

Derecho mercantil	306
------------------------------------	------------

A diferencia de ciertos factores formales se podría hablar de los "informales", tales como "los modos subsidiarios para la determinación de las reglas de derecho o la función de la doctrina de los publicistas de los diversos países". Con el fin de sostener su posición, el profesor Wolfke menciona como ejemplo, que incluso las opiniones de los expertos se han convertido en un factor de creación, ya que se hayan contenidas expresamente en el procedimiento de la Comisión de Derecho Internacional.

Por lo que respecta a las resoluciones no vinculantes, su carácter depende de su contenido. Para poder ubicar aquellos factores sean legales o no legales, expresos o tácitos o bien de orden meramente técnico, el autor propone un pequeño esquema sinóptico.

Paradójicamente, ya cuando culmina su artículo, reconoce que su esquema no es quizá el mejor remedio que pueda servir para que el término fuente sea más aceptable; propone entonces que se proporcione una división clara de las fuentes del derecho internacional.

El artículo exhibe así cierta debilidad. Comienza por mencionar la multivocidad de "fuentes" y sugiere para sustituirlo "factores de creación". Luego se nos presenta un esquema atrayente, para después reconocer que tal vez no sea útil y que incluso sí podemos emplear el tan vituperado concepto a condición de proveerlo de su contenido semántico jurídico preciso, que en rigor debiera ser el objetivo del artículo. Sin embargo, éste no deja de ser interesante en cuanto aborda un tema capital, y su aportación es que aun cuando en apariencia se trata un tema sencillo, en realidad es muy intrincado.

Antonio CANCHOLA CASTRO

DERECHO MERCANTIL

BENNETT, H. T., "Anticipatory Breach and Instalment Contracts", en BONELL, M. J. *et al.*, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 513-537.

Trevor Bennett, jefe de la delegación australiana a la Conferencia de Viena (1980), que aprobó la Convención sobre Compraventa Internacional, comenta en el trabajo citado los artículos 71 a 73 de dicha con-

vención. Los tres artículos se refieren a situaciones en que una de las partes contratantes puede suspender o resolver el contrato, por causa del comportamiento actual o previsible de la otra.

El artículo 71 establece el derecho de cualquiera de las dos partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, cuando resulta manifiesto que la otra parte no podrá cumplir las suyas. Se trata de una cuestión delicada, pues el suspender el cumplimiento de las obligaciones contractuales es algo que no puede quedar al arbitrio de una de las partes. El artículo precisa (párrafo 1) que la suspensión sólo es posible cuando "resulta manifiesto" que la parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones, por alguna de estas causas: *a)* grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia; *b)* su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

Este derecho a suspender o diferir el cumplimiento de las obligaciones está relacionado, observa Bennett (p. 519), con el derecho a resolver el contrato por causa de incumplimiento previsible, que regula el artículo 72. De la comparación entre el régimen de uno y de otro derecho resulta lo siguiente: los dos se dan en atención a un incumplimiento no actual, sino previsible; pero el derecho a suspender depende de que tal incumplimiento se refiera a "una parte sustancial" de las obligaciones, mientras que el derecho a resolver el contrato requiere la previsión fundada de un incumplimiento esencial; el derecho a suspender exige que "resulte manifiesto" que se producirá el incumplimiento, mientras que el derecho a resolver exige mayor certeza, pues depende de que "fuera patente" que habrá incumplimiento; para ejercer el derecho a suspender no se requiere aviso previo, y, en cambio, sí se requiere resolver el contrato.

El segundo párrafo se refiere al caso de que el vendedor haya enviado las mercancías al comprador, y luego se dé cuenta de que éste no va a pagar. Dispone que el vendedor tiene derecho a evitar que los bienes se entreguen al comprador. Advierte Bennett (p. 520) que el vendedor puede evitar este riesgo cuando, de acuerdo con el artículo 58-2, envía las mercancías con instrucciones de no entregarlas mientras no se reciba el pago. Pero cuando el vendedor no tomó esta previsión, entonces puede aplicarse este segundo párrafo del artículo 72. No dice tal párrafo de qué manera puede el vendedor impedir que los bienes despachados le sean entregados al comprador, pero aclara que sólo se aplica a las relaciones entre el comprador; esto significa que quien transporta los bienes no está obligado a no entregarlos si el vendedor se lo pide, máxime si el comprador posee la documentación con la que puede exi-

gir la entrega de los bienes. Por todo eso, considera Bennett (p. 521) que este párrafo tendrá una aplicación muy reducida.

