplica para subsanar cualquier defecto en la entrega de los documentos que el vendedor debe proporcionar al comprador (art. 34).

b) Subsanación después de la fecha de entrega (art. 48)

El artículo 48 establece que el vendedor tiene derecho a subsanar cualquier incumplimiento de sus obligaciones, “incluso después de la fecha de entrega”, si con esto no causa inconvenientes excesivos al comprador, y sin que por ello se libere de la responsabilidad por los daños y perjuicios que haya causado la demora en el cumplimiento.

El derecho del vendedor a subsanar, incluso después de la fecha de entrega, se contrapone con el derecho del comprador a resolver el contrato por incumplimiento del vendedor. En la conferencia de Viena se discutió esta relación entre ambos derechos. El texto del proyecto de convención, preparado por CNUDMI, decía (art. 44): “A menos que el comprador haya resuelto el contrato conforme al artículo 45, el vendedor podrá subsanar...” En esta fórmula, estaba claro que prevalecía el derecho del comprador a resolver el contrato; pero en las discusiones en Viena, se vio la conveniencia de que el derecho del vendedor a subsanar no dependiera de que el comprador no resolviera el contrato. Con ese fin, se sustituyó la frase “a menos que...”, por la del actual artículo 48 que dice: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 (esto es, sin perjuicio del derecho

¹⁷ Sobre este deber, *supra* VII 6.

¹⁸ HONNOLD 298.

¹⁹ Sobre la noción de “incumplimiento esencial”, véase *infra* VIII 3.

del comprador a resolver el contrato), el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar...’’²⁰

La redacción actual del primer párrafo del artículo 48 es ambigua y tendrá que clarificarse por medio de interpretación. Es ambigua, porque dice que no se lesiona el derecho del comprador a resolver el contrato y que el vendedor tiene derecho a subsanar el incumplimiento. La cuestión es saber cuál de los dos derechos debe prevalecer en caso de conflicto. Para solucionarla, es mejor analizar previamente las demás condicionantes del derecho del vendedor a resolver.

Según el mismo párrafo 1 del artículo 48, el vendedor tiene derecho a resolver siempre y cuando lo haga “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”. Michael Will opina acertadamente²¹ que en realidad se fija ahí una sola condicionante: que, con la subsanación, no se causen al comprador “inconvenientes excesivos”, ya que la demora excesiva o la inseguridad en cuanto al reembolso de gastos no son más que ejemplos de inconvenientes excesivos.

De acuerdo con esto, puede concluirse que el vendedor tendrá derecho a subsanar cualquier incumplimiento, después de la fecha de entrega, si lo puede hacer en un lapso breve, atendidas las circunstancias, y sin causar inconvenientes excesivos al comprador. Mientras exista tal posibilidad, debe considerarse que el comprador no puede resolver el contrato, pues el incumplimiento del vendedor no es todavía un “incumplimiento esencial”.²²

Por lo anterior, es recomendable que el comprador afectado por el incumplimiento del vendedor, que no quiere esperar la subsanación, reclame pronto los daños y perjuicios o una reducción proporcional del precio, con lo cual, si bien no elimina el derecho del vendedor a subsanar, sí puede demostrar que la subsanación le causa inconvenientes excesivos.²³

El derecho de subsanar permite al vendedor sustituir mercancías defectuosas, repararlas, completar una entrega incompleta o, incluso, entre-

²⁰ El debate lo iniciaron los representantes de la República Federal Alemana, quienes propusieron que se suprimiera la frase: “A menos que...”; opinaron lo mismo los representantes de Bulgaria y Japón, pero luego retiraron su propuesta para proponer, junto con los representantes de Canadá, Estados Unidos, Países Bajos y la República Democrática Alemana, una propuesta conjunta, que fue finalmente aprobada, que dice: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45 ‘ahora 49’, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar...” Véase *Informe 1a. Comisión*, artículo 44 párrafos 6 a 13 (= DO 124-125).

²¹ *Commentary* 352.

²² En el mismo sentido opina SCHLECHTRIEM 78, quien juzga que el principal inconveniente a considerar es la demora. También HONNOLD 341.

²³ Véase *Comentarios de la Secretaría* artículo 44 párrafo 9 (= DO 44).

gar tardíamente las mercancías y realizar cualquier conducta que hubiera omitido, como proporcionar información sobre seguros o medios de transporte, pero no lo libera de la responsabilidad por los daños y perjuicios que haya causado al comprador debidos al cumplimiento tardío de sus obligaciones (art. 48-1 *in fine*).

El vendedor que quiere ejercer su derecho a subsanar puede intentar hacerlo sin avisar previamente al comprador, por ejemplo, entregando tardíamente al transportista la mercancía para que la conduzca al lugar del comprador, pero corriendo el riesgo de que éste rechace la subsanación, alegando que le causa inconvenientes excesivos. Por supuesto que la negativa infundada del comprador le genera responsabilidad por los daños y perjuicios que pudo haber evitado, para sí o para el vendedor, en tanto que tal negativa constituye un incumplimiento de su deber de reducir pérdidas o, eventualmente, de su deber de conservar las mercancías.

Por eso, es más seguro para el vendedor notificar al comprador, de manera previa, la intención de subsanar el incumplimiento, a fin de que éste manifieste si la acepta o rechaza. Sobre esto último tratan los párrafos 2 a 4 del artículo 48 que se comenta.

El vendedor puede enviar una comunicación al comprador preguntándole si acepta la subsanación en un determinado plazo (párrafo 2), o sólo avisarle que subsanará en un determinado plazo, lo cual se presume que es una pregunta sobre si acepta o rechaza tal acto (párrafo 3). Esta comunicación del vendedor sólo surte efectos si es efectivamente recibida por el comprador (párrafo 4), lo cual constituye una excepción expresa a la regla general, prevista en el artículo 27, de que las comunicaciones entre los contratantes surten efectos por su sola expedición, y carga al vendedor con el riesgo de los defectos o demoras en la transmisión. El artículo no fija un plazo dentro del cual el vendedor pueda hacer esta comunicación, ni un plazo en el cual deba hacer la subsanación; pero se entiende, como acertadamente dice Will,²⁴ que el plazo para hacer la comunicación y la subsanación es el que sea necesario, en cada caso, para que la demora en el cumplimiento no constituya un inconveniente excesivo para el comprador.

Ante una petición de este tipo, el comprador deberá dar respuesta, en un plazo razonable (art. 48-2), contado a partir del día que recibió efectivamente la comunicación (art. 48-4). Si el comprador acepta la subsanación, el vendedor podrá enmendar en el plazo convenido, y el comprador no podrá ejercitar ninguna acción que sea incompatible con el derecho que ha reconocido al vendedor de subsanar el incumplimiento, mientras no expire el plazo mencionado; por ejemplo, el vendedor podrá entregar tardíamente las mercancías o repararlas, y el comprador no podrá deman-

²⁴ *Commentary* 355.

dar la resolución del contrato, ni exigir la sustitución de las mercancías cuando ha aceptado su reparación, ni solicitar una reducción proporcional del precio, mientras no expire aquel plazo, aunque sí podrá reclamar, en todo momento, los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento original y la subsanación.

