

**DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS
EN LA CONVENCION DE VIENA: SU ESTUDIO A LA LUZ DEL DERECHO
INTERNO COLOMBIANO***

Por Jeannette Namén Baquero¹
Ana María Martínez Granados²

1	Introducción	2
2	Incumplimiento esencial del contrato (artículo 25)	3
2.1	<u>Definición del “incumplimiento esencial”</u>	3
2.1.1.	El incumplimiento causa a la otra parte un perjuicio calificado.	4
2.1.2	El perjuicio causado era previsible.	11
2.2	<u>Importancia del concepto</u>	15
3	Notificación de la Resolución (artículo 26)	17
3.1	<u>La Resolución en el ordenamiento jurídico colombiano</u>	19
3.2	<u>Tratamiento jurisprudencial de la notificación de resolución del contrato</u>	22
3.2.1	Fallo del 3 de Octubre de 2002 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (España)	22
3.2.2	Fallo del 15 de septiembre de 2003, de la Suprema Corte federal Suiza	22
3.2.3	Fallo del Tribunal arbitral de la Cámara de Comercio y de Industria de Rusia, del Junio 7 de 1999	24
3.3	<u>Efectos de la Resolución</u>	24
3.3.1	¿Cuál es el objeto de las restituciones mutuas, que comprende?	26
4	Demora o error en las notificaciones (artículo 27).....	27
4.1	<u>Riesgo o demora en las comunicaciones: ¿Teoría de la Expedición?</u>	27
5	Cumplimiento específico de las obligaciones emergentes del contrato (artículo 28).....	28
5.1	<u>Exigencia de cumplimiento por parte del comprador</u>	31
5.2	<u>Exigencia de cumplimiento del contrato por parte del vendedor</u>	32
5.3.	<u>Distinción entre la exigencia del cumplimiento y la Resolución del Contrato</u> .	32
6	Acuerdo de las partes para la modificación o la extinción del contrato. (Artículo 29)	33
6.1	<u>Aplicación del principio de consensualidad o mero acuerdo entre las partes</u> .	33
6.2	<u>Excepciones al principio</u>	35
	Bibliografía.....	37

* Este artículo fue presentado a la Revista el 17 de septiembre de 2004 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 2 de diciembre de 2004, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Profesora de Derecho Civil e Investigadora del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; abogada y especialista en Responsabilidad Civil y Daño Resarcible de la misma Universidad; DSU en Derecho Civil y DEA en Derecho Privado de la Universidad de París 2.

² Asistente de Investigación del Departamento de Derecho Comercial de la misma Universidad. Abogada de la misma Universidad.

1 Introducción

La tercera parte de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, titulada *Compraventa de Mercaderías*, reúne el mayor número de artículos de este instrumento armonizador³ y está organizada en cinco capítulos: el primero, referido a *Disposiciones generales* (artículos 25 a 29); el segundo, a las *Obligaciones del vendedor* (artículos 30 a 52), el tercero, relativo a las *Obligaciones del comprador* (artículos 53 a 65), el cuarto (artículos 66 a 70), a la Transmisión del riesgo y, finalmente, el quinto (artículos 71 a 88), a *Disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y el comprador*.

En esta oportunidad, continuando la investigación adelantada por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia⁴ respecto de la Convención de Viena, se analiza el primer capítulo de esta tercera parte (artículos 25 a 29) y, en particular, los aspectos generales sobre incumplimiento, resolución, modificación y extinción del contrato, comparándolos con lo preceptuado a propósito en los Códigos de Comercio y Civil Colombianos en relación con la compraventa doméstica o nacional.

Lo anterior, con una salvedad importante: los temas aquí tratados son desarrollados con mayor detalle en los capítulos subsiguientes de la tercera parte de la Convención.

Si bien el estudio íntegro de estos temas, implicaría el de capítulos posteriores - obviando el orden en que tales asuntos son tratados en la Convención - y un análisis temático a propósito, hemos preferido continuar con el método empleado en nuestros pasados escritos, en el sentido de estudiar la Convención en el orden de sus artículos.

Así entonces, nos centraremos en aquellos aspectos que de cada tema son regulados en el capítulo que nos ocupa, sólo haciendo referencia a normas posteriores de manera enunciativa y para lograr un mayor entendimiento.

³ La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías consta de 101 artículos en total. De estos, trece (13) se ocupan del ámbito de Aplicación y de disposiciones generales de la Convención, diez (10) de la formación del contrato, sesenta y tres (63) de temas concretos del mismo – entiéndase: obligaciones de las partes, ejecución del contrato, cumplimiento, incumplimiento y vicisitudes relativas a la ejecución - y doce (12) de disposiciones finales, relativas principalmente a la ratificación de la Convención por parte de los Estados y su integración con los ordenamientos jurídicos internos vigentes.

⁴ Desde inicios del año 2002, el Grupo de Investigación en Derecho Comercial Colombiano y Comparado del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, viene estudiando la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Producto de este estudio, y parte integral del presente trabajo, son los escritos “*Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Aplicación en el Derecho Colombiano*”, publicado en el volumen 1 Número 2 (2002) de la Revista virtual e-mercatoria de la Universidad y “*Formación del Contrato en la Convención de Viena: Aplicación en el derecho colombiano*”, publicado en el volumen 2 número 2 (2003) de la misma revista. Publicaciones disponibles en www.e-mercatoria.uexternado.edu.co

2 Incumplimiento esencial del contrato (artículo 25)

2.1 Definición del “incumplimiento esencial”

De conformidad con el primer artículo de la tercera parte de la Convención, artículo 25, “el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Notamos entonces que, antes de establecer cuáles son las obligaciones de cada una de las partes en el contrato de compraventa internacional, la Convención, señala en qué evento se considerará que las partes han incurrido en un incumplimiento esencial⁵.

A partir de dicha definición, pueden sentarse como caracteres del incumplimiento “esencial”, los siguientes⁶:

- 1- La causación de un perjuicio calificado. El incumplimiento causa a la otra parte un perjuicio calificado: es tal que la priva sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.
- 2- La previsibilidad del resultado dañoso. El perjuicio causado era un resultado previsible: la parte que incumplió previó o podía preverlo ya que una persona razonable de la misma condición lo hubiera previsto en igual situación.

⁵ Esta noción ajena a la tradición romano germánica, en nuestro concepto, encuentra su sustento en la teoría francesa de la obligación esencial o fundamental. En todo contrato existen obligaciones sin las cuales, las partes no podrían seguir el objetivo propuesto por ellas mismas, ya que son la razón de ser del contrato, son de su esencia; en el contrato de compraventa por ejemplo las obligaciones esenciales son el pago del precio y la transferencia de las mercaderías. Si falta alguno de los elementos esenciales del contrato y, por consiguiente, de estas obligaciones, el contrato es inexistente en cuanto a la categoría típica concreta y degeneraría en otro completamente diferente. Algunas veces las partes pueden determinar las obligaciones esenciales dependiendo así del comportamiento del deudor. ¿Pero como se determina la esencialidad de estas obligaciones? Se dice que configuran el instrumento jurídico para esperar los objetivos perseguidos por las partes, tomando el valor de indispensable. Es así como la obligación esencial se traduce en una medida de intensidad de los compromisos adquiridos por el deudor de la obligación y de esa medida se puede deducir, si el deudor ha ejecutado correctamente sus compromisos. El problema que se ha discutido por largo tiempo en la doctrina francesa, es el de saber, hasta dónde una cláusula limitativa de responsabilidad puede o no, desconocer las obligaciones esenciales de las partes, cuando ellas mismas han contratado en virtud de un servicio específico esperado.

⁶ En este sentido, el profesor Christian Larroumet denota la presencia de dos requisitos para la estructuración de un incumplimiento esencial: “El primer requisito, que es positivo, es que la parte víctima del incumplimiento debe padecer un daño que consiste en una privación de lo que estaba esperando del contrato (...) El segundo requisito es negativo. Este consiste en el hecho de que la parte que no cumplió con su obligación no hubiera previsto lo que estaba esperando del contrato la parte que padeció el incumplimiento. En realidad, este requisito concierne a la índole previsible del daño que es la consecuencia del incumplimiento. Cfr. COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS, Comentarios a la Convención de Viena de 1980, Christian Larroumet, Ramiro Araujo Segovia, Luís Fernando Álvarez Londoño, entre otros, Seminario 15, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Privado, Especialización en Derecho Comercial, Bogotá, 2003.

¿Cuál es la significación de estas exigencias?

2.1.1. El incumplimiento causa a la otra parte un perjuicio calificado.

La Convención no establece la noción de perjuicio, limitándose a calificar su entidad para denotar su significación o trascendencia.

El concepto de “perjuicio” puede estudiarse desde la perspectiva del daño y específicamente de la proyección de sus efectos.

El daño, constituye un elemento constante de la responsabilidad consistente en el detrimento, menoscabo, lesión, o quebranto de un derecho o interés protegido por el ordenamiento jurídico y se traduce en la obligación de repararlo, mientras que el perjuicio suele definirse como la consecuencia del daño⁷.

La Corte Suprema de Justicia desde 1943, lo identifica con “*el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia de un daño*”⁸.

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, se define el perjuicio como la “*lesión Moral, Daño en los intereses patrimoniales, Deterioro, detrimento, Pérdida. En sentido técnico estricto, la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que origina una acción u omisión ajena, culpable o dolosa (...)*”⁹.

Debe destacarse, sin embargo la reiterada doctrina en cuanto a que los conceptos no definidos en la Convención deben aplicarse e interpretarse de conformidad con su connotación internacional, en tanto el “*legislador internacional*”, procuró utilizar términos autónomos, ajenos a sistemas legales particulares o terminologías jurídicas nacionales e inspirados más bien en la necesidad de promover uniformemente la aplicación de la Convención para prevenir la disimilitud de criterios respecto de una misma noción, la evitación de conflictos y adoptar una posición homogénea.

Luego, es preciso aceptar que el término de “perjuicio” disciplinado en la Convención, puede no coincidir con su significación en los ordenamientos nacionales, en forma que para un mejor entendimiento de su significado en la Convención, es conveniente acudir, por una parte, a la historia legislativa del artículo expresado y, por otra parte, a su aplicación jurisprudencial.

⁷ Nuestra jurisprudencia considera que el daño y el perjuicio son sinónimos o equivalen a un mismo concepto. Ahora bien, el daño se puede definir como la lesión, detrimento o menoscabo inmotivado de un derecho o interés ajeno y se traduce siempre en una obligación a cargo de un sujeto jurídico de reparar. En sentir de Adriano DE CUPIS, el “*Daño no significa más que nacimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable*”.

⁸ Corte suprema de Justicia, sala de casación civil, 13 de diciembre de 1943, MP. Cardozo Gaitán. Noción que ha tenido un gran desarrollo en la jurisprudencia civil v.gr, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil del 17 de septiembre de 1959, Corte suprema de Justicia, sala de Negocios Generales del 31 de enero de 1961. Cas. mayo 7 de 1.968; Sentencias de abril 26 de 1.947, LXII,136; y febrero 2 de 1948, LXIII,916; 30 de abril de 1938, XLV, 42; 27 de mayo de 1943, LVIII,590; 16 de marzo de 1.945, LXVIII, 670; 19 de noviembre de 1947, LXIII,518.

⁹ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta, 1996, buenos Aires, Argentina.

De esta manera, en los trabajos preparatorios del artículo 25 en comento, se pensó inicialmente en que el perjuicio era simplemente el detrimento patrimonial causado a la víctima, sin calificativo alguno.

Posteriormente, se agregó la exigencia de la frustración de las expectativas generadas por el contrato, para que así constituyera un incumplimiento esencial.

Finalmente, la Comisión partiendo de las diversas tesis expuestas, concluyó la necesidad de calificar la entidad y magnitud del perjuicio constitutivo del *“incumplimiento esencial”* en términos de tal naturaleza que frustre las expectativas razonables de lo que recibiría o según quedó redactado el artículo 25, *“que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”*.¹⁰

En síntesis, Jorge Addame Goddard¹¹, citando a Will, advierte que la locución “perjuicio” utilizada en el 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.”*

De todo lo anterior se concluye que el artículo 25 de la Convención no refiere al incumplimiento simple de una de las partes del contrato¹². No se ocupa de un incumplimiento trivial causante de un leve perjuicio, sino de tal envergadura que su resultado se proyecta en la privación a la otra parte de lo que sustancialmente tenía derecho a esperar en virtud del contrato¹³.

¹⁰ Este autor al definir el concepto de perjuicio en la Convención, hace referencia a la evolución del concepto, observando: “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. En la comisión que examinaba este artículo, se integró un grupo de trabajo especial que formuló una propuesta, que fue aprobada, con cambios de estilo, e incorporada al actual artículo 25, que señalaba 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”. 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”.

¹¹ ADAME GODDARD, Jorge. El Contrato de Compraventa Internacional. Editorial Mc Graw-Hill. México.