El tercer párrafo dispone que la parte que suspende el cumplimiento de sus obligaciones debe avisar inmediatamente a la otra parte. El autor comenta (p. 521) que, aunque el párrafo no lo dice, es conveniente que el aviso indique la causa de la suspensión. El efecto de este aviso es dar a la otra parte oportunidad para otorgar garantías de cumplimiento, y si éstas fueran suficientes, entonces la parte que suspendió el cumplimiento de sus obligaciones deberá proceder a cumplirlas.

Con razón observa Bennett (p. 522), que la discusión sobre si una parte tiene derecho o no a suspender el cumplimiento de sus obligaciones, se va a reducir a juzgar si las garantías que otorga la otra son o no suficientes. La suficiencia de las mismas ha de apreciarse en relación con las circunstancias de cada caso.

El artículo 72 establece el derecho a resolver el contrato por causa de un posible incumplimiento esencial. Comenta Bennett (p. 528) que la parte que quiere resolver el contrato debe asegurarse de que es "patente" que el incumplimiento se va a producir, y que va a consistir en un incumplimiento esencial, ya que si resolviera el contrato sin tener derecho a ello se haría responsable por los daños que causará su decisión infundada. Para tener esa seguridad, ayuda cumplir lo que prevé el segundo párrafo de dicho artículo, esto es, que la parte que pretende resolver avise previamente a la otra, para darle la oportunidad de otorgar garantías; en la mayoría de los casos, el no otorgar garantías de cumplimiento, puede ser una prueba incontrastable de que se producirá un incumplimiento.

Comentando la relación en la práctica entre el derecho a suspender (artículo 71) y el derecho a resolver (artículo 72) por incumplimiento previsible, anota Bennett que cuando una parte prevé el incumplimiento de la otra, lo más conveniente es, primero, declarar la suspensión y avisar a la otra parte de ello, y en el mismo aviso informarle que se pretende (segundo) resolver el contrato si no se otorgan garantías suficientes.

El artículo 73 se ocupa de los casos de resolución de contratos de entregas sucesivas. El párrafo primero dispone que cualquiera de las partes puede declarar la resolución del contrato en relación con una de las entregas cuando la otra parte ha incurrido, respecto de esa entrega, en un incumplimiento esencial. El autor recuerda (p. 533) que el artículo 51 da al comprador el derecho a resolver el contrato respecto a una parte del mismo, pero no se refiere específicamente a con-

tratos de entregas sucesivas; el artículo 73, en cambio, da ese derecho, respecto de otros contratos, a ambas partes. Que el incumplimiento sea esencial, es algo que debe juzgarse, observa el autor (p. 534), en relación con el detrimento que sufra la parte afectada, tomando en cuenta todo el contrato y no sólo la entrega que se discute.

El segundo párrafo prevé que el contrato pueda resolverse respecto de las entregas futuras, cuando una parte incumple respecto de una entrega, y la otra parte tiene causas para concluir que se producirá un incumplimiento esencial respecto de futuras entregas. Por ejemplo, el caso de un contrato que establece la entrega de mil toneladas de trigo, en diez entregas de cien toneladas cada una, y en la primera entrega resulta que el trigo no es de la calidad convenida, y que el vendedor, por razón de las fuentes de aprovisionamiento de trigo de que dispone, no podrá entregar trigo de la calidad convenida en las futuras entregas. Observa Bennett (p. 534) que no es necesario que el incumplimiento que se produce respecto de una entrega sea esencial, sino que dé suficientes causas para pensar que en las futuras entregas se constituirá un incumplimiento esencial. Así, en el ejemplo citado, la falta de calidad de la primera entrega de trigo no es un incumplimiento esencial, pero la falta de calidad de todo el trigo que se va a entregar sí que lo es.

El párrafo tercero se refiere a un supuesto en que sólo el comprador puede resolver el contrato de entregas sucesivas; se trata del caso de entregas que son interdependientes, por ejemplo, las partes de una maquinaria que ensamblará el comprador; en este caso, si el comprador resuelve el contrato respecto de una entrega, puede también resolver todo el contrato, tanto respecto de entregas pasadas como futuras, si resulta que por la interdependencia de las entregas, las cosas objeto del contrato no podrán servir para los fines a que se destinan si falla una de las entregas.

Para que se aplique este párrafo tercero es necesario que se produzca un incumplimiento esencial respecto de una entrega, o sea, que se aplique el párrafo uno, o que se prevea un incumplimiento esencial, esto es, que se aplique al párrafo dos.

Jorge ADAME GODDARD

EVANS, M. y RAJSKY, J., "Final Provisions", en BONELL, M. J. *et al.*, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 633-678.