Si el comprador no responde en el plazo razonable, cuya duración deberá determinarse caso por caso, se presume que acepta la petición del vendedor, y éste podrá subsanar en el plazo indicado por él (párrafo 2). Pero debe tenerse en cuenta que la comunicación que en respuesta envía el comprador surte sus efectos de acuerdo con la regla general, citada arriba, por el hecho de haberse expedido, y aun cuando nunca llegue a su destinatario.²⁵ En consecuencia, en el caso de que el comprador hubiera enviado oportunamente una respuesta negativa que nunca llegó al vendedor, si éste intenta subsanar, el comprador puede justamente rechazar la subsanación, demostrando que envió tal respuesta.

El comprador puede responder a la propuesta de subsanación del vendedor con un rechazo y, además, ejercer alguna acción por causa del incumplimiento del vendedor, como la resolución del contrato o la sustitución de mercancías. El rechazo del comprador impide la subsanación, pero hace al comprador responsable, si el rechazo fuera infundado, de las pérdidas que pudo haber evitado. El rechazo es infundado cuando la subsanación no causa al comprador inconvenientes excesivos, en el sentido explicado arriba.

B. Subsanación de incumplimiento por el comprador

Si bien la *Convención* nada dice acerca del derecho del comprador a subsanar su incumplimiento, cabe extender al comprador, por analogía, las reglas arriba analizadas para la subsanación por parte del vendedor. Ciertamente, la obligación de entregar las mercancías es de naturaleza diferente de la de pagar un precio, pero en uno y otro caso, se trata del pago de una obligación contractual, y la misma razón —promover el cumplimiento del contrato— que existe para darle al vendedor la oportunidad de subsanar el incumplimiento, justifica dársela al comprador.

La hipótesis prevista en el artículo 37 —subsanación antes de la fecha de vencimiento de la obligación— quizá pocas veces pueda aplicarse al comprador, pues aunque él haya adelantado una parte del precio, siempre tiene el derecho de pagar la diferencia en tanto no se venza el plazo, de modo que parecería superfluo hablar de un derecho a subsanar antes del

²⁵ Véase *Comentarios de la Secretaría* artículo 44 párrafo 15.

vencimiento del plazo. Pero pudiera ser necesario aplicar analógicamente las reglas del artículo 37 a compraventas en que el precio no se fijó en el contrato, sino que se previó su posterior determinación por un tercero o un factor externo, como, por ejemplo, el mercado;²⁶ en los casos en que el monto del precio puede ser discutible, si el comprador, antes de la fecha de vencimiento del plazo, paga una cantidad que él considera que representa el precio convenido, pero que el vendedor discute, podría aplicarse analógicamente el citado artículo para reconocer al comprador el derecho a subsanar el incumplimiento —suponiendo que hubo error en la determinación de la cantidad que él pagó—, mientras no se extinga el plazo de pago, lo cual implica que el vendedor no podrá resolver el contrato y vender las mercancías mientras no expire dicho plazo.

Más frecuente será la aplicación analógica del artículo 48 a los casos en que, vencido el plazo de pago, el comprador paga tardíamente o pide un plazo para pagar. En estos casos deberá reconocérsele, lo mismo que al vendedor, su derecho a subsanar el incumplimiento, mientras no cause con ello inconvenientes excesivos. El reconocimiento de este derecho implica, con las condiciones previstas en el artículo citado, que el vendedor no podrá ejercitar los recursos por incumplimiento del comprador, ni resolver el contrato mientras exista tal derecho.

3. INCUMPLIMIENTO ESENCIAL (ART. 25)

El artículo 25 de la *Convención* contiene la noción de “incumplimiento esencial”. Se trata de una noción peculiar de este instrumento jurídico y que tiene consecuencias prácticas importantes en el régimen del contrato de compraventa internacional, pues de ella dependen el derecho de resolver un contrato (arts. 49 y 64), el de exigir mercancías en sustitución de las que no fueran conformes con el contrato (art. 46-2), el de subsanar el incumplimiento (art. 48), o la posibilidad de revertir al vendedor los riesgos por pérdida o deterioro de las mercancías (art. 70).

Se define como incumplimiento esencial aquel incumplimiento que “cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”.

El centro de gravedad de la noción está en la palabra “perjuicio”. Sólo el incumplimiento que cause un “perjuicio” grave —grave en el sentido que después se aclarará— puede ser un incumplimiento esencial. En la convención de La Haya sobre los contratos de compraventa internacional (LUCI art. 10) se contemplaba esta noción, pero se definía como aquel

²⁶ Véase artículos 14, 55 y 56.

incumplimiento que, de haberlo previsto la parte afectada, no habría convenido el contrato. La noción se criticó por ser subjetiva, pues dependía de la consideración acerca de lo que hubiera sido la conducta hipotética de la parte afectada, si hubiera previsto el incumplimiento. Ya en las sesiones del grupo de CNUDMI que preparó el proyecto de la convención actual, los representantes mexicanos hicieron la propuesta de ligar la noción de incumplimiento esencial con la de “perjuicio importante”.²⁷ La propuesta fue aprobada, y en el proyecto de convención que se presentó a la Conferencia de Viena (art. 23) se definía el incumplimiento esencial como el que “causa un perjuicio importante”. Se pasó así, por iniciativa de los juristas mexicanos, de una definición subjetiva de incumplimiento esencial a una objetiva.

Debe advertirse, como bien señala Will,²⁸ que la palabra “perjuicio” (en la versión inglesa *detriment*) del artículo 25, debe interpretarse en sentido amplio, como cualquier deterioro o menoscabo económico, y no en el sentido restringido de ganancia dejada de obtener, con el que aparece en el artículo 74 que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios.

Durante los trabajos de la conferencia diplomática pareció necesario precisar en qué podía consistir el perjuicio que constituía un incumplimiento esencial. Algunos delegados pensaban que sólo debía considerarse el detrimento patrimonial efectivamente causado a la parte afectada, por lo que no era necesaria ninguna precisión; otros, encabezados por los representantes de Alemania Federal, pensaban que también debía tomarse como perjuicio constitutivo de un incumplimiento esencial la frustración de las expectativas generadas por el contrato.²⁹ En la comisión que examinaba este artículo, se integró un grupo de trabajo especial que formuló una propuesta,³⁰ que fue aprobada, con cambios de estilo, e incorporada al actual artículo 25, que señala que el perjuicio que constituye un incumplimiento esencial debe ser “tal que la prive (a la parte afectada) sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”.³¹ De este modo, queda claro que puede constituir un incumplimiento esencial aquel que frustra expectativas derivadas del contrato, como la posibilidad de revender las mercancías, o la de concluir en cierta fecha la fabricación de unos bienes que debían terminarse con los materiales comprados.

El perjuicio —dice el artículo citado— debe “privar sustancialmente” a la parte agraviada de sus legítimas expectativas. Lo que ha de enten-

²⁷ Véase *Yearbook VI* (1975) 53, 64, 77-78 y 94-95.

²⁸ *Commentary* 210.

²⁹ *Actas resumidas 1a. Comisión* sesión 12 párrafo 68 (= DO 323).

³⁰ *Informe 1a. Comisión* artículo 23 párrafo 7 (= DO 107).