¹² La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 11 de 1984, para efectos de la resolución de contrato, precisa: *“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.”*

¹³ *Ibidem* 9, Jorge Adame Goddard, expresa: *“Lo más común es que los incumplimientos que muevan al comprador a declarar resuelto el contrato sean la falta de entrega de las mercaderías, la falta de conformidad de las mismas o la falta de entrega de los documentos necesarios para disponer de ellas”. Lo que quiere decir que el incumplimiento esencial, se configura cuando el vendedor o el comprador faltan a una o todas de sus obligaciones esenciales.*

Por tanto, el grado del perjuicio¹⁴ resultante del incumplimiento es crucial para determinar su carácter esencial: cuando el menoscabo o detrimento causado es tal que priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, el incumplimiento es esencial¹⁵ y en caso contrario, no lo es¹⁶.

Pero, ¿qué tiene derecho a esperar una parte del contrato y cuándo se entiende que ella fue privada sustancialmente de tal expectativa? ¿Cómo debemos entender la privación sustancial a que se refiere la norma?

En nuestro ordenamiento interno, dos preceptos del Código Civil nos dan luces en relación con este aspecto: el artículo 1602 y el 1603. El primero indica que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes; el segundo, que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella¹⁷.

A la luz de la legislación colombiana, lo primero que pueden esperar las partes de un contrato es el cumplimiento de sus “mandatos”, su ejecución en la forma en que se prometió al momento de celebrarse y más aún, el cumplimiento de aquellas obligaciones que no habiéndose mencionado en el negocio, son inherentes al mismo. Lo anterior, porque el contrato es un acuerdo dispositivo de intereses por cuya virtud las partes constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas que obliga a su cumplimiento al tenor de su contenido esencial, natural y accidental, así como a lo que por su naturaleza, equidad y los usos o prácticas se entiende incorporado sin necesidad de disposición expresa.

En sentir del profesor Fernando Hinestrosa, el negocio, tiene fuerza compromisoria fundamental, en cuanto, “*quien celebra un acto de tales características no solamente*

¹⁴ Alejandro Miguel Garro y Alberto Zuppi, consideran que el perjuicio deberá determinarse “*conforme a un criterio objetivo, teniendo en cuenta el objeto del contrato y demás circunstancias particulares*”.

¹⁵ No basta ese perjuicio para que el incumplimiento sea esencial. Como se verá más adelante, se requiere también que el perjuicio causado se hubiera previsto o, al menos, fuere previsible.

¹⁶ La definición de incumplimiento esencial con base en el perjuicio difiere de la contemplada en LUCI. En ella, la esencialidad del incumplimiento se determinaba con base en el hecho de que la parte incumplidora supiera o debiera saber que al momento de la conclusión del contrato, una persona razonable en la misma situación de la otra parte, no hubiera realizado el contrato, de haber conocido el incumplimiento y los efectos que éste iba a producir (LUCI, Article 10 “For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects”). Señala Jhon O. Honnold en su obra *Derecho Uniforme Sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)* que esta definición implicaba una prueba compleja e imaginativa por cuanto exigía a los tribunales determinar, por una parte, que la contraparte de la parte incumplidora (es decir la parte afectada por el incumplimiento) no hubiera querido contratar de haber previsto el incumplimiento y el efecto que este le causaría; por otra, que la parte incumplidora debía haber previsto dicha situación. Los principios UNIDROIT, contemplan en su artículo 7.3.1 un requisito para terminar el contrato consistente en la existencia de un incumplimiento esencial: “*un contratante puede dar por terminado un contrato a. si la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial*”.

¹⁷ Código Civil, artículos 1602, 1603, 1608, 1613 y 1614; Código de Comercio, artículos 822, 864, y 871.

resulta vinculado, sino que se compromete a la actividad que se desprende de los propios términos de su lenguaje y de lo que social y legalmente fluye de allí".¹⁸

Phillipe Jestaz por su parte, estima "que de la naturaleza de las cosas se deriva la obligación esencial o fundamental, en cada contrato, existen obligaciones que constituyen piezas esenciales para su desarrollo. Por ejemplo en el contrato de arrendamiento, la obligación fundamental es de poner a disposición del arrendador el local o bien inmueble, y en contraparte el arrendatario debe pagar al arrendador el precio del arriendo. Algunas veces una de las partes involucradas en un contrato tendrá dos obligaciones esenciales a su cargo, apareciendo así una como la prolongación de la otra (en el contrato de depósito, la obligación del depositario de conservar y restituir)"¹⁹. Señala además que las partes también pueden determinar que una obligación anexa o accidental, se constituya en una obligación esencial, entonces en esos casos la obligación será fundamental por la voluntad de las partes²⁰.

En la Convención, la situación no es diversa y se ha entendido que las partes tienen derecho a esperar del contrato, en primer lugar, lo que en éste ha quedado estipulado y lo que deriva de los usos y prácticas comerciales.

Así, en un contrato de compraventa internacional de 7000 toneladas de productos alimenticios, la sociedad compradora de nacionalidad Rusa y la sociedad vendedora de nacionalidad India, pactaron por obligación esencial a cargo de ésta, su transporte a través de un barco dedicado de manera exclusiva a este fin.

Por cuanto la Vendedora transportó en el mismo barco productos para otro comprador, el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio y de Industria de Rusia, consideró incumplida la obligación de alquilar una nave para el transporte exclusivo de los productos alimenticios destinados al comprador.

¹⁸ HINESTROSA Fernando, Curso de Obligaciones, Conferencias. Publicación de la Facultad de Derecho del Externado de Colombia. Segunda Edición mimeografiada. Bogotá, 1960.

¹⁹ L'OBLIGATION ET LA SANCTION: A LA RECHERCHE DE L'OBLIGATION FONDAMENTALE, Philippe Jestaz, Mélanges Pierre Raynaud. El autor expresa que la cláusula limitativa de responsabilidad no ofrece dificultades, por que no existe ninguna duda de que ella deja subsistir la obligación, a diferencia de las cláusulas de exoneración total que suprimen la obligación. A dichas cláusulas de exoneración total, se le reconocen validez, siempre y cuando ellas hayan sido estipuladas de buena fe.

²⁰ En este sentido, el famoso fallo de la Corte de Casación Francesa "arret chronopost del 22 de octubre de 1996, que constituye en Francia una extensión del rol de la causa como instrumento de justicia contractual. En este caso se celebró un contrato de transporte rápido cuyo objeto era la entrega de unos pliegos de licitación a más tardar al medio día del día siguiente. El mencionado contrato incluía una limitación de la indemnización en caso de retardo y se limitaba únicamente al monto del precio del transporte. La Cámara comercial consideró que la inclusión de una cláusula limitativa de responsabilidad hacia que la empresa escapara a una obligación esencial del contrato de transporte, ya que la sociedad chronopost garantizó la celeridad de su servicio y se comprometió a entregar los pliegos dentro de un periodo de tiempo determinado y en razón del incumplimiento de esa obligación esencial, la cláusula limitativa de responsabilidad del contrato que contradecía la validez del compromiso suscrito, debía ser reputada como no escrita. La corte de casación Francesa con fundamento en el artículo 1131 del código Civil Francés según el cual, la obligación sin causa no puede tener ningún efecto, anuló la cláusula limitativa de responsabilidad, y ordenó indemnizar a la sociedad contratante por incumplimiento de una obligación esencial del contrato.

Expresó el Tribunal: “*el propósito final del contrato era el embarque por parte del vendedor al comprador del producto alimenticio, conforme a los términos de calidad previstos en el contrato que contemplaba, el transporte exclusivo de las mercaderías para así evitar cualquier tipo de infección, por una parte, y, por otra, el recibo por parte del vendedor del precio contractual después del embarque de las mercaderías. La Conditio sine qua non perseguida por las partes para lograr el propósito del contrato era el desempeño del vendedor de su obligación de asegurar el embarque de las mercaderías bajo las condiciones y el procedimiento requeridos por él en el contrato*”.

De igual forma, el Tribunal, concluyó la violación por el vendedor del objeto del contrato, al no observar su obligación de embarque exclusivo de las mercaderías del comprador, quien además no autorizó al vendedor para transportar otras mercaderías diferentes a las suyas.

Finalmente para el Tribunal “*el incumplimiento del vendedor de su obligación de asegurar el embarque de los bienes en los términos acordados en el contrato, desafió la consumación del contrato, porque, antes que nada, el vendedor se negó a realizar su obligación contractual en cuanto al flete y el uso exclusivo de la nave, y no le proporcionó al comprador un sustituto razonable en su desempeño; en segundo lugar, la infracción del vendedor de la obligación de efectuar el embarque de los bienes conllevó a la situación de posponerlo de una manera indefinida, a pesar de que en el contrato se estipulaba que el embarque debía hacerse en una fecha definida. Bajo tales circunstancias, las acciones del vendedor, destinadas para el desempeño indebido del contrato, tienen como resultado un detrimento al comprador, el cual fue la privación sustancial de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. (Artículo 25 CISG)”²¹.*

Efectuada la indicada aclaración en relación con lo que tiene derecho a esperar una parte del contrato, cabe ahora preguntarse cuándo se entiende que alguien ha sido privado sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar.

¿Lo sustancial hace referencia a que no se cumplió por completo la parte del contrato a que se estaba obligado, que se cumplió defectuosamente, que se cumplió de manera parcial?

Es suficiente cualquier disparidad entre lo contraído y lo ejecutado para hablar de una privación sustancial?

La Convención tampoco define qué debe entenderse por sustancial. En nuestro ordenamiento interno no hay una referencia semejante. Es más, la noción de incumplimiento “esencial” misma resulta extraña a la legislación interna colombiana²², de donde, es preciso, tener en cuenta lo que jurisprudencialmente se ha decantado, para establecer cómo debe entenderse este concepto en la Convención.

²¹ Decisión del Tribunal arbitral de la Cámara de Comercio y de Industria de Rusia, caso No. 238/1998 de Junio 7 de 1999.

²² En el Código de Comercio encontramos dos disposiciones legales que le dan un calificativo al incumplimiento y que en ciertos casos podrían asimilarse al *incumplimiento esencial* acogido en la Convención. Se trata de los artículos 973 y 1325 del Código de Comercio. El primero, se refiere a las consecuencias del incumplimiento en el contrato de suministro y señala que “el incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí sólo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.” (el subrayado es nuestro). El segundo, el artículo 1325 que, al referirse a las justas causas de

La Suprema Corte Federal de Suiza, Corte Civil, en un caso de compraventa internacional de mercaderías entre una sociedad italiana y una sociedad suiza, cuyo objeto era la venta de algodón, en relación con el incumplimiento esencial del artículo 25, expresó:

“(...) La violación debe afectar el contenido esencial del contrato, es decir la mercancía o el pago del precio y derivar un perjuicio grave al objetivo económico perseguido por las partes. La importancia de la violación no es determinante, sólo lo son las consecuencias que ella cause a la parte afectada. Lo anterior significa que una obligación principal debió haber sido violada de manera tal que el objetivo económico del contrato no pudo realizarse quedando ya la parte afectada sin interés en su ejecución. La desaparición absoluta de todo interés objetivo por el acreedor no es necesaria. En definitiva, poco importa que el daño sea o no objetivamente reparable (Neumayer/Ming, op. cit., n. 3 ad art. 25 CVIM). “Un retardo en la expedición de la mercadería constituye una contravención esencial del contrato, si las partes han previsto que la expedición se debía efectuar en una fecha fija, que ese día era determinante desde el punto de vista del interés del comprador a la ejecución del contrato y que el vendedor sabía, sobre todo puesto que se trataba de artículos de estación.(Neumayer/Ming, op. cit., n. 3 ad art. 49 CVIM).”²³

De lo anterior, podemos concluir que el carácter sustancial de la privación causada a la parte afectada con el incumplimiento o el nivel de gravedad del perjuicio que se le causa -como “medida” para definir si se incurrió e el incumplimiento esencial que amerita la resolución del contrato- es un tema que habrá de definirse casuísticamente y dentro del marco de circunstancias de la conducta.

A juicio de Adame Goddard *“lo que ha de entenderse por “privar sustancialmente” 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. 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 le incumplimiento.*

terminación unilateral del contrato de agencia mercantil por parte del empresario, incluye el incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley.

²³ Suprema Corte Federal de Suiza, Corte civil, 15 de Septiembre de 2000. La traducción es nuestra; la versión de la sentencia es la siguiente: “La notion de contravention essentielle telle qu'elle est définie par l'art. 25 CVIM doit être interprétée de manière restrictive et, en cas de doute, il y a lieu de considérer que les conditions d'une telle contravention ne sont pas réalisées. La violation doit concerner le contenu essentiel du contrat, soit la marchandise ou le paiement du prix, et entraîner une atteinte grave au but économique poursuivi par les parties. L'importance de la violation n'est pas déterminante, seules l'étant les conséquences de celle-ci pour la partie lésée. Ce qui précède signifie qu'une obligation principale doit avoir été violée de façon telle que le but économique du contrat ne puisse être atteint, la partie lésée n'ayant plus d'intérêt à l'exécution. La disparition absolue de tout intérêt objectif pour le créancier n'est pas requise. En outre, il importe peu que le défaut soit objectivement réparable ou non». (...) « Un retard dans la livraison de la marchandise constitue une contravention essentielle au contrat si les parties ont prévu que la livraison devait être effectuée à une date fixe, que ce jour était déterminant du point de vue de l'intérêt de l'acheteur à l'exécution du contrat et que le vendeur le savait, notamment lorsqu'il s'agit d'articles de saison.»