Malcolm Evans, secretario general del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), comenta en este trabajo las disposiciones finales de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (artículos 89-101), relativas a su iniciación de vigencia, a las declaraciones y reservas que pueden hacer los Estados signatarios, a la forma de hacer la ratificación y la denuncia de la misma. Jerzy Rajsky, profesor de la Universidad de Varsovia, comenta exclusivamente el artículo 96, relativo a la reserva que pueden hacer los Estados en cuanto a la forma del contrato de compraventa.

El artículo 89 establece que el secretario general de las Naciones Unidas es el depositario de la Convención. Su texto es idéntico al artículo 27 de la Convención de Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, conocida como "Reglas de Hamburgo". El precepto no define cuáles son en concreto las funciones del depositario de la Convención, por lo que afirma Evans (p. 634) que debe aplicarse el artículo 77-1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

El artículo 90 contiene una disposición, cuyo objetivo era impedir que países que han celebrado entre sí tratados comerciales, se negaran a ratificar la Convención sobre Compraventa Internacional por considerar que su aplicación podría contrariar dichos tratados comerciales. Establece que la convención no prevalecerá respecto de otros tratados comerciales ya celebrados, o que en el futuro se celebren, siempre que haya de aplicarse respecto de comprador y vendedor que tengan ambos su establecimiento en países firmantes de esos tratados. Esto, comenta Evans (p. 637), puede debilitar el carácter universal de la convención. Otra manera de conseguir el objetivo, sería que la Convención tuviera una cláusula que contemplara un procedimiento de revisión; los autores de la Convención sabiamente prefirieron, opina Evans (p. 638), lo primero, para evitar la necesidad de una revisión continua del texto, que impidiera su aplicación.

El artículo 91 señala el tiempo en que la Convención estaba abierta para ser firmada por los Estados que participaron en la conferencia o por cualquier otro Estado, incluso, comenta Evans (p. 640), por Estados que no sean miembros de Naciones Unidas. El plazo para firmar la convención terminó el 30 de septiembre de 1981. Pero la Convención está abierta, dispone el parágrafo 3 de este artículo, para que cual-

quier Estado pueda adherirse a ella, sin haberla firmado. Se hizo mención expresa de esta posibilidad, comenta Evans (pp. 640-641), para evitar incompreensiones que, como ha ocurrido respecto de otras convenciones, evitaran o demoraran que Estados no firmantes se hicieran parte de la Convención.

Los artículos 92 a 98 tratan de las declaraciones o reservas que pueden hacer los Estados al ratificar la Convención o posteriormente.

Puede un Estado, al momento de la firma, ratificación o adhesión, declarar que no se sujeta a la segunda parte, sobre la formación del contrato, o a la tercera parte, sobre el contrato de compraventa. Esta posibilidad se debió a que, previas a la Convención de 1980, existían dos Convenciones sobre Compraventa Internacional, firmadas ambas en La Haya en 1964, una sobre la formación del contrato y otra sobre el contrato mismo; si antes de 1980 los Estados tenían posibilidad de adherirse a la Convención sobre formación del contrato, pero no a la otra, se consideró conveniente dejar que los Estados conservaran esta posibilidad, permitiendo que pudieran declarar que no quedarían obligados por la segunda o la tercera partes de la Convención de 1980. La consecuencia de que un Estado haga una declaración de esta naturaleza es, comenta Evans (p. 643), que a ese Estado no se le considerará como Estado contratante respecto de la parte de la Convención que excluyó.

El artículo 93 contiene la llamada "cláusula federal", esto es, una disposición que permite que los Estados en cuyos territorios coexisten diferentes sistemas jurídicos aplicables a las materias regidas por la Convención, pueden declarar, al momento de firmarla, ratificarla o adherirse a ella, que la Convención se aplicará a todas las unidades que conformen su territorio o bien sólo a una o varias de ellas. Cuando se hace esta declaración deben expresarse claramente las unidades territoriales donde la Convención se aplicará. El párrafo 3 del artículo aclara que si un Estado declaró que la Convención no se aplicaría en ciertas regiones, no puede considerarse que las regiones excluidas sean parte de la convención. Pero, aclara Evans (p. 648), si se celebra una compraventa entre partes que tienen su establecimiento en diversas regiones de un Estado, en las que sí se aplica la Convención, no se puede considerar que esa sea una compraventa internacional que deba regirse por la Convención.

En el último párrafo se establece que cuando un Estado no hace esta declaración, se entiende entonces que la Convención se aplicará en todo su territorio. Evans comenta (p. 649) que si un Estado declaró, con-

forme al párrafo primero, que la Convención se aplicaría en todo su territorio, posteriormente podrá, de acuerdo con el texto de ese párrafo, modificar su declaración y afirmar que sólo se aplicará en parte de su territorio; pero si un Estado no hizo tal declaración, entonces se aplica el párrafo cuarto, con lo cual la Convención rige en todo el territorio, y no hay posibilidad de que posteriormente declare que sólo rija en una parte.