³¹ La propuesta aprobada originalmente decía: “un perjuicio tal que menoscabe sustancialmente sus expectativas en relación con el contrato”.

derse por “privar sustancialmente”³² es algo que tendrá que aclararse caso por caso, en atención a las circunstancias del contrato, como el monto total del mismo, el daño pecuniario que causa el incumplimiento o las desventajas económicas que produce.³³ Entre las circunstancias a considerar, puede estar una oferta de subsanación hecha por el vendedor, o incluso la mera posibilidad de que el vendedor subsane con oportunidad el incumplimiento. Difícilmente podrá considerarse esencial un incumplimiento si hay una oferta de subsanar o si existe una posibilidad cierta de ello.

Puede constituir incumplimiento esencial, por parte del vendedor, no sólo la falta de entrega de las mercancías, sino también la falta de conformidad de las mismas, la demora en la entrega o la entrega parcial, si producen un perjuicio con las características anotadas. Por parte del comprador, puede serlo, además de la falta de pago de precio, su demora en hacerlo, la negativa de recibir las mercancías o su demora en recibir las.

La parte que con el incumplimiento de sus obligaciones ha ocasionado un perjuicio grave a la otra, puede rechazar la responsabilidad de haber cometido un “incumplimiento esencial” —dice el mismo artículo 25— si demuestra que no previó “tal resultado” y que tampoco lo “hubiera previsto” una “persona razonable de la misma condición” y “en igual situación”. La previsibilidad del resultado viene a ser, así, una condición para que exista ese tipo de incumplimiento. La previsibilidad del resultado debe juzgarse con dos criterios, uno subjetivo, y otro objetivo. El primero es que la propia parte que incumple efectivamente no haya previsto el resultado; y el segundo es que tampoco lo hubiera previsto una “persona razonable”. La combinación de ambos criterios permite que no pueda excusarse una parte que, por negligencia o torpeza, no previó el resultado que causaba con su incumplimiento.³⁴ Debe advertirse que el criterio objetivo no es el de una “persona razonable” en abstracto, sino de una persona de “la misma condición” que la parte que incumple, esto es, que tenga la misma profesión, semejante experiencia, misma cultura, lengua, raza, edad, religión, y colocada en “la misma situación”, es decir, ante un contrato de la misma importancia, en semejantes condiciones del mercado, de clima o de estabilidad política, etcétera.

El artículo no precisa en qué momento debiera haber previsto el resultado que causaría el incumplimiento, si en el momento del perfeccionamiento del contrato o en un momento posterior. La intención de los redac-

³² No parece que el adverbio “sustancialmente”, usado en este artículo, deba interpretarse en sentido meramente cuantitativo como el adjetivo “sustancial”, utilizado en el artículo 3-2.

³³ Véase *Comentarios de la Secretaría* artículo 23 párrafo 3 (= DO 28).

³⁴ La inclusión del criterio objetivo se debe a una propuesta de los delegados de Egipto, ver *Informe la. Comisión*, artículo 23 párrafo 2-v (= DO 107).

tores del proyecto era dejar este punto a la decisión de los jueces y árbitros,³⁵ ya que podría ser, por ejemplo, que al momento de perfeccionarse la venta de una maquinaria, el vendedor no supiera que la fecha de entrega tiene gran importancia para el comprador, sino que esto se lo hizo saber el comprador poco después; si se determinara la previsibilidad del resultado de la demora de una semana en la entrega según la información que tenía el vendedor al momento de perfeccionarse el contrato, podría concluirse que el vendedor no previó, ni podía preverlo una persona razonable, que tal demora causaría un perjuicio grave al comprador; si, en cambio, se admite que la previsibilidad puede juzgarse en relación con un momento posterior, podía concluirse que la gravedad del resultado del incumplimiento sí era previsible. Tomando en cuenta 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 dan, me parece que debe considerarse la previsibilidad en un momento posterior al perfeccionamiento del contrato y, más concretamente, en el momento en que la parte que incumplió intentó cumplir (por ejemplo, en el momento en que envió las mercancías que resultaron no ser conformes con el contrato), u omitió hacerlo (por ejemplo, en el momento que venció el plazo para entregar).

4. INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE (ARTS. 71, 72 Y 73)

Después de celebrado el contrato, y antes de que venza el plazo para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, puede suceder que una de las partes advierta que la otra no está en condiciones de cumplir alguna de sus obligaciones; por ejemplo, que el vendedor no podrá entregar las mercancías porque aún no ha obtenido la materia prima para fabricarlas. Siguiendo una lógica rigurosa, debería concluirse que el comprador, en ese caso, tendría que respetar el contrato, esperarse hasta que venza el plazo de entrega de las mercancías, y posteriormente proceder a reclamar al vendedor por el incumplimiento. Pero esta lógica va en contra de las exigencias de justicia de una relación contractual fundada en la reciprocidad, ya que resulta desproporcionado exigir a una parte que cumpla sus obligaciones contractuales cuando es patente que la otra parte no cumplirá las suyas. En atención a esto, la *Convención* incluye, en sus artículos 71-1, 72-1 y 73-2, la noción de "incumplimiento previsible" y los recursos que puede emplear la parte que se ve amenazada por ello.

³⁵ Véase *Comentarios de la Secretaría* artículo 23 párrafo 5 (= DO 28).

A. Noción de incumplimiento previsible

En apariencia, cada uno de los artículos citados contiene una noción peculiar de incumplimiento previsible, relacionada con los efectos que se siguen del mismo. En el artículo 71-1 se trata del incumplimiento previsible que da lugar a una suspensión de las obligaciones de la parte amenazada; en el artículo 72-1, del que da lugar a pedir la resolución del contrato; y en el 73-2, del que ocasiona una resolución de un contrato con entregas sucesivas. Sin embargo, como se verá, en el fondo la noción es la misma.

a) *Incumplimiento previsible según el artículo 71-1: "incumplimiento sustancial"*

Según el artículo 71, hay incumplimiento previsible³⁶ "si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones..." Hay tres puntos que merecen comentario: el tiempo en que debe manifestarse la posibilidad de incumplimiento, el grado de probabilidad del mismo, y el tipo de obligación que podrá quedar incumplida.

La posibilidad de incumplimiento debe manifestarse después de la celebración del contrato, ya que si era conocida cuando se convino el contrato, se entendería que tal posibilidad fue un riesgo del que estaba enterado y asumió la parte afectada. Lo importante es, como menciona Schlechtriem,³⁷ en qué momento "resulta manifiesto" que la otra parte no cumplirá. Así, cuando la parte afectada conoce, después de la celebración del contrato, circunstancias que ya existían en el momento de la celebración del contrato, y que le hacen prever el incumplimiento, tal previsión se le ha hecho manifiesta después de la celebración del contrato, aunque se funde en hechos preexistentes.

Esta referencia temporal tiene como consecuencia que la parte que hubiera contratado sin conocer, por ignorancia o por engaño, la capacidad real de la otra parte para cumplir sus obligaciones, puede defender su patrimonio, con los recursos que se analizarán más adelante, sin tener que recurrir a la impugnación del contrato por causa de error o engaño. Es decir, la *Convención* supone que el contrato celebrado por error o engaño, por ejemplo, habiendo sido engañado el comprador acerca de la ca-

³⁶ La expresión "incumplimiento previsible" no aparece en los artículos 71 y 72, pero sí en la rúbrica de la sección I ("incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas") del capítulo V de la *Convención*.