Difícilmente podrá considerarse esencial un incumplimiento si hay una oferta de subsanar o si existe una posibilidad cierta de ello."²⁴.

El profesor Christian Larroumet, en punto de la determinación de la privación de lo esperado por virtud de la celebración del contrato, estima que *"es el juez o el árbitro quien deberá decidir si este requisito es cumplido cuando la parte que no cumplió con su obligación, rechaza la declaración de resolución por la otra parte. Eso depende de las circunstancias. En realidad el poder de apreciación del juez o del árbitro es esencial en esa materia"*.²⁵

Desde este punto de vista, la noción "esencial" para los fines del artículo comentado, se precisa en cada caso particular y de manera específica por el juez del contrato conforme al marco de circunstancias concreto, es decir, no está exenta a la subjetiva apreciación del juzgador.

Por consiguiente, la valoración y definición de un incumplimiento esencial, de una privación sustancial, corresponde al juez en cada caso singular y no está exenta de dificultades axiológicas.

Para evitar la anfibología a propósito de cuáles comportamientos pueden constituir un incumplimiento esencial para la resolución del contrato, sin llegar a una casuística extrema, en ejercicio de la autonomía privada dispositiva, se estila señalar en su contenido – Artículo 6° de la Convención- las conductas respectivas²⁶.

En efecto, las partes del contrato pueden disciplinar determinadas hipótesis constitutivas de incumplimiento esencial en el contenido del contrato, suprimiendo la ambigüedad, discusión y evitando un excesivo poder de valoración judicial.

Sin embargo, la aplicación e interpretación de estos casos es restrictiva, estricta y no es susceptible de analogía o extensión, como lo precisó la Corte Suprema de Casación suiza, en el asunto referido, anotando:

"La noción de incumplimiento esencial tal y como se define en el artículo 25 de la convención debe ser interpretado de manera

²⁴ EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL, JORGE ADAME GODDARD, Universidad Autónoma de México, Ediciones McGraw-Gil. Según Guardiola Saccarreta: *"en suma, el incumplimiento esencial, reflejo del concepto de derecho anglosajón del "fundamental breach of contract" más que un incumplimiento denota una auténtica violación del contenido obligacional del contrato, estableciendo la línea diferencial con los demás tipos de incumplimiento en el grado de perjuicio que se produzca para la otra parte y no en la magnitud del incumplimiento en sí mismo, de manera que un incumplimiento aparentemente intrascendente, como puede ser un retraso de pocos días en la entrega por parte del vendedor, puede convertirse en esencial si del mismo deriva la imposibilidad del comprador de utilizar las mercaderías con posterioridad a la fecha inicialmente pactada para la entrega, deviniendo inútil el contrato"*.

²⁵ COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS, Comentarios a la Convención de Viena de 1980, Christian Larroumet, Ramiro Araujo Segovia, Luis Ferando Alvarez Londoño, entre otros, Seminario 15, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Privado, Especialización en Derecho Comercial, 2003.

²⁶ GARRO Alejandro Miguel, ZUPPI Alberto Luis, *Compraventa Internacional de Mercaderías*; Ediciones la Roca, Buenos Aires, Argentina, 1990.

restrictiva; en caso de duda, hay lugar a considerar que las condiciones de un incumplimiento tal no se han realizado (Neumayer/Ming, op. cit., n. 2 ad art. 25 CVIM)”.

2.1.2 El perjuicio causado era previsible.

Señala el artículo 25 que “*el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación*” (el subrayado es nuestro).

Quiere decir lo anterior que aún cuando el incumplimiento de una de las partes parezca ser esencial al causar a la otra parte un perjuicio de tal magnitud que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, en los términos explicados en el acápite anterior, no lo será, cuando la parte incumplida demuestre:

- 1- Que no se previó ese resultado y
- 2- Que una persona razonable de la misma condición y en la misma situación, tampoco lo hubiera previsto.

No basta, en consecuencia, acreditar una sola de las condiciones para eximirse de responsabilidad por un incumplimiento que priva sustancialmente a la contraparte de lo que tenía derecho a esperar del contrato.

Es necesario que la parte incumplida pruebe, que si bien no previó el resultado, ello no se debió a su falta de diligencia sino a que cualquier persona razonable de la misma condición y en la misma situación, tampoco hubiera podido preverlo²⁷.

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual²⁸, se define lo “previsible” como lo susceptible de previsión, es decir, “*el conocimiento anticipado, por ciertas señales o indicios; conjetura; adopción de medidas o procuración de medios para hacer frente a la imposibilidad, escasez, riesgo o daño futuro*”.

¿Cómo se determina la posibilidad de conjeturar o prever los resultados dañosos de la acción?

²⁷ Cuando hacemos referencia a que deben acreditarse las dos condiciones enunciadas para eximirse de responsabilidad por incumplimiento esencial, no quiere ello decir que la parte incumplidora se exima por completo por el incumplimiento en que incurre. Si bien es cierto queda excluida la posibilidad de que se configure el incumplimiento esencial y que se deriven las consecuencias propias del mismo (entiéndase Resolución del contrato), se mantiene la responsabilidad del incumplido por la disconformidad de su conducta o de su omisión con lo previsto en el contrato. En otras palabras, a pesar de no proceder la acción de resolución o de cumplimiento por incumplimiento esencial, sí proceden las acciones referidas a la indemnización por los daños y perjuicios causados, propias del incumplimiento general.

²⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta, 1996, buenos Aires, Argentina.

La Convención, acude nuevamente al criterio de la razonabilidad.

Este criterio de interpretación del contrato consagrado en el artículo 8 numeral 2) de la CISG, es un concepto cuya definición no se remite a una ley positiva en particular y ha sido tratado en el escrito “Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Aplicación en el Derecho Colombiano”²⁹.

En efecto, y según se indicó en aquella ocasión, la razonabilidad, se determina atendiendo el caso, la materia y las situaciones concretas de las partes en el momento de realizar los actos.

De esta manera, la razonabilidad, refiere a un criterio objetivo relativo a un entendimiento usual por personas de la misma condición y en la misma situación³⁰.

Determinar que una persona razonable de la misma condición - al igual que la parte que incumple y que no previó que su incumplimiento causaría un perjuicio tal a la otra parte, que lo privaría sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar del contrato - no hubiera podido prever que tal incumplimiento iba a causar a la otra parte un perjuicio tan grave como el mencionado, no es tarea sencilla.

Sin embargo, la costumbre, concebida como la reiteración de actos de la misma especie, la práctica reiterada y recibida con fuerza preceptiva, es una herramienta eficaz en esta labor. El referente, en estos casos, está dado por el conocimiento colectivo dentro de un grupo que realiza las mismas actividades y que está familiarizado con los mismos comportamientos.

Lo anterior, aplicable en Colombia porque su ordenamiento jurídico prevé la costumbre como fuente auxiliar de derecho³¹, lo es también, en los países de derecho anglosajón, donde la costumbre, los precedentes y la equidad ejercen la mayor fuerza vinculante y conserva importancia ideológica fundamental a manera de justificación y fundamento de fuente por excelencia de este sistema jurídico³².

En el derecho anglosajón, basado en la costumbre, en el comportamiento reiterado, en el precedente y en la equidad, es de menor complejidad la determinación de los casos en los cuales determinados actos o hechos son poco razonables, en tanto se podrá evaluar de forma clara y ágil si éste hecho se aparta o no de las formas de actuar que normalmente utiliza una persona, en las mismas condiciones, (de la misma profesión, con la misma experiencia, la misma cultura etc.) y en la misma condición (en un contrato semejante, con las mismas características, de similar valor o importancia y con cargas obligacionales semejantes).

²⁹ Publicado en el volumen 1 número 2 (2002) de la Revista virtual *emercatoria* del al universidad Externado de Colombia.

³⁰ El criterio de razonabilidad es definido en el artículo 1108 de “*los principles of european contract law*” y referido a “aquellas personas que actúan de buena fe, que puestas en la misma circunstancia actuarían igual, teniendo presentes la naturaleza y el fin que se persigue con el contrato y las circunstancias relativas a los usos o prácticas de la determinada profesión”.

³¹ El artículo 13 de la ley 153 de 1887 expresa que “la costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”.

³² OVIEDO ALBAN, Jorge. *Campo De Aplicación y Criterios De La Convención De Viena Para La Compraventa Internacional De Mercaderías*. Publicado en *Universitas* 101, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Junio 2001.

En Colombia, la relación tiene semejanza con el concepto de buen padre de familia³³ del civil law, que hace referencia a una diligencia estándar en la apreciación de los principios de auto-responsabilidad y protección de la confianza en sede interpretativa.

El intérprete, al actuar bajo este concepto *"debe atribuir a la declaración el sentido normal que le otorgaría la generalidad de los hombres, racionando con las tradiciones comunes de espíritu que descansan en la idiosincrasia nacional"*.³⁴

Su labor consistirá en ponerse en el lugar de las partes contratantes adoptando el pensamiento de personas comunes, que en la misma situación, actuarían de determinada manera; esa persona razonable deberá tener las mismas condiciones técnicas, conocimientos del mercado, manejo del idioma y de los términos comerciales de común uso, en fin, las condiciones necesarias para en un momento dado, reemplazar a una de las partes.³⁵

Este criterio podría sin embargo, presentar eventualmente inconvenientes para su aplicación, ya que aunado a la remisión que se hace a un tercero ajeno al negocio, nos encontramos con la posibilidad que dicho criterio cambie, puesto que la costumbre podría variar de un Estado a otro, por ejemplo, por la forma de utilizar los términos o entender algunas acciones y debido a esto se actúe de un determinada forma atendiendo a su costumbre interna, desconociendo lo que puede representar si se tiene otro concepto del término o de la acción.

En nuestro concepto, juega un papel crucial el intérprete y su valoración de la situación. Dentro de esta sin embargo, además de tenerse en cuenta el obrar común de una persona razonable en la misma condición y situación, consideramos que habrá de pensar también en aquellas cargas de la autonomía privada, que demandan de las partes contratantes un comportamiento adecuado respecto a la situación negocial que se desarrolla³⁶.

³³ El buen padre de familia es aquel modelo a seguir dentro de la sociedad, es una persona que emplea la máxima diligencia y prudencia en la persecución de sus fines.

³⁴ EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL, JORGE ADAME GODDARD, Universidad Autonoma de Mexico, ediciones McGraw-Gil.

³⁵ Para el desarrollo de su labor, el intérprete deberá considerar, no sólo aquellos conocimientos que en virtud del contrato debían tener las partes, sino también de las circunstancias en torno al mismo que pudieran evidenciar para los intervinientes en el negocio, qué conductas suyas privarían sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar: hacemos referencia aquí a las tratativas preliminares entre las partes, sus relaciones comerciales anteriores las costumbres comerciales del gremio particular de que se trate. etc.

³⁶ Al respecto el profesor Fernando Hinestrosa, define las cargas de la autonomía privada en tanto *"necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de varios que excitaban al sujeto"*, enunciando la carga de legalidad, consistente "en el recuerdo de que cada tipo de negocio posee un significado concreto, y que los efectos que produce corresponden precisamente a la función social que desempeña"; la carga de claridad y precisión que como su nombre lo indica es aquel comportamiento que emplea una persona en la celebración de un negocio, entre más claro y preciso sea aquel "mayor seguridad tendrá el particular de alcanzar todos los resultados que tiene en mente y que surjan de la función social del negocio celebrado"; La carga de sagacidad quiere decir que la persona que celebra el negocio jurídico *"debe ser cauto, cuidadoso, sagaz"*; por último la carga de corrección, es decir, que las partes intervinientes deben "abstenerse de vulnerar la legalidad y la moralidad fundamentales(...) observación de todas las diligencias que las reglas comerciales, de cortesía y cumplimiento prescriben".

Por otra parte, en relación con la carga probatoria y el deber de demostrar que no solo no pudo prever la consecuencia grave del incumplimiento, sino además, que cualquier otra persona de la misma condición y en la misma situación tampoco hubiera podido preverla, debe decirse que la carga de la prueba en estos casos corresponde a la parte incumplidora.

Al respecto, Antonio Boggiano, en su obra *Contratos Internacionales*, señala: “*El incumpliente ha de probar no haber previsto que el incumplimiento podría frustrar sustancialmente las expectativas de la otra parte; además, ha de probar que una persona razonable de la misma condición no hubiera previsto en igual situación que el incumplimiento podría ser esencial.*”³⁷

Es importante resaltar que en la convención de Viena, varios de sus artículos hacen referencia al criterio de razonabilidad, por lo tanto esta expresión impera en el articulado de la misma³⁸.

Las reglas para medir la posibilidad de previsión deben ser acordes con las que el artículo 74 de la Convención exige para medir los daños y perjuicios, esto es “...tomando en consideración los hechos que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”³⁹.

Ahora, al revisar los comentarios de Honnold a la Convención, éste señala que “*la prueba de la previsión en la cláusula final del artículo 25 parece implicar que la parte incumplidora podía haber evitado un perjuicio serio en el momento en que este perjuicio resultase previsible*”⁴⁰.