Cuando dos o más estados tienen un derecho sobre la formación del contrato de compraventa o sobre la compraventa misma que es muy semejante al de la Convención, pueden optar por no adherirse a ella por parecerles innecesario. Para evitar esto, el artículo 94 les permite hacer algunas declaraciones. Puede ser, como se prevé en el párrafo 1, que se trate de dos o más Estados que quieren que su derecho siga siendo aplicable entre ellos, en vez de la Convención; en ese caso, pueden declarar conjunta o separadamente, en cualquier tiempo, que la Convención no se aplicará respecto de contratos en los que las partes tengan su establecimiento en esos Estados. Puede ser, como se prevé en el párrafo dos, que uno de los Estados sea parte de la Convención y el otro no, entonces el que es parte puede declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará respecto de contratos en los que sean parte personas que tienen su establecimiento en ese otro Estado. Si posteriormente este Estado quiere ser parte de la Convención, se prevé en el párrafo tercero, puede declarar que ésta no se aplicará respecto del Estado que hizo anteriormente tal reserva a su favor.

Este tipo de declaraciones puede ser útil, dice Evans (p. 651), a países que son miembros del Consejo de Asistencia Económica Mutua (COMECOM), en los que se aplican las Condiciones Generales sobre Entrega de Mercancías.

Según el artículo 95, es permitido que un Estado declare que no se le aplicará el párrafo 1-b del artículo primero, en que se dice que la Convención es aplicable si una de las partes del contrato tiene su establecimiento en un Estado contratante y la otra no, siempre y cuando el derecho aplicable, según las reglas del derecho internacional privado, sea el de la parte contratante. La posibilidad de esta reserva se introdujo por proposición de la delegación de Checoslovaquia a la Conferencia. Se argumentó que hacer aplicable la Convención, por efecto de las reglas de derecho internacional privado, a países que no eran partes de ella, podía hacerla antipática y ocasionar renuencia a ser aceptada por esos países. La importancia práctica de esta disposición, co-

menta Evans (p. 655), disminuirá a medida que la Convención vaya siendo aceptada por más países.

El efecto de esta reserva no causa problemas cuando se trata de un contrato que sufre efectos exclusivamente en los países del comprador y el vendedor; pero cuando surte efectos en un tercer país, puede originar complicaciones, dice Evans (p. 656).

Cuando se presenta el problema de determinar si la Convención rige o no por efecto de las reglas de derecho internacional privado, la tarea del juez que conoce el caso, dice Evans (p. 657), es establecer cuál es el derecho aplicable y concretamente cuáles son las reglas de ese derecho aplicables al contrato. La opinión común, en este punto, es excluir la teoría del reenvío, por la que el juez podrá considerar aplicable su propio derecho, si resultaba que las reglas de derecho internacional privado del derecho extranjero, que él consideró en principio aplicable, hacían aplicable (reenviaban) el derecho del mismo juez. La teoría del reenvío, aclara Evans (p. 657), fue desechada en la Convención sobre el Derecho Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (La Haya, diciembre de 1985), en cuyo artículo 15 se asienta que en la Convención se entiende por "derecho", el derecho aplicable al contrato en un Estado y no sus reglas de conflicto.

Para los países en cuyos derechos es indispensable que el contrato de compraventa conste por escrito, se estableció la posibilidad, en el artículo 96, de que hicieran la reserva de que no aplicarían las disposiciones de la convención —principalmente los artículos 11 y 29— que aceptan la validez del contrato o la oferta orales. Esta reserva la pueden hacer los Estados en cualquier tiempo, esto es, comenta Rajsky (p. 659), al momento de la firma, ratificación o aceptación, o en cualquier momento posterior. En el proyecto del artículo se establecía que la reserva tenía que hacerse al momento de firmar, ratificar o aceptar, pero en la Conferencia se decidió que también pudiera hacerse posteriormente, para que si algún Estado que ya hubiera ratificado la Convención hubiese querido más adelante establecer el requisito de que la compraventa fuera por escrito, lo pudiera hacer sin necesidad de denunciar la Convención. El efecto de esta reserva, dice el autor citado (p. 659), es que a la compraventa con partes que tengan su establecimiento en el Estado que hizo la reserva, no se les aplicarán las disposiciones mencionadas de la Convención, aun cuando contraten con personas que tengan su establecimiento en Estados partes de la Convención que no hicieron esa reserva; los problemas que esto suscite deberán re-

solverse por el derecho interno aplicable según las reglas del derecho internacional privado.