³⁷ SCHLECHTRIEM p. 93.

pacidad del vendedor para fabricar cierto tipo de mercancías, es válido,³⁸ pero dispone los recursos necesarios para que la parte afectada salga indemne.

La previsión de un incumplimiento es algo que debe estimarse en relación con hechos o circunstancias que la fundamenten, pero no podrá esperarse de ella certeza absoluta, pues aun la previsión basada en la declaración de la parte obligada de que no cumplirá el contrato, puede fallar si ésta cambia su voluntad. La previsión de incumplimiento es, pues, una opinión, que debe ser fundada, pero no es más que una opinión que emite la parte que se siente amenazada por el incumplimiento de la otra.

El artículo 71-1 exige que la previsión de incumplimiento se funde en (inciso a) un “grave menoscabo” de la capacidad para cumplir sus obligaciones o de la “solvencia” económica. Un grave menoscabo en su capacidad para cumplir puede ser algo que se refiera directamente a la parte obligada, por ejemplo, deficiencias técnicas en su línea de producción; o puede ser algo que derive de una situación general, como una guerra o una prohibición de exportaciones.³⁹ El deterioro de la solvencia económica puede conocerse, por ejemplo, por no haber cumplido las obligaciones pecuniarias derivadas de otros contratos.⁴⁰

O que se funde (inciso b) en el “comportamiento” de la parte obligada “al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato”; por ejemplo, que el vendedor ha adquirido materia prima de baja calidad para fabricar las mercancías, lo que hace presumir que no tendrán la calidad convenida, o que no ha comprado oportunamente esa materia, o que ha iniciado con tardanza el proceso de fabricación. El incumplimiento de alguna obligación secundaria, por ejemplo, no enviar una muestra de las mercancías fabricadas, puede también constituir un comportamiento que haga presumir un incumplimiento de mayores consecuencias.

Si se produce alguno de esos hechos, cabe pensar que puede haber un incumplimiento, pero el artículo 71 exige algo más que la prueba de estos hechos; la prueba de estos hechos no presume el incumplimiento, sino que lo presenta como posible. El artículo 71 exige (párrafo 1) que “resulte manifiesto” que la otra parte no cumplirá. Esto significa, como dice Honnold,⁴¹ que debe haber “motivos objetivos que demuestren un alto grado de probabilidad de incumplimiento”; pero, en todo caso, se trata sólo de probabilidad y no de certeza.

³⁸ Si se quisiera optar por la impugnación de la validez de un contrato celebrado por error o engaño, tendría que acudirse a los recursos que establezca la ley nacional aplicable al contrato; véase artículo 4-a.

³⁹ Véase *Comentarios de la Secretaría* artículo 62 párrafo 2 (= DO 57).

⁴⁰ Véase *Comentarios de la Secretaría* artículo 62 párrafo 3 (= DO 57).

⁴¹ HONNOLD 432.

En cuanto a la obligación que ha de quedar sin cumplirse, el mismo artículo precisa que debe tratarse de “una parte sustancial” de las obligaciones. Va a ser difícil precisar qué significa este incumplimiento de “una parte sustancial”, pero por lo pronto es claro que no ha de tratarse de incumplimiento de obligaciones que tengan poca importancia económica para la parte afectada, por ejemplo, el incumplimiento de una característica secundaria de las mercancías, como en ciertos casos pueden serlo el color o la empaquetadura. También es claro que este incumplimiento sustancial es menor que el incumplimiento esencial previsto en el artículo 25, ya que en el artículo 72-1 se contempla la previsión de un incumplimiento esencial, con otra consecuencia —la resolución del contrato— en vez de la suspensión de cumplimiento de obligaciones. El incumplimiento sustancial de que habla este artículo es, pues, algo intermedio entre un incumplimiento “no sustancial” y un incumplimiento esencial. La distinción de estos grados de incumplimiento tendrá que hacerse por vía casuística.

b) Incumplimiento previsible según el artículo

72-1: incumplimiento esencial

Este artículo se refiere a que “antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato”.

En cuanto al tiempo en que debe hacerse la previsión del incumplimiento, según este artículo, debe hacerse “antes de la fecha de cumplimiento”, y el artículo 71-1 dice que debe realizarse “después de la celebración del contrato”. En realidad, en ambos artículos se prevé, no un momento específico para hacer la previsión de incumplimiento, sino un plazo que va desde la celebración del contrato (art. 71-1), hasta la fecha de cumplimiento (art. 72-1).

En el artículo 72-1 parece exigirse un grado mayor de probabilidad del incumplimiento, por cuanto se exige que éste sea “patente”, y no, como en el artículo 71-1, que “resulte manifiesto”. Durante los trabajos en la Conferencia de Viena se quisieron mantener dos expresiones diferentes para esos dos artículos, porque se pensaba que se trataba de dos grados de probabilidad diferentes, el del artículo 71-1 menor que el del 72-1, dadas las consecuencias desiguales que se seguían de uno y otro artículo.⁴² Pero en la práctica va a resultar muy difícil encontrar una diferencia entre ambas expresiones.⁴³ Aunque el artículo 72 no lo precisa, cabe extender

⁴² Véase *Actas resumidas 1a. Comisión* sesión 38 párrafos 104-106 (= DO 462).

⁴³ SCHLECHTRIEM 96 opina que no hay diferencia en el grado de probabilidad.

lo que dice el artículo 71-1 respecto de los hechos que pueden hacer suponer un incumplimiento: el grave menoscabo de la capacidad de la parte obligada, o su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir alguna de sus obligaciones, también pueden fundar una previsión de incumplimiento esencial.

El incumplimiento previsible que contempla el artículo 72 es un “incumplimiento esencial”, a diferencia del que considera el artículo 71, que es un incumplimiento “sustancial”. Esta diferencia en cuanto a los posibles daños y perjuicios que se sigan del incumplimiento, en mi opinión, es lo único que justifica —y no la diferencia en el grado de probabilidad— que haya un recurso más fuerte —la resolución del contrato— cuando se prevé un incumplimiento esencial, que cuando se prevé uno sustancial.

c) El incumplimiento previsible según el artículo 73-2: incumplimiento parcial

Este artículo dispone, respecto de un contrato en el que se pactaron entregas sucesivas, que hay un incumplimiento previsible cuando el “incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas”. El incumplimiento que se prevé es, pues, un incumplimiento parcial, como el que anticipa el vendedor-fabricante cuando el comprador-distribuidor ha demorado excesivamente en pagar la última entrega de mercancías, o el que anticipa el comprador-distribuidor respecto de un fabricante que en la última ocasión entregó mercancías de muy baja calidad.

Se trata de una previsión de incumplimiento que debe de hacerse, como en los casos contemplados en los otros artículos, después de celebrado el contrato y antes de la fecha de cumplimiento de la entrega futura.

En cuanto a la previsión, este artículo exige un dato objetivo: que haya habido un incumplimiento de alguna obligación previa, el cual haga inferir que se producirá un incumplimiento esencial. Este elemento objetivo también vendría exigido para incumplimiento previsible contemplado en el artículo 71-1, donde dice (párrafo 1 inciso b) que debe fundarse en el comportamiento de la parte al disponerse a cumplir o al cumplir alguna de sus obligaciones, ya que es claro que un incumplimiento de cualquiera de las obligaciones es un comportamiento que hace prever el incumplimiento de otras obligaciones. Pero además exige, lo mismo que los artículos 71-1 y 72-1, que exista un cierto grado de probabilidad de que se produzca el incumplimiento, aunque lo hace con otra expresión, afirmando que la parte afectada tenga “fundados motivos para inferir” que se producirá el incumplimiento.