En efecto, consideramos que no obstante una de las partes al incumplir el contrato y haber sido previsible que tal conducta causaría a la contraparte un perjuicio tal que la privaría sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar del contrato, la Convención no remite indefectiblemente en estos eventos, a la resolución del contrato.

Por el contrario, habida cuenta que en este instrumento el principio de la conservación del contrato resulta fundamental, como veremos más adelante, está prevista la posibilidad de que se evite la resolución del negocio a través de la subsanación oportuna o el ofrecimiento de soluciones a la parte afectada, para evitar causarle el perjuicio que efectivamente se le iba a causar.

En efecto, la Convención incluye disposiciones que permiten por ejemplo, subsanar al vendedor una entrega no conforme reemplazándola o reparando las mercaderías defectuosas (artículos 37 y 48)⁴¹.

³⁷ BOGGIANO Antonio, *Contratos Internacionales*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1990.

³⁸ Es así como en el artículo 8 evoca este criterio, de igual forma en los artículos 35, inc 1, artículo 39 inc 1, artículo 43 inc 1, artículo 44, artículo 46 inc 2 y 3, artículo 47, artículo 49 inc 2, artículo 63 inc 1, artículo 64 inc 2, artículo 65 inc 2, artículo 73 inc 2, artículo 75, artículo 76, 77, 79, 85, 86 y 88.

³⁹ GARRO Alejandro, ZUPPI Alberto, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ediciones la Roca, Buenos Aires, 1990.

⁴⁰ HONNOLD O. Jhon, *Derecho Uniforme sobre Compraventa Internacional (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Unidas, 1987.

⁴¹ Artículo 37 “En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de

Para Honnold, ya que la Convención da estas opciones, “la esencialidad del incumplimiento para efectos de declarar resuelto el contrato debe determinarse en consideración a la existencia y razonabilidad de una oferta para subsanarlo.”⁴².

En suma, cuando la parte cumplidora logra probar que sus expectativas más importantes han sido frustradas por el incumplimiento, procederá la resolución del contrato.

2.2 Importancia del concepto

En primer término, se destaca el concepto de incumplimiento esencial como presupuesto por excelencia (no es el único) capaz de provocar la resolución contractual, diferenciándose de los demás incumplimientos, no suficientes por sí mismos de provocar la ruptura del vínculo contractual. Los demás incumplimientos producen otro tipo de efectos como por ejemplo indemnización por daños y perjuicios causados, reparaciones o sustituciones de las mercaderías, etc.).

En efecto, el incumplimiento esencial por una de las partes comporta le derecho de la otra a la resolución del contrato en su totalidad, bastando para ello con que esta última lo comunique a la primera.

Así entonces, la Convención reconoce al vendedor (artículo 64 a) y al comprador (artículo 49 a) el derecho declarar resuelto el contrato por incumplimiento esencial⁴³ de cualquiera de las obligaciones derivadas del mismo, o de la propia Convención. Dicen los artículos pertinentes:

“Artículo 49

1) *El comprador podrá declarar resuelto el contrato:*

las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención. Artículo 38 “1) El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias. 2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino. 3) Si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercaderías o las reexpide sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlas y si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la posibilidad de tal cambio de destino o reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su nuevo destino.”

⁴² HONNOLD O. Jhon, *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Unidas, 1987.

⁴³ No son estos eventos las únicas causas de resolución del contrato. Además de esos supuestos de incumplimiento esencial, la Convención prevé la posibilidad de que la parte perjudicada pueda declarar resuelto el contrato en los casos que a continuación se señalan:

Por parte del comprador: en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado (artículo 49 b).

En caso del vendedor: si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado (artículo 64 b).

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que el incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato”

“Artículo 64

1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato;”

No obstante, es preciso señalar que el artículo 25 no es útil únicamente para determinar cuándo procede y cuando no, la resolución del contrato, sea por parte del comprador, sea por parte del vendedor.

En verdad, el concepto allí establecido tiene una utilidad más amplia en la Convención y tiene aplicación en los siguientes eventos, donde se concede una serie de derechos, siempre y cuando comporten necesariamente “incumplimiento esencial”:

- En el artículo 46.2, que determina el derecho del comprador de exigir mercancías en sustitución de las que no fueran conformes con el contrato⁴⁴.
- El artículo 70, que determina la posibilidad de revertir al vendedor los riesgos por pérdida o deterioro de las mercancías.⁴⁵
- El artículo 51.2, que trata la resolución del contrato en su totalidad basada en la ejecución defectuosa de una parte del contrato⁴⁶;
- El artículo 72 inciso 1, sobre el incumplimiento anticipado.⁴⁷
- y el artículo 73 incisos 1 y 2, sobre las entregas sucesivas⁴⁸.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la Convención, propone como última solución la resolución del contrato, acogiendo así el principio de conservación del contrato. Es así como, la resolución aparece como la última instancia debido a los

⁴⁴ *“Artículo 46 2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.”*

⁴⁵ *Artículo 70 “Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.”*

⁴⁶ *Artículo 51 “2)El comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste.”*

⁴⁷ *Artículo 72 “ 1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.”*

⁴⁸ *Artículo 73 “1) En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.*

2) Si 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, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable.”

prejuicios económicos que se desprenden de una acción tan drástica. Al respecto Alejandro Garro y Alberto Zuppi, ponen de presente los motivos por los cuales esta es la situación más adecuada para favorecer el comercio internacional. “Se aprecia en la sistemática seguida el claro propósito de favorecer prioritariamente la continuidad del contrato, intentando que las partes alcancen por sí mismas una solución al problema a través de cumplimiento efectivo, dado que éste era el fin perseguido por aquéllas al formalizar el contrato, dejando la resolución o rescisión de éste, como medida excepcional para casos de extrema gravedad, dados los inconvenientes que la ruptura del vínculo contractual que entraña la resolución en una operación internacional”⁴⁹.

3 Notificación de la Resolución (artículo 26)

Visto que el incumplimiento esencial por una de las partes conduce a la resolución del contrato, cabe ahora ocuparse de la manera en que, a la luz de la Convención, debe surtir dicha resolución para que ésta produzca efectos.

La resolución de un contrato se puede definir como aquella sanción impuesta al contratante incumplido, por la inejecución de sus obligaciones. Tanto el vendedor como el comprador pueden ejercer a su elección la acción de resolución del contrato o exigir el cumplimiento del mismo.

Es preciso advertir que la convención de Viena, trata la resolución del contrato en varios artículos y de una forma aislada.

En efecto, el instrumento que nos ocupa, trata de la resolución del contrato en el artículo 49, referido a la resolución por parte del comprador, como consecuencia del incumplimiento del vendedor, el artículo 64 que trata sobre la posibilidad que tiene el vendedor para ejercer el derecho a la resolución, por el incumplimiento del comprador; se encuentra en los artículos 71 y siguientes, que consagran las disposiciones comunes tanto para el vendedor como para el comprador, eventos en los que se puede ejercer la resolución anticipada, o la resolución en contratos con entregas sucesivas; y por último en los artículos 81 a 84, la Convención que se ocupan de los efectos de la resolución.

En el presente escrito sólo se analizará el concepto de resolución y su notificación, para que su declaratoria produzca efectos. Los demás puntos serán objeto de un próximo escrito.

Así entonces, el artículo 26 enuncia que “*La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte*”.

De lo anterior que sea requisito indispensable, para que la resolución produzca sus efectos, que quien declara resuelto el contrato comunique a la contraparte que el contrato se halla en tal condición.

Ahora bien, para que surta efectos la resolución debe haber sido notificada a la parte incumplida, pero en el artículo 26, no se expresa la forma como debe hacerse la notificación, por lo tanto, se presume que ella, se puede realizar de cualquier forma.

⁴⁹ GARRO Alejandro Miguel, ZUPPI Alberto Luis, *Compraventa Internacional de Mercaderías*; Ediciones la Roca, Buenos Aires, Argentina, 1990.

Ello quiere decir por una parte, que la resolución no se produce *ipso facto* con el incumplimiento esencial (como ocurría en LUCI⁵⁰) sino que es necesario que la parte que considera resuelto el contrato lo comunique a la parte incumplidora para que ésta no vaya a cumplir exponiéndose a que la otra rechace tal ejecución; por otra que, no señalando la Convención la forma en que deba hacerse la notificación, debemos remitirnos a la libertad de formas como principio acogido en este instrumento unificador, para la celebración y prueba de los contratos⁵¹. En otras palabras, puede sentarse igualmente la libertad para la notificación que nos ocupa, asegurándose su eficacia y la utilización de medios “*adecuados a las circunstancias*”, para evitar los riesgos de una notificación defectuosa e irregular que los asume el destinatario de la misma, como más adelante se explicará.

Ahora, la notificación debe efectuarse dentro de un tiempo razonable según establece el artículo 49-2 y, por tanto, al comprador corresponde notificar al vendedor, el ejercicio de la declaratoria de resolución en un tiempo razonable.

Debe mencionarse en este punto que la Convención de Viena, no sólo autoriza resolver el contrato por causa de un incumplimiento esencial del contrato⁵², pues cuando no se entregan las mercaderías⁵³, hay lugar a resolver el contrato pero la parte cumplida puede exigirle el cumplimiento a la cumplida, o exigir la respectiva indemnización por daños y perjuicios ocasionados.

Esto es debido a la excesiva protección que brinda la convención a las partes contratantes, pues el deseo es el de conservar al máximo el contrato y como última instancia, al configurarse un incumplimiento esencial, resolver el contrato. Al respecto, varios autores reiteran las dificultades que implica la celebración y más aún la resolución de un contrato internacional, peor insisten sobre todo, en las nefastas

⁵⁰ Artículos 25 y 26.1.

⁵¹ El artículo 11 de la Convención dispone que "El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos". Este artículo, entonces se hace extensivo a la notificación de la resolución, pues la convención no dispone como debe hacerse la notificación. En este sentido nos remitimos al artículo publicado en la revista *emercatoria*, donde al analizar el artículo 11 se expresaba que “es evidente que la libertad contractual inserta en el artículo Art.11 de la CISG, es perfectamente compatible con la establecida en nuestros códigos civil y comercial que, en lo relativo a bienes muebles, también dejan a las partes obligarse con el simple consentimiento y posteriormente, probar la existencia del contrato a través de cualquier medio que resulte conducente, pertinente y útil”.

⁵² “Pero si el incumpliendo no es esencial pero consiste en la falta de entrega de las mercaderías por el vendedor (art.49-1 b) o en la falta del pago del precio o de recepción de las mercaderías por el comprador (art. 64-1 b), la resolución sólo puede ser declarada tras la concesión al contratante incumplidor de un plazo suplementario conforma a lo previsto en los arts. 47-1 y 63-1 de la convención”. LA FACULTAD DE RESOLVER LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO, Martio E. clemente Meoro, valencia 1998.

⁵³ Al respecto Mario E. Clemente Meoro, expresa que “la common law distingue entre dos tipos de pactos contractuales, *conditios* y *warranties*, de manera que el incumplimiento de los primeros, pero no el de los segundos faculta para resolver. (...) a efectos de resolución de *conditions* es aquel pacto (*term*) cuyo incumplimiento por el deudor legitima al acreedor para resolver la relación obligatoria; por el contrario, si el pacto pertenece a la categoría de *warranties*, su incumplimiento no permite resolver, sino solo reclamar *damages*.” “(...) *warranties* es un acuerdo relativo a los bienes que son objeto del contrato de compraventa pero *collateral* al proposito principal del contrato, cuyo incumplimiento da derecho a reclamar indemnización *damages*; (...) *Conditions*, aquellos pactos que afectan tan directamente a la sustancia del contrato, o en otras palabras, son tan esenciales a su naturaleza que su incumplimiento (*non-performance*) puede ser legítimamente (*fairly*) considerado por la otra parte como una falta sustancial del cumplimiento del contrato en su totalidad (*sbstantial failure to perform the contract at all*)”.

consecuencias de tipo económico principalmente, que puede generar la resolución de un contrato tal.

Sin embargo, la Convención prevé en su artículo 72 una especie de Resolución “anticipada”, al tenor de este artículo en su primer inciso, dispone que “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto”.

De la lectura de este artículo se desprenden dos requisitos para que se declare la resolución anticipada: el primero será un incumplimiento inminente o “patente”⁵⁴; el segundo, que dicho incumplimiento sea de carácter esencial.

Por su parte los Principios UNIDROIT, regulan dentro de la terminación del contrato, la facultad para resolver el contrato, es así como en su artículo 7.3.1. establece que “una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial”. A su vez el artículo 7.3.2 complementa esta disposición, enunciando que “el derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercerá mediante una comunicación a la otra parte”. Es así como, la resolución del contrato en los principios UNIDROIT, coincide con la regulación de la Convención de Viena. Puesto que en ambos casos, para que surta efectos la resolución, no será necesaria declaración judicial alguna, sino una simple comunicación a la parte incumplida.

En nuestra opinión la solución acogida por la Convención es una forma simple y eficaz de llegar a un resultado que, bajo otro esquema, podría implicar a los contratantes, un largo y dispendioso proceso. A la parte cumplida le bastará notificar a la incumplida, su deseo de terminar el contrato, sin que se deba surtir otro tipo de formalidades al respecto.