En el artículo 97 se establecen los requisitos formales que deben cumplir las declaraciones o reservas: 1) las hechas al momento de la firma deben confirmarse al hacerse la ratificación; 2) las declaraciones y sus confirmaciones deben ser hechas por escrito y notificarse formalmente al depositario; 3) por lo general entran en vigor simultáneamente con la convención; 4) todas las reservas pueden ser retiradas mediante comunicación escrita dirigida al depositario. Y en el artículo 98 se establece que no pueden hacerse más reservas que las expresamente permitidas. Esta disposición fue conveniente, dice Evans (p. 665), para evitar que pudiera alegarse el artículo 19-C de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, que permite hacer todas las reservas que no sean incompatibles con el propósito y objeto de un tratado. Sin embargo, aclara el autor, no se impide a los Estados que hagan declaraciones que no tienen efecto de reservas.

La iniciación de vigencia de la Convención se precisa en el artículo 99: el primer día hábil del mes siguiente, posterior al vencimiento de un plazo de doce meses, contado a partir de que se depositara el décimo instrumento de ratificación en la Secretaría General. Esto ocurrió el 1º de enero de 1988. Para los demás países entrará en vigor el primer día hábil del mes siguiente posterior a un plazo de doce meses, contado a partir de que depositen el instrumento de ratificación en la Secretaría General. Para México entró en vigor el 1º de enero de 1989, toda vez que el instrumento de ratificación fue depositado el 29 de diciembre de 1987. Para evitar conflictos, en el artículo se dispone que los Estados que fueran parte de las Convenciones de La Haya (1964) sobre Compraventa Internacional, si quieren ser parte de la nueva Convención, deberán denunciarlas al momento de ratificar o aceptar la nueva Convención; expresamente se previene (párrafo 6) que la nueva Convención no entra en vigor en tanto no hayan surtido efecto las denuncias de las Convenciones de La Haya.

El artículo 100 precisa criterios para definir en qué momento se aplica la Convención a los contratos de compraventa. Su parte segunda, relativa a la formación del contrato, se aplica cuando una oferta se hace el mismo día o después de que la Convención entró en vigor. Su parte tercera, sobre el contrato mismo, se aplica a contratos que se hayan perfeccionado el mismo día o después de que la Convención entre en vigor. De estos criterios resulta que hay dos momentos a los que habrá que atender para saber si la Convención rige o no un con-

trato, con la consecuencia, advierte Evans (p. 674), que puede ser que en un contrato rija, de la Convención, lo relativo a las obligaciones del comprador y del vendedor, porque se perfeccionó después de la entrada en vigor de la Convención, pero rija, de la ley nacional aplicable, lo relativo a la formación del contrato, porque la oferta se hizo antes de la iniciación de vigencia de la Convención.

El artículo 101, el último de la Convención, establece que ésta puede ser denunciada por entero, o sólo su parte II o su parte III, en cualquier momento por cualquiera de los Estados que sean parte de ella. La denuncia surte efectos después de un plazo de doce meses, contado a partir de que el secretario general reciba el escrito de denuncia. Por esta disposición se da a las partes que no hicieron la reserva—contemplada en el artículo 92 y consistente en que sólo se aplique una parte de la Convención—, la oportunidad de conseguir el mismo efecto denunciando la parte que no quieren que se aplique. Evans (p. 676) se pregunta si la Convención dejaría de tener vigor en general si, por efecto de denuncias globales, quedaran menos de diez países que la mantuvieran. Responde que seguiría en vigor porque en el artículo 55 de la Convención del Derecho de los Tratados se dispone que un tratado multilateral no deja de tener vigencia por el hecho de que el número de países que siguen adheridos a él sea inferior al número necesario para que entrara en vigor.

La Convención termina con una cláusula de autenticidad, en la que se dice que fue firmada en Viena el 11 de abril de 1980, en un solo original, del cual son "igualmente auténticos" sus textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso. El hecho de que hay seis versiones auténticas en idiomas distintos, advierte Evans (p. 677), puede ocasionar dificultades de interpretación. Cuando suceda que haya diferencias de sentido entre una versión y otra, debe acudirse a lo que dispone la Convención sobre el Derecho de los Tratados, en cuyo artículo 33-4 se establece que si la diferencia no puede salvarse mediante la aplicación de las reglas de interpretación generales y subsidiarias, previstas en sus artículos 31 y 32, debe preferirse el sentido que sea más conforme con los propósitos y objetivos del tratado.

Jorge ADAME GODDARD