Hay, pues, tres expresiones para indicar el grado de probabilidad: que “resulte manifiesto” (art. 71-1), que sea “patente” (art. 72-1) y que haya “fundados motivos para inferir” (art. 73-2). No me parece que en el fondo haya ninguna diferencia, pues para que “resulte manifiesto” o sea “patente” que va a ocurrir un incumplimiento debe haber, ciertamente, “fundados motivos” para pensar así; y la diferencia entre que algo sea “manifiesto” y que sea “evidente” es imperceptible, máxime cuando se trata de cosas que todavía no son, sino de cosas que pueden ser: la evidencia de una posibilidad, no es en realidad una evidencia —no es la certeza de que algo es así—, sino sólo una opinión bien fundada de algo que puede ser, aunque quizá no sea.

d) Una noción unitaria de incumplimiento previsible

A partir del análisis de los tres artículos citados, puede concluirse que existe en la *Convención* una sola noción de incumplimiento previsible, que consiste en la previsión que hace una de las partes contratantes, después de celebrarse el contrato y antes de la fecha de cumplimiento, con base en datos objetivos (incapacidad o comportamiento de la otra parte) que la hacen altamente probable, de que la otra parte no cumplirá alguna de sus obligaciones contractuales.

En todos los casos, el criterio para decidir si la previsión de incumplimiento fue fundada o no, ha de ser, como opina Schlechtriem,⁴⁴ el de si una “persona razonable” la hubiera hecho o no en las mismas circunstancias.

La previsión de incumplimiento puede tener consecuencias diferentes, por razón del perjuicio que el incumplimiento pueda causar. Si se causa un perjuicio “sustancial”, cabe la suspensión de cumplimiento de obligaciones (art. 71); si se causa un perjuicio “esencial”, cabe la resolución del contrato (art. 72), y si se causa un perjuicio esencial con el incumplimiento de una entrega futura, cabe la resolución del contrato respecto de esa entrega o de varias entregas futuras o, incluso, de todo el contrato (art. 73).

B. Recursos por incumplimiento previsible

La previsión de incumplimiento puede dar lugar a varios recursos, como se dijo arriba, dependientes del perjuicio que pueda causarse a la parte amenazada.

⁴⁴ SCHLECHTRIEM 96.

*a) Suspensión del cumplimiento de obligaciones
(art. 71 párrafos 1, 2 y 3)*

Si prevé un incumplimiento sustancial, la parte amenazada “podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones” (art. 71-1). Este diferir o suspender el contrato puede implicar diversas conductas por parte del comprador, como no pagar el precio, no enviar materiales, muestras o modelos, no iniciar trámites de importación; o por parte del vendedor, como no enviar las mercancías, suspender su fabricación o los trámites para la exportación; es decir, puede suspenderse la realización de actos que constituyen el cumplimiento mismo de una obligación (el pago o la entrega de mercancías), o la realización de actos preparatorios.⁴⁵

Un caso especial de suspensión del cumplimiento de obligaciones es el del vendedor que envió las mercancías antes de prever el incumplimiento del comprador. El párrafo 2 del artículo 71 lo autoriza a “oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas”. Esta acción involucra ciertamente al transportista, que puede tener distintas instrucciones: entregar previo cobro (COD), entregar contra presentación de documentos o entregar a persona determinada debidamente identificada. La posibilidad del vendedor de impedir que el transportista entregue las mercancías al comprador depende, por lo tanto, no del contrato de compraventa ni de la *Convención*, sino del contrato de transporte y la legislación aplicable al mismo; por eso, la frase final del citado párrafo dice que la disposición sólo es aplicable a las relaciones entre comprador y vendedor, es decir, que sólo autoriza a que el vendedor detenga la entrega de mercancías, sin incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de su obligación de entregarlas, pero que no autoriza sin más al transportista para que deje de entregarlas.

En los *Comentarios de la Secretaría*⁴⁶ se afirma que el derecho del vendedor a impedir la entrega de las mercancías no opera si las ha adquirido de buena fe, mientras están en tránsito, un tercero. En mi opinión, esto sería justo si el transportista expidió un documento negociable, como un conocimiento de embarque, que otorga a su poseedor el derecho de reclamar las mercancías, ya que el derecho que tiene el poseedor de este documento es, en la práctica del comercio internacional, completamente independiente de la voluntad del vendedor. Pero si el transportista sólo expidió un documento no negociable, como una guía de embarque (*waybill*), en mi opinión, el vendedor podría, sin incurrir en responsabilidad frente al comprador, oponerse a que se entreguen las mercancías incluso a un ter-

⁴⁵ SCHLECHTRIEM 93.

⁴⁶ *Comentarios de la Secretaría* artículo 62 párrafo 11 (= DO 57).

cero de buena fe, que se presentara, por ejemplo, con una carta poder del comprador, si así lo permitiera el contrato de transporte.

La parte que suspende el cumplimiento de sus obligaciones puede hacerlo sin avisar previamente a la otra parte.⁴⁷ Pero una vez que toma esta decisión, debe “comunicarlo inmediatamente a la otra parte” (art. 71-3), a fin de que ésta pueda dar “seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones”. Qué es una seguridad “suficiente” es algo que depende de cada caso, y en especial de los hechos que fundamentaron la previsión de incumplimiento, pues la seguridad debe consistir en la superación de tales hechos. Si, por ejemplo, el vendedor, sabiendo que el comprador no pagaba otras deudas, suspendió el envío de las mercancías, el comprador deberá demostrar que tiene solvencia suficiente para pagar el precio, o presentar un fiador; si el comprador suspendió el pago del precio porque supo que una huelga en la fábrica del vendedor impedía la producción de las mercancías, bastará con que el vendedor demuestre que la huelga ha terminado. En todo caso, como dice acertadamente Bennett,⁴⁸ la parte que pide seguridad no debe exigir una seguridad mayor que la que le otorga el propio contrato; sería excesivo, por ejemplo, que el comprador, en el caso antes mencionado, exigiera del vendedor una fianza de que entregaría las mercancías. Basta con que sea una seguridad, añade ese autor, que impida que la parte amenazada sufra un perjuicio sustancial. Si se exigiera una seguridad mayor, como parece opinar Schlechtriem,⁴⁹ se estaría obligando a una parte a dar más de lo que está obligada por causa del contrato.

Si se otorgan seguridades suficientes, la parte que suspendió el cumplimiento de sus obligaciones debe proceder a cumplirlas, toda vez que ha quedado garantizada la bilateralidad contractual. Pero debe prorrogarse el plazo para el cumplimiento de las obligaciones por el mismo tiempo que estuvo suspendido el contrato, de modo que si el vendedor suspendió el cumplimiento de sus obligaciones y 30 días después el comprador dio seguridades suficientes, el plazo para entregar las mercancías se debe aplazar 30 días más de lo convenido en el contrato.⁵⁰

Un punto que quedó sin regular en la *Convención* es el del tiempo que debe esperarse para el otorgamiento de las seguridades de cumplimiento. De acuerdo con el principio de razonabilidad, patente en muchos artículos de la misma, cabe interpretar que debe ser un tiempo razonable, atendidas las circunstancias del caso.