3.1 La Resolución en el ordenamiento jurídico colombiano

Resulta útil para conocer la definición y los efectos de la resolución, ver cómo la legislación y doctrina Colombiana explican su concepto.

Así al tenor del artículo 1546⁵⁵ del Código civil “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo

⁵⁴ Al respecto, Alejandro Miguel Garro y Alberto Luis Zuppi expresan que el incumplimiento patente debe obedecer a “situaciones fácticas y objetivas, tales como el concurso o la quiebra, el incumplimiento o la negativa de dar garantías suficientes, o un grave desmedro patrimonial”.

⁵⁵ El Código Civil Francés en su artículo 1184, preceptúa: “la condición resolutoria va implícita en los contratos sinalagmáticos, en el caso en que una de las dos partes no satisfaga su obligación. En ese caso el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte cumplida tendrá la elección de forzar a la otra para la ejecución del contrato, si eso es posible, o de demandar la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada en justicia, y puede acordarse al demandante un plazo, según las circunstancias”.

A su vez el artículo 1124 del código Civil español, dispone: “la facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento cuando este resultare imposible. El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar el plazo (...)”.

pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Por su parte el artículo 870 Código de comercio dispone que *“en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.*

Un análisis de los artículos 1546 del Código civil y 870 del Código de comercio, demuestran como en materia comercial, para que una de las partes pueda demandar la resolución del contrato, es necesario que la parte incumplida esté en mora de ejecutar su prestación.

En materia civil el simple incumplimiento de una de las partes, faculta a la otra para demandar la resolución del contrato, sin necesidad de constituirla en mora. En efecto la normatividad comercial hace más dispendiosa la resolución, pues no exige el simple incumplimiento, sino la constitución en mora de la parte incumplida.

La Corte Suprema de Justicia⁵⁶ ha distinguido los conceptos de mora e incumplimiento, definiendo la mora como aquella *“dilación del deudor en el cumplimiento de su prestación, también requiere que sea imputable a éste y que el acreedor haya efectuado la correspondiente reconvencción o requerimiento, es decir, que haya intimado al sujeto pasivo de la obligación para que cumpla el comportamiento esperado de él”.*

Sin embargo, el artículo 1930 dispone que el vendedor puede pedir la resolución del contrato *“Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio”.*

La Corte Suprema de Justicia, sala civil, en sentencia de agosto 10 de 1983⁵⁷, al analizar la resolución del contrato en materia civil y comercial, llega a la conclusión de

El Código Civil italiano en su artículo artículos1455, disciplina: *“el contrato no se puede resolver si el incumplimiento de una de las partes tiene importancia escasa teniendo en cuenta el interés de la obra”* y el parágrafo 325 BGB Alemán consagra esta figura.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil del 15 de marzo de 1983.

⁵⁷ Esta sentencia analiza las posibles diferencias entre la resolución en materia civil y la resolución en materia comercial, expresando lo siguiente: *“Hay lugar a la resolución por el incumplimiento o por la constitución en mora? En ambos casos, pero con diferentes efectos. Las normas que regulan el fenómeno tanto en el derecho civil como en el comercial son las siguientes: 1. Artículo 1546 C.C., según el cual en los contratos bilaterales que no tienen una regulación específica sobre la materia **el incumplimiento** de uno y el cumplimiento del otro da lugar a las acciones alternativas de resolución o ejecución mas indemnización de perjuicios. 2. Cuando se trata del contrato bilateral de compraventa civil, hay lugar a la resolución o ejecución con perjuicios en el evento de **mora del comprador** en pagar el precio, según lo establece el artículo 1930 del Código Civil. Como se observa, pues, el Código Civil exige en algunos casos el simple incumplimiento y en otros el incumplimiento calificado, o sea la mora. 3. La norma general ara los contratos bilaterales comerciales diferentes de l compraventa está contenida en el artículo 870 del Código de comercio, según el cual **la mora** da lugar a la acción resolutoria con indemnización de perjuicios. Dos comentarios merece esta norma. Al paso que en los contratos bilaterales civiles es posible deprecar resolución o ejecución por el simple **incumplimiento** (art.1546), el Derecho Comercial, exige **mora** (art. 980), es decir tal normatividad es más dispendiosa que la civil, contra lo que se supone debía ser. De otra parte el Código Civil permite resolución o ejecución y el de Comercio no contempla esta última alternativa, siendo así que la acción ejecutiva es la acción personal por antonomasía. 4. El código de comercio consagra dos posibilidades para el vendedor **cuando el comprador está en mora o simplemente ha incumplido** la obligación de pagar el precio, ambas referidas a la acción resolutoria, en ambos casos con indemnización de perjuicios. En el artículo 948 consagra una acción resolutoria*

que la acción de resolución se puede pedir ya sea por la mora de las partes o por su simple incumplimiento.

Por otro lado el artículo 927⁵⁸ del Código de Comercio, cuando explica la entrega parcial de la cosa, dispone que cuando el comprador acepta esa entrega parcial, puede pedir respecto al remanente, o el cumplimiento o la resolución del contrato con respecto a la parte faltante, lo que lleva a la conclusión, que la resolución puede ser parcial.

Cuando se suscribe un contrato bilateral⁵⁹, como la compraventa, su curso normal y su efecto principal es el del cumplimiento recíproco de los contratantes. Pero pueden llegar a presentarse eventos en los que alguna de las partes no cumpla con las obligaciones del contrato; es por esto que en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria.

Varios autores Colombianos definen la resolución como “el efecto que se produce en presencia de las cuatro causales siguientes: El mutuo acuerdo entre las partes, dirigido a destruir el contrato; El incumplimiento voluntario; El incumplimiento involuntario; La excesiva onerosidad de la prestación a cargo de uno de los contratantes”.⁶⁰

Podemos concluir que de acuerdo con la legislación colombiana, el incumplimiento simple de una de las partes, faculta a la otra para ejercer la acción de resolución. Pero el tratamiento difiere a aquel que consagra la Convención de Viena, puesto que en ella la simple notificación o comunicación de resolución produce todos sus efectos, mientras que en nuestro ordenamiento, la parte cumplida debe ejercer su acción ante el juez competente para que este lo declare resuelto.

irreversible **en caso de mora** y el 966 establece la misma acción **en caso de incumplimiento** pero con la posibilidad para el comprador incumplido de enervar la resolución si paga tres meses después de verificada la resolución. La mora, pues, en este caso produce el efecto de hacer irreversible la restitución. Hay lugar a perjuicios en caso de **mora o de incumplimiento**. 5. Dos normas también regulan el ejercicio de la acción de cumplimiento que tiene el vendedor cuando el comprador ha incumplido su obligación de pagar el precio, a saber: el incumplimiento del comprador en más de la octava parte del precio, en el artículo 950, que da lugar a perjuicios, retribución por el uso de frutos; y el **incumplimiento parcial** del comprador, en las ventas a plazo, art. 962, que cuando es inferior a la octava parte sólo da lugar a cobrar la cuota atrasada. La diferencia aquí no está en si hubo mora o simple incumplimiento, sino en si el incumplimiento (no la mora) fue superior o inferior a la octava parte. Queda pues demostrado que a la resolución o ejecución en los contratos bilaterales se llega en unos casos a través de la mora y en otros en virtud del simple incumplimiento. Que en algunos casos el simple incumplimiento genera la acción resolutoria o de cumplimiento y la indemnizatoria. Colorario de lo anterior es que el artículo 1615 del C.C según el cual los perjuicios surgen de la mora es una norma que hay que entender complementada con el apotegma “salvo que la ley disponga otra cosa”.

⁵⁸ Artículo 927 Código de Comercio: “En los contratos en que se pacte la entrega de una cantidad determinada de mercaderías a un plazo fijo, no estará obligado el comprador a recibir una parte, ni aun en el caso de que el vendedor le prometa entregar el resto; pero si acepta la entrega parcial, quedará consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, salvo el derecho del comprador a exigir el cumplimiento del resto del contrato o la resolución de la parte de éste no cumplida, previo requerimiento al deudor”.

⁵⁹ El artículo 1496 del código Civil dispone que el contrato bilateral es aquel “... cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

⁶⁰ Entre ellos, FERNANDO CANOSA TORRADO, *La resolución de los contratos, incumplimiento y mutuo disenso*, segunda edición 1992, ediciones doctrina y ley, Santafé de Bogotá

3.2 Tratamiento jurisprudencial de la notificación de resolución del contrato

Resulta necesario explicar cuál ha sido el tratamiento jurisprudencial respecto al artículo 26, razón por la cual en el presente acápite analizaremos varios fallos relacionados con la notificación de la resolución.

3.2.1 Fallo del 3 de Octubre de 2002 de la Audiencia Provincial de Pontevedra (España)⁶¹

Se celebró un contrato cuyo objeto era la compra de pescado (merluza) congelada. La mercadería llega al país de destino, donde las autoridades sanitarias la examinan y concluyen que tiene un número de parásitos que supera la normatividad de Jordania. La mercadería es devuelta al país de origen y el vendedor- la empresa española- la revende a Estonia. Es así como la empresa española, devuelve el precio pagado por la empresa jordana, pero deduce del mismo, los costos de fletes. La empresa jordana no conforme con esto, reclama la devolución íntegra del precio ya que la comunicación de falta de conformidad se efectuó dentro de los plazos previstos por los artículos 38 y 39 de la convención. El tribunal Español, le da la razón a la empresa Jordana, pues en realidad el contrato se resolvió en debida forma.

3.2.2 Fallo del 15 de septiembre de 2003, de la Suprema Corte federal Suiza

Una empresa Italiana y una sociedad suiza, celebraron un contrato de compraventa cuyo objeto era la adquisición de cinco toneladas de algodón, mercadería que había sido identificada en su calidad y cantidad, e igualmente se había determinado el lugar de expedición, la misma, debía ser expedida entre el 25 de mayo y el 5 de junio de 1994, y su pago se efectuaría mediante una letra de crédito a los 60 días de la fecha de aduana. La convención estipulaba que el embarque de la mercadería debía efectuarse en un puerto de Egipto en el mes de mayo de 1994. El 27 de abril de 1994 la empresa suiza comunicó vía fax a la italiana, que las autoridades de Egipto habían impuesto un aumento en el precio del algodón. El 2 de mayo de 1994, la empresa suiza envió un segundo mensaje a la italiana para que aceptara y confirmara el aumento del precio fijado en el contrato del 2 de marzo de 1994, que finalmente aceptó la empresa italiana. El 3 de junio de 1994, la empresa italiana se sorprendió del retardo de la empresa suiza, debido a la falta de información de la misma, y al irrespeto de los acuerdos del 2 de marzo y 14 de abril de 1994. Debido a los incumplimientos de la empresa suiza, la italiana tuvo que contratar otros proveedores, a altos precios para cumplir con las obligaciones a su cargo. El 27 de junio de 1994, la empresa italiana envía una comunicación a la suiza, expresándole los motivos para no aceptar la mercadería, objeto del contrato. el 23 de julio de 1994 la empresa suiza envía unas mercaderías que no eran conformes al contrato inicial suscrito por las partes. el 7 de agosto de 1994, no hubo más contacto entre las dos empresas.

La empresa italiana finalmente reclama la suiza el 21 de octubre de 1994 el pago de una suma de dinero por su incumplimiento. El 5 de diciembre de 1994, ejerce acción

⁶¹ www.cisg.law.pace.edu/cisg, al respecto el Tribunal Español, expresa lo siguiente: “*contrariamente a lo que sucede a en el derecho interno de los países parte de la Convención, la resolución del contrato no es judicial, pero ella surte efectos una vez la parte cumplida notifica a la otra*”. “*Contrary to what happens in several domestic legal systems, avoidance is not judicial but becomes effective automatically after the obligation to give notice to the party in default is observed (article 26 of the Vienna Convention)*”. En el caso en comento, la Corte examinó el contrato y en una de sus cláusulas contenida la cancelación de una de ellas que expresaba que el vendedor asumía una responsabilidad completa sobre el pescado y respecto a las inspecciones en Jordania.

contra la empresa suiza, por haber transgredido las obligaciones contractuales a su cargo.

La empresa suiza alegaba que la italiana había resiliado los contratos de manera unilateral y que por consiguiente el daño que demandaba no estaba justificado ni probado.

El Tribunal de primera instancia de Ginebra, el 20 de mayo de 1999, declaró a la empresa suiza deudora de la italiana, debido a la inejecución de la primera de los contratos suscritos.

El 18 de febrero de 2000, la Corte de justicia de Ginebra, declara aplicable la convención de Viena, admitiendo que la empresa italiana al no haber recibido la mercadería del contrato del 2 de marzo de 1994 y en el periodo de tiempo estipulado, según el artículo 33 de la Convención, resilió el contrato por correo el 8 de julio de 1994.