⁴⁷ Sin embargo, como observa BENNETT (*Commentary* 521) es conveniente dar el aviso previo para facilitar que la otra parte otorgue seguridades.

⁴⁸ *Commentary* 523.

⁴⁹ SCHLECHTRIEM 94.

⁵⁰ Véase *Comentarios de la Secretaría* artículo 62 párrafo 9 (= DO 57).

Si no se otorga la seguridad requerida en un plazo razonable, la parte amenazada podrá resolver el contrato, de acuerdo con el artículo 72, sin necesidad de esperar a que se venza el plazo que tenía la otra parte para cumplir sus obligaciones, ya que la falta de seguridad hace prever un incumplimiento esencial; o podrá esperar a que venza dicho plazo y pedir la resolución del contrato, conforme a los artículos 49 y 64, demostrando que hay un efectivo incumplimiento esencial.⁵¹ O, finalmente, podrá dejar en suspenso el cumplimiento de sus obligaciones y esperar a que transcurra el plazo de cuatro años para que caduque la acción de la otra parte.⁵² Esta última opción sólo es aconsejable, en general, al comprador que no ha pagado el precio o parte del mismo y que ha suspendido el cumplimiento de sus obligaciones con estricto apego al contrato y al artículo 71 de la *Convención*. En los demás casos, conviene resolver el contrato, exigir la devolución de lo que se hubiere entregado y la indemnización correspondiente por daños y perjuicios.

b) Resolución del contrato (art. 72)

Si la parte amenazada prevé un incumplimiento esencial, podrá entonces, conforme al artículo 72, declarar resuelto el contrato. El que pueda declararse la resolución del contrato en vez de la suspensión, depende principalmente del tipo de incumplimiento previsto; si se prevé un incumplimiento sustancial, procede la suspensión; si se prevé un incumplimiento esencial, procede la resolución. Pero puede ser que de la suspensión del contrato se pase a la resolución, si la parte requerida no da seguridades de que cumplirá el contrato, con lo cual dará fundamento para prever que incurrirá en un incumplimiento esencial.⁵³

La parte que tiene intención de resolver el contrato, “si hubiere tiempo para ello”, debe comunicar su intención a la otra parte “con antelación razonable” (art. 72-2). Como la resolución del contrato es una medida más drástica que la suspensión del mismo, se quiso que el derecho a resolver estuviera condicionado por el requisito de avisar previamente a la otra parte, a fin de que ésta tenga oportunidad de dar seguridades de que cumplirá. Pero el aviso no es un requisito indispensable, pues sólo se exige cuando el tiempo lo permite; en la mayoría de los casos, como opina Honnold,⁵⁴ gracias a los medios modernos de comunicación, será posible

⁵¹ Ver *Comentarios de la Secretaría* artículo 62 párrafo 15 (= DO 58).

⁵² *Comentarios de la Secretaría* artículo 62 párrafo 14 (= DO 58). El plazo de caducidad lo establece el artículo 8 de la *Convención sobre la prescripción de acciones*.

⁵³ *Comentarios de la Secretaría*, artículo 63 párrafo 2 (= DO 58).

⁵⁴ HONNOLD 398.

dar ese aviso sin afectar los intereses de la parte amenazada por el incumplimiento. De manera expresa se exime del requisito de aviso previo (art. 72-3) cuando la otra parte declara que no cumplirá sus obligaciones.

Cuando una parte declara resuelto el contrato sin haber avisado previamente a la otra, surge la cuestión de si esta última puede ofrecer seguridades de que cumplirá, a fin de mantener en vigor el contrato. La respuesta es negativa, porque si en un caso hay tiempo para ofrecer seguridades, es porque también habría habido tiempo para avisar previamente la resolución. Pero las partes podrán convenir lo que les resulte más conveniente, de modo que si la que resolvió acepta las seguridades que ofrece la otra, el contrato sigue en vigor.

c) Resolución del contrato con entregas sucesivas (art. 73)

Si en un contrato con entregas sucesivas, el incumplimiento de cualquier obligación relativa a una entrega —como una entrega de mercancías defectuosas o una demora excesiva en el pago del precio de esa entrega— hace prever que habrá un incumplimiento esencial respecto de futuras entregas, el artículo 73-2 autoriza a la parte amenazada a declarar resuelto el contrato respecto de las entregas futuras, “siempre que lo haga dentro de un plazo razonable”. Incluso, admite (párrafo 3) que el comprador —y sólo el comprador— pueda declarar resuelto el contrato respecto de entregas ya efectuadas, si existe entre las diversas entregas una interdependencia tal que hace que la falta de una haga inútiles las otras, como en el caso de una maquinaria que se entregara por partes.

Para la resolución de este tipo de contratos por causa de incumplimiento esencial previsible no se exige aviso previo, como en los otros contratos (art. 72-2), pero se fija un plazo para hacerla, el “plazo razonable”, que deberá definirse caso por caso, de acuerdo con las circunstancias.⁵⁵ El plazo debe computarse, aunque no lo dice el artículo, desde el momento en que la parte afectada hizo la previsión o, aplicando analógicamente el artículo 25, que define el incumplimiento esencial, desde el momento en que la hubiera hecho una persona razonable de su misma condición.

Si bien el artículo 73 no habla de la previsión de un incumplimiento sustancial, como el artículo 71, no se puede excluir que en un contrato con entregas sucesivas pueda hacerse una previsión de incumplimiento sustancial, conforme a lo previsto por el artículo 71, que justifique que la parte amenazada suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, en tanto la otra parte no le dé seguridades de cumplimiento.

⁵⁵ También se fija un “plazo razonable” para que el comprador resuelva el contrato por incumplimiento de alguna de las obligaciones del vendedor (artículo 49-2-b), y para algunos casos de resolución del contrato por incumplimiento del comprador (artículo 64-2).

C. Responsabilidad de la parte que suspende o resuelve el contrato por causa de incumplimiento previsible

La parte que, ante la posibilidad de un incumplimiento de la otra parte, decide suspender o resolver el contrato, debe asegurarse de tener perfecto derecho a hacerlo, ya que si suspendiera el contrato o lo resolviera infundadamente, la otra parte podría reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado con esa decisión infundada. Pueden presentarse varios casos.

Si se suspende el contrato sin fundamento, la parte que deja de cumplir sus obligaciones puede incurrir en mora y, por lo mismo, será responsable de los daños y perjuicios consiguientes. Y aun cuando no incurra en mora, puede ser que la mera suspensión cause a la otra parte daños y perjuicios por la incertidumbre en que la pone. Si se suspende el contrato fundadamente, pero no se le avisa "inmediatamente" a la otra parte, la demora en el aviso puede causar daños y perjuicios en tanto que estorba la posibilidad de otorgar seguridades y continuar con el contrato.⁵⁶ Por último, si se suspende fundadamente el contrato y se avisa con oportunidad a la otra parte, pero se rechazan, sin fundamento, las seguridades que ésta ofrece, se incurre en responsabilidad por los daños y perjuicios causados por tal rechazo.

Pero también puede ser que la decisión de una parte de no suspender un contrato cuando hay signos claros de que la otra parte no cumplirá, genere una responsabilidad, conforme al artículo 77, por los daños y perjuicios que pudo evitarse si hubiera suspendido oportunamente el contrato.

La resolución del contrato puede generar, también, responsabilidad por daños y perjuicios cuando se hace infundadamente; cuando, pudiendo avisar previamente, no se hizo, o cuando se rechazan seguridades que eran suficientes para garantizar el cumplimiento. Y si se resuelve fundadamente el contrato, la parte que lo hace debe, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 75 a 77, tomar las medidas necesarias para reducir las posibles pérdidas.

Si bien los artículos 71 y 72 proveen a la parte afectada con dos recursos distintos (suspensión y resolución del contrato) para afrontar un posible incumplimiento, que puede emplear indistintamente, en la práctica, ante un posible incumplimiento, conviene primero suspender el cumplimiento del contrato y avisar a la otra parte indicándole que si no da seguridades de cumplimiento se declarará resuelto el contrato. De esta manera se evita el riesgo de resolver precipitadamente cuando no hay un posible

⁵⁶ SCHLECHTRIEM 94.

incumplimiento esencial, y se cumple con el requisito de avisar la intención de resolver el contrato.

5. INCUMPLIMIENTO PARCIAL (ARTS. 51 Y 73)

La *Convención* contempla la posibilidad de incumplimiento parcial del contrato en dos supuestos: 1) entrega parcial de las mercancías (art. 51) y 2) incumplimiento parcial de cualesquiera de las partes en un contrato con entregas sucesivas (art. 73). Pero por extensión analógica deben considerarse también los casos de: 3) pago parcial del precio, y 4) incumplimiento de un contrato con pago de precio a plazos.

A. Incumplimiento parcial de la obligación de entregar mercancías (art. 51)

El artículo 51-1 dispone que si el vendedor cumple parcialmente su obligación de entregar mercancías, porque sólo proporciona una parte de la cantidad convenida (incumplimiento parcial de cantidad), o porque sólo una parte de las mercancías entregadas es conforme con el contrato (incumplimiento parcial de calidad), el comprador podrá reclamar responsabilidad por ese incumplimiento parcial con los mismos recursos que tiene para reclamar cualquier otro incumplimiento contractual. Es decir, podrá exigir que el vendedor entregue la parte que falta, o que repare o sustituya las mercancías defectuosas, o podrá rebajar proporcionalmente el precio o exigir una indemnización de los daños y perjuicios causados. Si éste fuera el único alcance del citado párrafo del artículo 51, sería un precepto repetitivo, que no añadiría nada a lo dispuesto en los artículos 46 a 50, que describen los recursos que tiene el comprador en caso de incumplimiento del vendedor; pero hay todavía otra posibilidad implícita en este párrafo que es la que justifica su existencia, la posibilidad de que el comprador resuelva el contrato respecto de la parte no cumplida.⁵⁷ Así, en el caso de que el vendedor entregue 100 pacas de algodón, de las cuales sólo 90 son conformes con el contrato, el comprador puede aceptar las 90 y rechazar las 10 deficientes y resolver el contrato en esa parte; o si aquél entrega sólo 90 pacas, todas conformes con el contrato, el com-

⁵⁷ El artículo 49, que trata de los casos en que el comprador puede declarar resuelto el contrato a causa del incumplimiento del vendedor, no contempla más que la resolución de todo el contrato, por lo que era necesario que el artículo 51 aclarara la posibilidad de resolver parte del contrato.

prador puede resolver el contrato respecto de las 10 pacas que faltan por entregar.⁵⁸ Esta posibilidad permite mantener el contrato, evitando el extremo de que el comprador tenga que rechazar toda la mercancía cuando sólo una parte de ella no es conforme con el contrato. La utilidad de una resolución parcial del contrato consiste en que libera al comprador de su obligación de recibir las mercancías faltantes, lo que le permite procurar conseguir las de otro proveedor.

Si el incumplimiento parcial del contrato es de tal magnitud que constituye un incumplimiento esencial, por ejemplo, la entrega de sólo una tercera parte de las mercancías convenidas, el comprador podrá (art. 51-2) declarar la resolución de todo el contrato.

B. Incumplimiento parcial de un contrato con entregas sucesivas (art. 73)

El artículo 73 se refiere específicamente al contrato con entregas sucesivas, considerando tres posibles tipos de incumplimiento parcial: incumplimiento de obligaciones relacionadas con una entrega (párrafo 1), incumplimiento previsible de futuras entregas (párrafo 2), e incumplimiento de obligaciones relacionadas con una entrega que constituye un incumplimiento esencial respecto de otras entregas pasadas o futuras (párrafo 3). En los tres casos, el artículo 73, a diferencia del artículo 51, sólo dispone un recurso, la resolución parcial del contrato. Esto no quiere decir que, en un contrato con entregas sucesivas, el comprador no pueda exigir la reparación de las mercancías relacionadas con una entrega que resultaron defectuosas y tenga forzosamente que declarar resuelto el contrato respecto de esa entrega. El incumplimiento de una entrega en un contrato con entregas sucesivas es un incumplimiento parcial, que cae dentro de lo previsto por el artículo 51 arriba analizado, y que da lugar a todos los recursos que dispone ordinariamente el comprador o el vendedor, entre ellos, el de exigir la reparación de las mercancías. A lo que se refiere específicamente el artículo 73, sin excluir lo anterior, es a la resolución parcial de un contrato con entregas sucesivas a causa de un incumplimiento parcial.

En sus dos primeros párrafos, el artículo no distingue entre incumplimiento de las obligaciones del comprador o del vendedor, sólo habla de “incumplimiento por una de las partes”, por lo que cabe aplicarlo no sólo al incumplimiento de la obligación de entregar mercancías conformes con el contrato o la de entregar documentos, o de cualquier otra obligación del vendedor, sino también al incumplimiento de la obligación de pagar

⁵⁸ HONNOLD 361.

el precio o de recibir las mercancías, o de cualquier otra obligación del comprador.

El primer párrafo dispone que el incumplimiento de cualquier obligación relacionada con una entrega da derecho a la parte afectada a declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega, si tal incumplimiento constituye un incumplimiento esencial respecto de dicha entrega. Así, podría un distribuidor de ropa de marca resolver el contrato en lo que se refiere a la entrega correspondiente a la ropa de primavera, porque el fabricante no se la entregó en el tiempo fijado que era esencial para el distribuidor, sin resolver el contrato de distribución respecto de pasadas o futuras entregas de ropa de otra estación.

Si el incumplimiento de una entrega constituye fundamento para prever el incumplimiento de futuras entregas, la parte afectada (párrafo 2), como ya se explicó arriba,⁵⁹ puede resolver el contrato respecto de futuras entregas con base en ese incumplimiento previsible.

El párrafo tercero se refiere exclusivamente al incumplimiento de alguna obligación del vendedor relacionada con alguna de las entregas, que puede dar derecho al comprador a declarar resuelto el contrato respecto de esa entrega y declararlo, al mismo tiempo, “resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieran destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato”.