La Corte Suprema concluye que en virtud del artículo 49 inc 1 un comprador puede declarar resultado el contrato en el caso de una violación por parte del vendedor de una de sus obligaciones, siempre que dicha violación constituya un incumplimiento esencial del contrato, o en el caso de falta de expedición de las mercaderías, el vendedor no ejecute su obligación dentro del plazo suplementario que le ha dado el comprador. La Corte expresa que en el caso discutido, no se trata de una resolución en sentido jurídico con efectos *ex tunc*, sino de una resiliación que lobera a las dos partes de las obligaciones contractuales que no han sido ejecutadas y que opera *ex nunc*.

Sobre el incumplimiento esencial la Corte expresa que la definición del artículo 25 de la Convención “debe ser interpretada de forma restrictiva, y en caso de duda se debe considerar que las condiciones de un tal incumplimiento no se realizan. El incumplimiento debe recaer sobre el contenido esencial del contrato, es decir, la mercadería o el pago del precio y ocasionar un perjuicio grave al objetivo económico perseguido por las partes. La importancia del incumplimiento no es determinante solo lo serán las consecuencias del mismo, para la parte afectada. Lo que quiere decir, que una obligación principal debe ser incumplida de tal manera que el objetivo económico del contrato no se realiza y la parte afectada no tenga interés en su ejecución. Lo que quiere decir, que importa poco que el perjuicio sea objetivamente reparable o no”. Para establecer si hubo un incumplimiento esencial se hará en el momento de conclusión del contrato donde el interés de una de las partes debe ser reconocido por la otra. Y el perjuicio debe ser previsible para la parte afectada o para toda persona razonable en la misma situación, para determinar la gravedad del perjuicio, se tendrá en cuenta el momento mismo del incumplimiento por una de las partes. Ahora bien, un retardo en la expedición de la mercadería constituye un incumplimiento esencial del contrato si las partes han previsto que dicha expedición debe hacerse dentro de una fecha fija en el contrato. En este evento el comprador estará en su derecho de ponerle fin al contrato sin fijar previamente un plazo suplementario para su cumplimiento.

En este caso el plazo final para la expedición del algodón debía efectuarse el 5 de junio de 1994, fecha fija determinante para el comprador para poder venderla a sus clientes. Es así como, ese retardo constituyó un incumplimiento esencial del contrato desde el momento en que la ausencia de expedición de la mercadería dificultó la realización del objetivo económico perseguido por el comprador.

3.2.3 Fallo del Tribunal arbitral de la Cámara de Comercio y de Industria de Rusia, del Junio 7 de 1999

Decisión comentada anteriormente en el aparte de la definición de incumplimiento esencial del contrato. Caso en el cual las partes involucradas eran por un lado el comprador, una empresa rusa y por otro lado el vendedor una empresa india, y cuyo objeto era el transporte exclusivo de unos productos alimenticios. El Tribunal Arbitral, al analizar la declaración de resolución del contrato expresó lo siguiente:

“De acuerdo con la interpretación de la cláusula cuarta del contrato suscrito, que habla sobre la exclusividad del transporte de los productos por parte del vendedor y a pesar de los requerimientos del comprador al vendedor, de proporcionar los productos conformes al contrato, el tribunal llega a la conclusión de que el comprador interpreto la conducta del vendedor como un incumplimiento esencial y anticipado del contrato (Artículo 72 CISG). Es claro, que desde el 7 de abril de 1998, (día de expiración del embarque de los productos, según lo previsto en el contrato), el vendedor expreso la negativa de transportar las mercaderías según los términos especificados en el contrato. Mientras que el comprador negó razonablemente tomar la entrega de bienes enviados en la nave no que no eran conformes a los términos del contrato, y el vendedor se negó a cambiar su posición dentro del término de 15 días adicionales proporcionados por el contrato (aunque fuera imposible sustituir la nave dentro de este término), es así, como el vendedor se encuentra en mora con respecto al embarque de las mercaderías y esto da derecho al comprador para resolver el contrato de conformidad con la cláusula 9 del mismo, teniendo en cuenta que el comprador notificó al vendedor el deseo de resolver el contrato, mediante notificación de fecha 20 abril 1998 (Artículo 26 CISG)”.

3.3 Efectos de la Resolución

A pesar de que en el presente escrito solo se analiza el primer capítulo de disposiciones generales (parte III de la Convención), es conveniente para tener así una mayor claridad del concepto objeto de análisis, enunciar los efectos de la resolución, que en la convención se encuentran agrupados en los artículos 81 a 84.

Así pues, son dos los efectos de la resolución:⁶²

⁶² En sentencia de la Corte Suprema de justicia, Sala Civil, 6 de julio de 2000, Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez, explica los efectos que conlleva la declaratoria de resolución: “la resolución judicial de un contrato bilateral por el acaecimiento de la condición resolutoria tácita, constituida como ya se indicó, por el incumplimiento de lo pactado por parte de uno de los contratantes, no sólo extingue la eficacia futura del pacto disuelto, sino que adicionalmente genera la desaparición retroactiva de las obligaciones que por razón de él hubieren ejecutado las partes, como lo establece el artículo 1544 del Código Civil, al declarar que, “... Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición”, salvo que ésta se haya estipulado en favor del acreedor exclusivamente, pues en tal caso puede éste renunciarla. Consagra la mencionada norma en el Régimen del Código Civil Colombiano, la eficacia ex tunc de la resolución, que los Mazeaud explican diciendo que ella “obra retroactivamente, por reponer a los contratantes en la situación en que se encontraban antes del contrato. Las obligaciones no cumplidas se extinguen, aquellas cuyo cumplimiento se ha realizado, dan lugar a la repetición...”. En otras palabras, surge de allí por vía de principio general el efecto retroactivo de la sentencia que declara judicialmente la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, pudiéndose distinguir en este ámbito de la eficacia de la resolución, como lo explica la doctrina, dos tipos de efectos: los liberatorios y los recuperatorios. Por razón de los primeros, que comprende a ambos contratantes, sin importar su culpa, estos quedan liberados de las obligaciones no cumplidas, porque éstas

- a. restitución mutua de lo dado o ejecutado
- b. la extinción de las obligaciones que han surgido por ocasión del contrato suscrito entre las partes.

Ahora bien, en los contratos de ejecución instantánea, como la compraventa, la resolución tendrá efectos hacia el futuro y hacia el pasado obrando de una forma retroactiva, es decir, que las obligaciones del contrato se extinguen, haciendo volver las cosas a su estado anterior a la celebración (devolución del precio por parte del vendedor y de la cosa por parte del comprador).

La Convención de Viena por su parte, consagra en sus artículos 81 a 84 los efectos de la Resolución del Contrato, estos son:

- a. En principio la Resolución del Contrato, libera a las dos partes de la ejecución de sus obligaciones, contemplando en todo caso la indemnización de perjuicios.
- b. Un efecto general, es que la resolución opera de forma retroactiva, lo que conlleva la restitución recíproca de las partes. Pero en el evento en que las cosas no puedan devolverse en el estado natural, el comprador pierde el derecho de declarar la resolución del contrato y deberá pagar el equivalente en dinero de las mercancías.
- c. La indemnización de perjuicios que comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Algunos autores analistas de la Convención expresan que la resolución tiene unos efectos limitados “La resolución no supone una anulación del contrato con la destrucción retroactiva de todos sus efectos, si no sólo la suspensión a futuro de las obligaciones que se derivan de él y la restitución de lo que las partes se hubieran entregado por causa del mismo”⁶³. Esta concepción resulta un poco confusa ya que, per se, la resolución implica una extinción de las obligaciones surgidas con ocasión a la celebración del contrato, es decir, tiene efectos retroactivos, no habrá suspensión de las obligaciones, sino que, ésta lleva implícita la restitución a futuro de lo que se ha entregado o pagado.

De conformidad con el artículo 81 de la convención, a pesar de haberse resuelto el contrato hay algunas cláusulas contractuales que mantendrán su vigencia: “*La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución*”.

Este artículo, deja vía abierta para resolver los conflictos que surjan por ocasión del incumplimiento de las partes, para que sean resueltas por Tribunales de arbitramento, o mediante la aplicación de las normas vigentes de cada Estado contratante. Pero esto no quiere decir que se limiten sus efectos retroactivos.

“se extinguen”. Por los segundos, nace el derecho a la repetición de lo cumplido, o como lo dice el artículo 1544 del Código Civil al regular esta eficacia, “deberá restituirse lo que se hubiese recibido bajo tal condición”.

⁶³ EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL, JORGE ADAME GODDARD, Universidad Autónoma de México, Ediciones McGraw-Gil.

Según E Sacarrera, “*la resolución de un contrato produce como efecto la liberación de ambas partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que resulte procedente*”⁶⁴ y en su criterio, la resolución contractual no afecta todo el contrato ni todas las obligaciones; así, las relativas a la solución de controversias, la cláusula de arbitraje o sumisión a determinada jurisdicción, el sometimiento de la controversia al procedimiento pactado, no quedan extinguidas. Cualquier otra estipulación contractual reguladora de los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución, por ejemplo las cláusulas de tasación del importe de la indemnización por daños y perjuicios; la obligación de restituirse mutuamente lo que se haya suministrado o pagado (el vendedor deberá restituir el precio si el comprador resuelve justificadamente el contrato y éste deberá devolver las mercaderías entregadas si es el vendedor quien insta la resolución. Si ambas partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente).

Nuestro ordenamiento jurídico distingue dos clases de efectos, los primeros respecto de las partes del contrato y los efectos respecto de terceros. (Se debe distinguir al tercero de buena fe. (Artículos 1547 y 1548 Código Civil).

La convención de Viena en su artículo 4 excluye ciertos aspectos de la venta, como son las relaciones con los terceros, es decir que la convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor en razón de los daños causados por la cosa a otras personas que el contratante mismo.

3.3.1 ¿Cuál es el objeto de las restituciones mutuas, que comprende?

Por parte del vendedor: el precio y sus accesorios

Por parte del comprador: La cosa, sus frutos⁶⁵, el reconocimiento que el comprador le hace al vendedor de una retribución por el uso de la cosa.

Así pues el comprador deberá entregar las mercancías recibidas y por su parte el vendedor el precio pagado más sus intereses del precio desde la fecha de su pago.

Por su parte el artículo 84 de la convención dispone que si el vendedor “estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago”. Y el comprador “deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas: a) Cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o b) Cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o

⁶⁴ GUARDIOLA SACARRERA Enrique, *La Compraventa Internacional Importaciones y Exportaciones*, Casa Editorial Bosch S.A. España, 1994.

⁶⁵ El artículo 1932 Código Civil dispone lo siguiente: “La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigir las dobladas, y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiera pagado, ya en proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiera sido pagada. El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se restituya la parte que hubiese pagado del precio”.

Por su parte el Código de Comercio en su artículo 942 dispone que el comprador tendrá derecho a que “En caso de resolución de una compraventa por incumplimiento del vendedor, el comprador tendrá derecho a que se le pague el interés legal comercial sobre la parte pagada del precio o a retener los frutos de la cosa en proporción a dicha parte, sin menoscabo de la correspondiente indemnización de perjuicios. Y a su vez el vendedor tendrá ciertos derechos según lo estipulado en el artículo 950 “En caso de incumplimiento del comprador, el vendedor tendrá derecho a una justa retribución por el uso que el comprador haya hecho de la cosa y a la restitución de los frutos en proporción a la parte no pagada del precio, sin menoscabo de la correspondiente indemnización de perjuicios.

restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado substancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas”.

4 Demora o error en las notificaciones (artículo 27)

Una vez analizada la notificación de la resolución del contrato, es preciso advertir que el artículo 26 de la Convención, viene de la mano con el artículo 27⁶⁶ de la misma que dispone lo siguiente: *“Salvo disposición expresa en contrario de esta parte de la presente Convención si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha parte y por medio adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación”*

De la lectura de este artículo se desprenden dos consideraciones importantes: La primera respecto a la parte que asume los riesgos de la comunicación, y la segunda los medios que se consideran adecuados para efectuar la comunicación.

4.1 Riesgo o demora en las comunicaciones: ¿Teoría de la Expedición?

Cuando analizamos la segunda parte de la Convención- en el artículo relativo a la Formación del contrato en la convención de Viena⁶⁷-, observamos cómo la aceptación de una oferta solo surtía efecto cuando llegaba al oferente. Es así como el Artículo 15 numeral 1 señala que *“la oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario”* *“acogiendo así la teoría de la recepción”*⁶⁸. Por su parte, al artículo 24 indica que *“(…) la oferta (…)* o cualquier otra manifestación de intención *“llega”* al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario

⁶⁶ Al respecto Mario E. Clemente Meoro expresa que: *“si la comunicación ha sido hecha por un medio adecuado conforme a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privan a esa parte del derecho a invocar tal comunicación (art.27), por lo que se entenderá resuelto el contrato de compraventa aunque el contratante incumplidor no haya recibido la notificación correspondiente, pues el riesgo de que tal acontezca es del remitente”*.

⁶⁷ Publicado en el volumen 1 número 2 (2002) de la Revista virtual emercatoria de la universidad Externado de Colombia.

⁶⁸ Para determinar el momento a partir del cual una conducta recepticia (como la oferta o la aceptación) produce efectos se han planteado cuatro grandes teorías: 1) La teoría de la Emisión o manifestación que consiste en que la oferta o la aceptación obligan desde el momento en que su autor exterioriza su voluntad. 2) La Teoría de la Expedición, conforma a la cual una declaración recepticia obliga desde que se expide el documento en el que consta. 3) La Teoría de la Recepción: Obliga la declaración cuando llega a poder del destinatario (la oferta en tránsito hacia el destinatario no ha salido por completo de la esfera de acción de su autor. 4) La Teoría del conocimiento: las declaraciones recepticias revisten de obligatoriedad para su autor cuando el destinatario las conoce. Nota transcrita del artículo *FORMACIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA, EN LA CONVENCION DE VIENA*” Revista virtual e mercatoria volumen 1 número 2. Externado de Colombia.

personalmente, o en su establecimiento o dirección postal, o si no tiene establecimiento ni dirección postal, su residencia habitual.”

Honnold expresa que de manera análoga el artículo 27 podría establecer la teoría de la recepción, señalando que “el artículo 24 puede ser aplicado analógicamente para determinar cuando la notificación ha sido recibida. El principio de la recepción fue utilizado en este caso para evitar que un accidente de transmisión pueda añadir una carga más a la parte perjudicada por el incumplimiento”.

Alejandro Garro y Alberto Zuppi⁶⁹, al analizar este artículo expresan que “mientras el artículo 24 precisa el momento en el cual se debe considerar que una manifestación de intención “llega” al destinatario durante el período de formación del contrato, el artículo 27, por el contrario, no expresa cuándo se debe considerar que una comunicación enviada con posterioridad a la formación del contrato “llega al destinatario”.

De lo anterior podemos concluir que el artículo 27 impone al destinatario de la comunicación los riesgos que sean producidos en su transmisión, cuando esta ha sido enviada con posterioridad a la formación misma del contrato.

Por lo tanto consideramos que la Convención, en este artículo, consagra expresamente la teoría de la expedición, pues en este caso, toda comunicación surte efecto desde el momento en que se expide, así dicha comunicación no haya sido recibida por la otra parte, con la salvedad de que dicha comunicación debe haber sido adecuada a “*las circunstancias*”.

4.2 ¿Cuáles son los medios adecuados a las circunstancias?

Para determinar los medios que se utilizan, consideramos que en cada caso particular, se debe analizar detenidamente cual es el medio que se considera adecuado a las “circunstancias”, en este sentido y dependiendo del caso, la comunicación vía aérea, vía mail, telegráfica, serían adecuadas para la expedición de la comunicación.

5 Cumplimiento específico de las obligaciones emergentes del contrato (artículo 28)

Cuando hablamos de contratos bilaterales, estos presuponen la existencia de obligaciones recíprocas de las partes. Lo que quiere decir que cada una de ellas debe cumplir con el objeto de su obligación.

En el caso del contrato de compraventa, el efecto principal es su cumplimiento ya sea por parte del vendedor de entregar la cosa objeto de contrato, o por parte del comprador de pagar su precio en el momento y lugar estipulado.

Cuando una de las partes incumple con su obligación esencial, la parte cumplida tiene el derecho de **exigir su cumplimiento**. Esta exigencia de cumplimiento se hace

⁶⁹ GARRO Alejandro Miguel, ZUPPI Alberto Luis, *Compraventa Internacional de Mercaderías*; Ediciones la Roca, Buenos Aires, Argentina, 1990.

efectiva mediante la ejecución forzosa. Lo que quiere decir que el que ejercite esta acción debe hacerlo mediante la presentación de una demanda ante el juez o tribunal competente. Es así como el comprador puede exigirle al vendedor el cumplimiento de todas las obligaciones contractuales.

De conformidad con el artículo 28 de la Convención de Viena “*Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no está obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*”.

Es así como, tanto el comprador como el vendedor, pueden exigir el cumplimiento específico de sus obligaciones, pero el artículo 28 hace énfasis en que, el Tribunal no estará obligado a ordenar ese cumplimiento, a menos que lo hiciera, respecto de contratos de compraventa no regulados por la convención.

Es decir, que prima en este caso de exigencia de cumplimiento el derecho interno nacional, del tribunal o juez donde se pretenda ejercitar esta opción lo que permite en palabras de Alejandro Garro y Miguel Zuppi “a cada Tribunal aplicar su propio criterio, en lugar de un derecho uniforme”⁷⁰.

“Debe tenerse en cuenta que aún la regla general es la de que pueda obligarse a las partes al cumplimiento específico de sus obligaciones, el artículo 28 de la Convención suaviza este principio al establecer que el Tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera en virtud de su propio derecho, respecto de contratos similares no regidos por la Convención. Este precepto comporta que el juez sea competente para conocer de la demanda que insiste en el cumplimiento específico de la obligación incumplida puede basarse en su derecho interno, es decir la ley aplicable en el país donde se haya solicitado el cumplimiento de la obligación, que de este modo prevalece sobre lo dispuesto en la propia Convención. Solicitar la ejecución específica de las obligaciones implica que el juez que conoce de la demanda que inste el cumplimiento específico de la obligación incumplida puede basarse en su derecho interno, es decir, la ley aplicable en el país donde se haya solicitado el cumplimiento de la obligación, que de este modo prevalece sobre lo dispuesto en la Convención”.

Eso está previsto así porque en cada país puede ser distinta la interpretación que se haga de “exigencia de cumplimiento” y los efectos que este tiene, por eso el derecho a exigir el cumplimiento forzoso dependerá de que sea posible y permitido por el derecho local (*lex fori*) del Tribunal que deba resolver el litigio, o de que se cumplan los requisitos y trámites procesales impuestos por aquel.

Algunos autores, expresan que “La predilección de los sistemas jurídicos de raigambre continental romanista por el cumplimiento *in natura*, en contraposición con aquellos de

⁷⁰ Al respecto Jorge Adame Goddard expresa que “la opción entre una u otra acción –acción de cumplimiento específico y acción indemnizatoria-, habrá de darse, no por razón del caso en cuestión, sino por razón de la ley procesal y costumbres del juez o arbitro competentes. Lo más probable es, por ejemplo, que cuando se litigue ante jueces o árbitros sujetos a las leyes procesales de tradición civilista, como las mexicanas, sea preferible reclamar el cumplimiento específico del contrato, en especial el pago del precio, por que los jueces pueden aceptar y entender más fácilmente esa petición, y que cuando se litigue ante foros regidos por leyes de tradición de *Common law* sea preferible ejercer la acción indemnizatoria”.

tradición jurídica anglosajona, que sólo admite el cumplimiento específico en circunstancias de excepción, condujo a la inclusión del artículo 28. Esta norma intenta, a la manera de una reserva incorporada a la Convención, conciliar los intereses de países con tradiciones jurídicas dispares⁷¹.

Es así como la convención tiende a promover el cumplimiento específico⁷² pero que también establece el cumplimiento más aproximado al específico no se trata de un cumplimiento puramente exacto. El contrato internacional de mercaderías ha de cumplirse lo más específicamente que las circunstancias lo permitan. Las inexactitudes han de limarse con dinero⁷³.

Como alternativa a la resolución contractual y como forma de remediar el incumplimiento de cualquier obligación contractual, está prevista la ejecución forzada de las obligaciones, es decir el derecho tanto del comprador como del vendedor, a exigir que la contraparte cumpla con las obligaciones que, de conformidad con el contrato, se derivan para sí.

De todas maneras una observación reiterada es que no siempre será muy adecuado en la contratación internacional exigir el cumplimiento forzoso por los inconvenientes y dificultades que esto puede producir. Por eso hay referencia a otras soluciones al incumplimiento.

En palabras de Enric Enrich y Jaime Malet⁷⁴ “en caso de incumplimiento contractual la Convención concede el derecho a la parte cumplidora de exigir el cumplimiento específico de la obligación contractual. No obstante, el tribunal está capacitado para sustituir dicho cumplimiento forzoso por una indemnización de daños y perjuicios, si esta fuere la solución normal en litigios de la misma índole de acuerdo con el derecho interno.”

Para tener una mayor claridad sobre el tema de los remedios que establece la Convención en caso de incumplimiento, identificaremos cada uno de ellos:

Cuando se trata de un incumplimiento por parte del vendedor: el comprador tiene a su elección, la posibilidad de ejercitar tres tipos alternativos de acciones:

- 1- Exigir el cumplimiento específico de la parte del contrato que se ha incumplido (art 46) siempre y cuando ese cumplimiento sea aún posible. La Convención exige además que cuando el incumplimiento consista en la falta de

⁷¹ GARRO Alejandro Miguel, ZUPPI Alberto Luis, *Compraventa Internacional de Mercaderías*; Ediciones la Roca, Buenos Aires, Argentina, 1990.

⁷² En efecto en varios de sus artículos La Convención promueve el cumplimiento del contrato, así por ejemplo en el artículo 47, dispone que el comprador podrá fijar un plazo suplementario, para que el vendedor cumpla con sus obligaciones; en el artículo 48 contempla la posibilidad que tiene el vendedor para subsanar el incumplimiento de sus obligaciones, después de la entrega de las mercaderías; en su artículo 63, dispone la facultad del vendedor para fijar un plazo suplementario con respecto al cumplimiento de las obligaciones del comprador.

⁷³ Antonio Boggiano *Contratos Internacionales*. Ediciones Depalma 1990. página 105

⁷⁴ ENRICH Enric y MALET Jaime, *La Convención de Las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, publicado en Revista Jurídica de Cataluña, año XC, número 1, Barcelona, 1991.

- conformidad de los bienes, el cumplimiento específico consistente en la entrega de bienes sustitutivos sólo podrá exigirse cuando la falta de conformidad constituya un incumplimiento esencial del contrato.
- 2- La resolución unilateral del contrato, ello solo puede darse cuando el incumplimiento es esencial o cuando consistiendo éste en la falta de entrega, el vendedor no entrega las mercancías o declara que no las entregará en un plazo suplementario adicional fijado a tal efecto por el comprador.
 - 3- En caso de falta de conformidad de los bienes, rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían al momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. (art 50)
- Cuando se trata de un incumplimiento por parte del comprador; el vendedor tiene a su elección, la posibilidad de ejercitar dos tipos alternativos de acciones: exigir el cumplimiento específico o en caso de incumplimiento esencial, declarar resuelto el contrato.

5.1 Exigencia de cumplimiento por parte del comprador

El artículo 46 de la convención explica, cuales son los casos en que el comprador puede exigirle al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones: “1) *El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.* 2) *Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas solo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el art. 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.* 3) *Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el art. 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento”.*

De la lectura de este artículo podemos concluir lo siguiente:

- El comprador puede exigir el cumplimiento de sus obligaciones al vendedor, siempre que no haya ejercido otra acción incompatible, como la acción de resolución del contrato, o la reducción del precio.
- El comprador puede exigir que en caso de falta de conformidad de las mercaderías, el vendedor las sustituya por otras –sólo si constituye un incumplimiento esencial- o que repare las mismas.
- En los dos casos anteriores- sustitución o reparación de las mercaderías- el comprador podrá ejercitar este derecho, siempre y cuando lo haga dentro de los plazos previstos en el artículo 39 de la convención, o ya sea dentro de un plazo razonable.

Esto quiere decir que cualquier tipo de incumplimiento da derecho a que la parte cumplida exija su cumplimiento, sin necesidad de que sea un incumplimiento esencial del contrato.

En efecto, como lo hemos explicado a lo largo del presente escrito, lo que hace la Convención en caso de incumplimiento es promover la conservación del contrato y dejar como una última alternativa la resolución del mismo.

5.2 Exigencia de cumplimiento del contrato por parte del vendedor

Al tenor del artículo 62 de la convención el vendedor podrá exigir el cumplimiento en los siguientes casos: *El vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia*".

El contratante cumplido tiene el derecho de exigir al incumplido, el cumplimiento del contrato. Y esta exigencia de cumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano encuentra su sustento, al igual que la resolución en el artículo 1546 del Código Civil, cuando expresa que el que cumple puede pedir a su arbitrio o la resolución (...) *o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*".

En este caso la parte cumplida tiene la elección de exigir el cumplimiento de la obligación (que será el primer paso) o declarar la resolución del contrato. Vale la pena destacar que las dos figuras tienen efectos diferentes.

A su vez el artículo 1930 del código Civil prevé que el comprador puede elegir cual de las dos acciones ejercerá en caso de incumplimiento por parte del vendedor. Quedará a opción del comprador exigir el cumplimiento de su obligación o demandar la resolución del contrato.

Al respecto la convención de Viena al tenor del artículo 71 dispone en que casos la parte cumplida puede exigir el cumplimiento de la obligación.