Este párrafo sigue tratando de incumplimiento parcial y de una resolución parcial del contrato, que puede comprender la resolución de una entrega actual y otras ya efectuadas o de otras futuras, pero que no implica la resolución de todo el contrato. Así, un comerciante que compra máquinas copiadoras para comercializarlas en su país, y pacta la entrega sucesiva de las máquinas y los insumos necesarios para su funcionamiento, puede declarar la resolución de la entrega de insumos que no llegaron a tiempo y de las máquinas previamente recibidas que no puede comercializar sin esos insumos, sin resolver el contrato respecto de futuras entregas; o puede resolver el contrato en lo que respecta a la entrega de una cierta cantidad de máquinas que resultaron defectuosas, y resolver la entrega futura de los insumos previstos para esas máquinas, sin afectar otras entregas recibidas o futuras.

Sin embargo, el citado párrafo del artículo 73 no niega la posibilidad de resolver todo el contrato, es decir, resolver la entrega actual, todas las entregas ya recibidas y todas las entregas futuras. Entonces sería necesario demostrar que el incumplimiento parcial constituye un incumplimiento esencial, no sólo respecto de una entrega (como exige el párrafo primero

⁵⁹ VIII 4 B c.

del art. 73), sino respecto de todo el contrato (como lo demanda el artículo 51-2 y el artículo 25).⁶⁰

El punto crucial que condiciona la posibilidad de resolver, junto con la entrega actual, otras entregas pasadas o futuras es la “interdependencia” que haya entre las mismas; y esa interdependencia se evalúa en razón de si las mercancías pueden “destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato”. El “uso previsto por las partes” no es necesariamente el uso acordado por ellas en el contrato; así, cuando un comerciante compra mercancías, se entiende que es para comercializarlas, y la comercialización es el uso previsto por las partes si el vendedor sabía que el comprador era comerciante, aunque en el contrato escrito que firmaron nada se haya dicho al respecto. Para definir cuál es el uso previsto por las partes, conviene aplicar analógicamente las reglas que da el artículo 35-2-b acerca del uso que “expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato”.⁶¹

Llama la atención que el párrafo tercero, a diferencia de los dos precedentes, sólo se refiere al derecho del comprador a resolver el contrato respecto de entregas pasadas o futuras interdependientes con una entrega actual, y no contempla la posibilidad de que el vendedor haga lo propio. Así, en el caso mencionado de la venta de máquinas copiadoras e insumos, el vendedor podría tener interés en declarar resuelto el contrato respecto de unas máquinas ya entregadas, si el comprador no paga oportunamente los insumos; o de declararlo resuelto respecto de una entrega futura de máquinas, si el comprador no ha pagado oportunamente los insumos entregados, y, en ambos casos, mantener la vigencia del contrato de distribución. Me parece que esta posibilidad de que el vendedor declare parcialmente resuelto el contrato no está excluida por la redacción del párrafo tres del artículo 73; aunque no está prevista de forma expresa en dicho lugar, cabe aceptarla por extensión analógica de lo dicho allí, como se explica más adelante, pues la misma razón que hay para proteger al comprador lesionado por el incumplimiento parcial del vendedor existe para proteger al vendedor por el incumplimiento parcial de aquél.

C. Incumplimiento parcial de la obligación de pagar el precio

Es de notar que el artículo 51 sólo se refiere al incumplimiento parcial de la obligación del vendedor de entregar las mercancías, y que no hay otro artículo en la *Convención* que se refiera al caso paralelo del incumplimiento parcial de la obligación del comprador de pagar el precio. Pero el ven-

⁶⁰ *Supra* V 3.

⁶¹ *Supra* VI 5 B a i.

dedor que sólo recibe una parte del precio convenido, puede tener razones semejantes a las del comprador que sólo recibe parte de las mercancías, para declarar resuelto el contrato en la parte no pagada y así poder vender las mercancías correspondientes a otro comprador. Me parece que las disposiciones del artículo 51 deben extenderse por analogía al caso de incumplimiento parcial de la obligación de pagar el precio, de modo que también el vendedor tenga la posibilidad de resolver parcialmente el contrato o resolverlo en su totalidad si el incumplimiento parcial constituye un incumplimiento esencial. La extensión analógica se justifica porque los hechos de uno y otro caso son semejantes (incumplimiento parcial) y porque la misma razón que hay para proteger al comprador existe para proteger al vendedor.⁶²

D. Incumplimiento parcial de un contrato con pago de precio a plazos

El artículo 73 sólo se refiere a los contratos “que estipulen entregas sucesivas de mercaderías”, pero no hay un artículo en la *Convención* que se refiera a los contratos que estipulen el pago del precio en varias exhibiciones o, como comúnmente se les llama, “ventas a plazos”. Puede ser que en un contrato con entregas sucesivas se estipulen también pagos sucesivos; en ese caso, el vendedor quedaría, respecto del incumplimiento del pago relacionado con alguna entrega, protegido por las disposiciones del artículo 73. También puede darse el caso de que el vendedor entregue la mercancía en un solo acto, y el comprador quede obligado a hacer pagos parciales en determinados plazos. ¿Qué derecho tendría el vendedor por el incumplimiento de uno o varios pagos parciales?

Me parece que, interpretando analógicamente el artículo 51-1, como antes se mencionó, el vendedor tendría la posibilidad de exigir el pago parcial no hecho (conforme al artículo 62), fijar al comprador un plazo suplementario para hacerlo (conforme al artículo 63) o resolver parcialmente el contrato, si esto tuviera alguna ventaja para él, como la de recuperar la parte correspondiente de las mercancías entregadas.

También podría, haciendo extensivas las disposiciones del artículo 73, resolver parcialmente el contrato respecto de la parte no pagada (párrafo 1); y respecto del futuro, si el incumplimiento de ese pago parcial da motivos para prever un futuro incumplimiento (párrafo 2); así, en el

⁶² En las sesiones del grupo de trabajo de CNUDMI que preparó el proyecto de convención se reconoció que sería útil una disposición que diera al vendedor la posibilidad de resolver parcialmente el contrato, véase *Yearbook VIII (1977) 54*.

caso del vendedor que entregó 100 toneladas de trigo, si el comprador sólo paga la primera exhibición correspondiente a la cuarta parte del precio, al faltar el pago de la segunda exhibición, el vendedor podrá declarar resuelto el contrato respecto de esa cuarta parte de trigo no pagada y respecto de las otras dos cuartas partes cuyo pago todavía no es obligatorio si el incumplimiento del segundo pago parcial hace prever un incumplimiento de los futuros pagos. Y, asimismo, podrá resolver parcialmente el contrato respecto del pago no hecho y respecto de pagos ya hechos o por hacer (párrafo 3); por ejemplo, en una venta a plazos de cuatro equipos de computación en la que el precio de cada equipo de computación se cubre con tres pagos parciales, si el vendedor ya recibió cuatro pagos parciales y no recibe oportunamente el quinto, podría declarar resuelto el contrato respecto del cuarto pago (ya recibido) y del sexto (aún por recibir), pues ambos —junto con el quinto pago— se refieren a uno de los equipos de cómputo entregados.

La posibilidad de resolver todo el contrato de venta a plazos por causa del incumplimiento de uno o varios pagos parciales requeriría, de acuerdo con los artículos 51-2 y 25, que el incumplimiento de éste o esos pagos parciales constituya un incumplimiento esencial respecto de todo el contrato.