5.3. Distinción entre la exigencia del cumplimiento y la Resolución del Contrato

Es importante tener claridad entre la Resolución del contrato y la exigencia de cumplimiento del mismo. En este sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de diciembre de 1990⁷⁵, Magistrado Ponente Héctor Marín Naranjo, expresa que

⁷⁵ La sentencia en mención expresa lo siguiente: "Frente al incumplimiento de su deudor, el acreedor puede solicitar la ejecución forzada de la prestación a cargo de éste, o, si a ello hubiere lugar, la ejecución compensatoria o por equivalente. Y, en uno y otro caso, se encuentra facultado para impetrar también la indemnización de perjuicios por el retardo en el cumplimiento. Como es diáfano, este derecho, en cualquiera de sus dos expresiones, tiende a que el acreedor vea satisfecho su interés en la prestación. Mas cuando la obligación que se incumple dimana de un contrato bilateral, al acreedor, se le confiere otro derecho, a saber, el de solicitar, la resolución del contrato, junto con la indemnización de perjuicios provenientes del incumplimiento. El derecho a la resolución del contrato lo establecen los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. La resolución es opuesta o contraria al cumplimiento, por lo que mediante su ejercicio la parte que la plantee no habrá de ver realizado el objeto de la prestación, ni directa ni indirectamente. Decretada la resolución del contrato, dicha parte podrá considerarse liberada de la obligación que le incumbe, y también podrá recuperar lo que hubiere dado con fundamento en el contrato resuelto, mas nada de esto conduce a darle conformidad a su interés, el cual, en

existe en Colombia un carecer alternativo de las acciones de resolución y cumplimiento. Y explica que la diferencia fundamental recae en el hecho de que en la resolución el contratante cumplido nunca verá el objeto del contrato cumplido, por que se supondrá que este jamás existió.

6 Acuerdo de las partes para la modificación o la extinción del contrato. (Artículo 29)

De conformidad con el artículo 29 de la convención *“1.El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. 2. Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos”*.

De la lectura de la norma precedente se concluye que las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad⁷⁶ (posibilidad de disponer o no disponer de los intereses particulares), podrán variar el contenido del contrato suscrito por ellas o terminar el mismo, por su mutuo consentimiento.

Sin embargo, este artículo contempla una restricción y es aquella en la cual cuando en el contrato suscrito por ellas haya una cláusula que dispone que dicha modificación o extinción se debe hacer por escrito, las partes tendrán que hacerlo de esa forma, so pena de afectar su eficacia.

6.1 Aplicación del principio de consensualidad o mero acuerdo entre las partes

La modificación- *vicisitud de una relación jurídica que puede presentarse entre su nacimiento y su muerte, “que, sin hacerle perder su identidad, modifiquen su contenido o cambien los sujetos de la relación”*⁷⁷ del contrato es posible entonces, cuando las partes al hacer uso de su autonomía y de la disposición de sus propios intereses pueden variar el contenido del mismo.

consecuencia, quedará frustrado. (...)El que las acciones sean alternativas no entraña que el acreedor se vea colocado en la disyuntiva consistente en que si pide el cumplimiento le quede, por tal causa, clausurada la oportunidad para solicitar la resolución. Semejante entendimiento de la cuestión equivaldría a dejar a la parte atada al contrato de manera indefinida cuando obtenida una sentencia favorable al cumplimiento, no obstante, en la práctica se encuentra que carece de los medios para hacer efectiva la prestación a cargo del deudor. A raíz de esto se ha dicho que la resolución es procedente aun después de proferida sentencia en que se ordene el cumplimiento de la obligación, pues aquella carece de efectos novativos.

⁷⁶ Al respecto el profesor Fernando Hinestrosa destaca: *“autonomía es autogobierno, posibilidad de orientar la propia conducta (...) es la posibilidad de autodisposición”*. De igual forma la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 26 de noviembre de 1997 Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, Expresa que *“(...) el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual se permite a los particulares darse las reglas rectoras de sus relaciones económico sociales, ordenando su voluntad a la obtención de determinados efectos jurídicos. Las manifestaciones de voluntad legalmente expresadas, gozan entre las partes contratantes de fuerza vinculante semejante a la de la ley (Art. 1602 del C.C.)”*.

⁷⁷ Roberto H Brebbia en su libro hechos y actos jurídicos, tomo I, editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

El numeral primero consagra así el principio de la consensualidad⁷⁸ que va de la mano con la libertad de forma y de prueba que estipula el artículo 11 de la Convención. Es decir, que no se exigen formalidades especiales para el perfeccionamiento del contrato o para en este caso su modificación o extinción.

La aplicación de este principio de consensualidad⁷⁹, es de gran utilidad en el comercio internacional porque en reiteradas ocasiones las relaciones entre comprador y vendedor en una compraventa internacional se llevan a cabo por medios telefónicos o por internet.

Siguiendo entonces la doctrina de los propios actos, donde cada cual responde por sus actos y recibe las consecuencias de los mismos.

Sobre el particular, el profesor Fernando Hinestrosa, apunta que *en “principio cada cual es dueño de sus actos y del mismo modo como los ejecuta puede echarse atrás; por regla general los negocios son revocables, empleando este término en el sentido de retractación (1625) (...) Cuando es desdecirse no está vedado, es posible destratar, suprimir los efectos del acto, mediante un comportamiento inverso al empleado para su celebración”*⁸⁰.

Lo que se establece en el artículo 29 de la Convención es el principio de que las cosas se deshacen tal como se hacen, consagrando así la posibilidad de modificación como la de terminación definitiva de la relación jurídica.

En efecto, la regla general para la Convención, es que los contratos de compraventa internacional, no están supeditados a ningún requisito de forma ni de prueba para su consiguiente validez o eficacia.

Es así como el artículo 29.1⁸¹ establece las reglas en cuanto a la modificación o extinción del contrato, y sigue los lineamientos del artículo 11⁸² que consagra

⁷⁸ En sentencia de la Corte constitucional, Sala Plena, 13 de Noviembre de 2001 Alfredo Beltrán Sierra, se hace alusión a este principio de consensualidad, expresando que “la ley ha definido que determinados actos jurídicos sólo son susceptibles de prueba a través del cumplimiento de ciertas solemnidades. Esa excepción a los principios de consensualidad y de libertad probatoria, está encaminada a proteger el interés social y, particularmente, a dotar de seguridad jurídica algunas actuaciones que promueven los ciudadanos y que guardan relación con el ejercicio legítimo de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones”.

De igual forma en sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 4 de septiembre de 1958, LXXXIX, 2202; 29 de mayo de 1959, 1060 marzo 7 de 1966 y 10 de mayo de 1966, expresan que la consensualidad “al predicar que, por ser tal, no requiere “de formalidades especiales para su perfeccionamiento”.

⁷⁹ Principio que en la legislación mercantil se encuentra plasmado en el artículo 824 que dispone “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”. El Código Civil por su parte, guarda silencio al respecto.

⁸⁰ FERNANDO HINESTROSA, Derecho Civil, Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969.

⁸¹ Al respecto Maria del Pilar Perlares, al comentar el artículo 29.1 expresa que “Basta, pues, en el ámbito de la Convención, el mero acuerdo de las partes -verbal, por escrito, por actos o, incluso, por el silencio o inacción- para que la modificación -la variación de alguno de los términos del contrato previamente acordado- o la extinción -la total terminación de la relación contractual que liga a la partes del contrato- se produzcan”.

expresamente la informalidad⁸³ en cuanto a la formación del contrato, lo que quiere decir que ni la oferta ni la aceptación del mismo deberán constar por escrito, imperando así el principio de consensualidad en su formación y desarrollo.

En efecto este artículo se extiende a las demás operaciones que se puedan realizar a lo largo de la celebración y desarrollo de un contrato de compraventa.

6.2 Excepciones al principio

No obstante se debe recordar que este principio de libertad de formas tiene excepciones que expresamente consagra el artículo 12 cuando dispone que “No se aplicará ninguna disposición del art. 11, del art. 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al art. 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos”.

A su vez el artículo 96 de la Convención, dispone: “ El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al art.12 en el sentido de que cualquier disposición del art. 11, del art.29 o de la Parte II de la Presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado”.

Los dos artículos anteriores suponen, que cuando un Estado contratante haya hecho la reserva del artículo 96 y por lo tanto se exijan ciertas formalidades para el perfeccionamiento, modificación o terminación del contrato, ese requisito será obligatorio y todo deberá constar por escrito.

Existe unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia sobre el carácter consensual del contrato de compraventa de bienes muebles⁸⁴, no obstante las partes en virtud de la autonomía privada pueden estipular ciertas solemnidades en su celebración,

⁸² Artículo 11:“El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”.

⁸³ En el artículo relativo al *Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Aplicación en el Derecho Colombiano*, publicado en la revista *emercatoria* volumen 1 no.2 se expresaba que “El principio de libertad de forma, también llamado "principio de informalidad", es una constante en la tradición jurídica de los países de derecho civil, no así en los países de economía planificada ni en los de corte anglosajón. Existe en la Convención una muy importante excepción al principio de libertad de forma: la reserva del art.96 CNUCCIM.

⁸⁴ Al tenor del artículo 1857 del Código Civil, las compraventas de bienes muebles, son consensuales y no requieren ningún tipo de formalidades.

modificación o extinción al disponer que se realicen por escrito. Esto con el fin de proteger sus intereses y brindarle así al negocio jurídico una mayor seguridad en el tráfico jurídico.

Ahora bien, las partes con motivo también de una expresión de la autonomía de la voluntad pueden haber pactado que el contrato conste por escrito y que solo se pueda modificar o extinguir también por escrito. Eso lo dice el 29.2. pero la Convención permite que con hechos se haga renuncia tácita a ese pacto y una persona por su conducta, dé a entender a la otra que acepta que el contrato se modifique o extinga consensualmente.

Pero que se debe entender entonces por un escrito? En ese punto nos remitimos al artículo ya mencionado, cuando al analizar el artículo 13 de la Convención se desarrollo lo que se entiende por el mismo⁸⁵.

En efecto las partes deben respetar las formalidades que inicialmente han sido exigidas, pues de lo contrario el irrespeto de las mismas conllevaría a la inexistencia o ineficacia del acto celebrado.⁸⁶

En conclusión, tanto en la Convención como en nuestro ordenamiento jurídico interno existe unanimidad en que las partes en ejercicio de la autonomía privada dispositiva, la libertad contractual o de contratación, pueden establecer formalidades obligatorias para el perfeccionamiento o desarrollo del contrato.

⁸⁵ “Alcance de la Expresión por Escrito (Art. 13) Consagra este artículo que para *los efectos Convención, la expresión "por escrito" comprende el telegrama y el télex.* Este artículo fue propuesto por la República Federal Alemana, con el propósito de lograr uniformidad en los requerimientos de formas. En este caso la Convención fija el estándar y los requerimientos nacionales que sean más exigentes no son aplicables. La definición de “escrito” consignada en los principios de Unidroit, incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible. Para la época en que fue redactado el artículo, la disponibilidad de nuevos medios de comunicación era limitada; actualmente, además del télex y telegramas, se utilizan el fax y el correo electrónico, que deberían ser incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 13. En el ordenamiento colombiano específicamente, se integran como documentos escritos válidos, tales como el E-mail (ley 527 de 1999) y cualquier objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, de acuerdo al Art. 251 del Código de Procedimiento Civil”.

Bibliografía

ADAME GODDARD, Jorge, *El Contrato de Compraventa Internacional*, Editorial Mc Graw Hill, México, 1994.

A. DE CUPIS, El daño. *Teoría General de la responsabilidad Civil*, Barcelona, 1975.

BOGGIANO Antonio, *Contratos Internacionales*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1990.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, 1996, buenos Aires, Argentina.

DIEZ, Picazo Luis y PONCE, León. *La Compraventa Internacional De Mercaderías*. Editorial Civitas. Madrid.

ENRICH Enric y MALET Jaime, *La Convención de Las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, publicado en Revista Jurídica de Cataluña, año XC, número 1, Barcelona, 1991.

FERNANDO HINESTROSA, Derecho Civil, Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1969.

FERNANDO CANOSA TORRADO, La resolución de los contratos, incumplimiento y mutuo disenso, segunda edición 1992, ediciones doctrina y ley, Santafé de Bogotá.

GARRO Alejandro Miguel, ZUPPI Alberto Luis, *Compraventa Internacional de Mercaderías*; Ediciones la Roca, Buenos Aires, Argentina, 1990.

GUARDIOLA SACARRERA Enrique, *La Compraventa Internacional Importaciones y Exportaciones*, Casa Editorial Bosch S.A. España, 1994.

HONNOLD O. Jhon, *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Unidas, 1987.

JESTAZ, Philippe, *L'obligation et la sanction : a la recherche de l'obligation fondamentale*, Mélanges Pierre Raynaud.

LARROUMET, Christian, *Compraventa Internacional de Mercaderías, comentarios a la Convención de Viena de 1980*, COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS, Comentarios a la Convención de Viena de 1980, Christian Larroumet, Ramiro Araujo Segovia, Luis Fernando Alvarez Londoño, entre otros, Seminario 15, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Privado, Especialización en Derecho Comercial, 2003.

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL, Universidad Externado de Colombia. *Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías: Aplicación en el Derecho Colombiano*. Publicado en la revista e-mercatoria, Volumen 1, Número 2 (2002), disponible en www.emercatoria.uexternado.edu.co

MEORO, Clemente, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia 1998.

www.cisg.law.pace.edu/cisg

OVIEDO ALBAN, Jorge. *Campo De Aplicación y Criterios De La Convención De Viena Para La Compraventa Internacional De Mercaderías*. Publicado en Universitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Diciembre de 2000.

PERALES VISCASILLAS María Del Pilar, *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Disponible en www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-23