

## DERECHO MERCANTIL

MARTÍN GRANADOS, María Antonieta, "Las acciones", *Consultorio Fiscal*, México, año 4, núm. 59, noviembre de 1991, pp. 10-15.

Las acciones son títulos de crédito que en la especulación tienen gran importancia; se han hecho estos títulos de crédito, instrumentos indispensables en los negocios de la empresa colectiva; por ello, el artículo de María Antonieta Martín Granados resulta interesante, especialmente para aquellas personas que no son especialistas en la materia mercantil, pero que se encuentran comprometidas en el mundo de los negocios.

Las acciones, como la autora indica, representan una parte alícuota del capital social de una sociedad anónima o de una sociedad en comandita por acciones, y sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio.

Del concepto anterior deriva el estudio de la acción desde tres puntos de vista:

- 1) Como parte alícuota del capital social de una sociedad, ya sea anónima o comandita por acciones;
- 2) Como instrumento que representa el derecho del socio a una parte del capital de la sociedad de que se trate;
- 3) Como título representativo de la cuota social.

Luego, la autora señala los caracteres de las acciones:

- a) Como documentos corporativos que atribuyen a su tenedor la calidad de miembro de un grupo, que está integrado por todos los socios.
- b) Como documentos seriales, carácter que deriva de la forma como son emitidas;
- c) Que actualmente son nominativas (sabido es que antes de la reforma de la Ley General de Sociedades Mercantiles, al respecto, las acciones podían ser nominativas o al portador);
- d) Como títulos esencialmente especulativos.

El último carácter de los enunciados se debe al riesgo que representa la explotación de las empresas, pues en las mismas, como reiteradamente se expresa, la seguridad del éxito no existe.

En complemento a lo nominativo de las acciones, la autora indica que de acuerdo con la Ley, las mismas han de ostentar la identificación del titular, con su nombre, nacionalidad y domicilio, y que tales títulos de crédito deben registrarse en libro que para ello lleva la sociedad, y que se transmiten por endoso.

A continuación se refiere a los diversos tipos de acciones, como las liberadas, las pagaderas, las de voto limitado, las comunes, las preferentes, las de goce y las de trabajo.

Al formular la clasificación anterior, y siguiendo la Ley, se hace en este artículo breve referencia a cada tipo de las acciones mencionadas; luego se alude a los cupones, documentos que como es bien sabido, sirven como recibo para el cobro de dividendos.

La autora, en el penúltimo punto de su artículo, se refiere a la amortización de las acciones.

En relación con este asunto, igualmente siguiendo la Ley, el artículo expresa que la amortización deberá someterse al siguiente régimen:

- I. La amortización deberá ser decretada por la asamblea general de accionistas;
- II. Sólo acciones liberadas podrán amortizarse;
- III. La adquisición de acciones se hará en bolsa, a no ser que la asamblea les haya fijado precio, caso en que serán adquiridas por sorteo;
- IV. En sustitución de las acciones amortizadas podrán emitirse acciones de goce;
- V. La sociedad conservará a disposición de los tenedores de las acciones amortizadas el importe de las mismas, por el lapso de un año, o bien las acciones de goce que sustituyan a las amortizadas, so pena de que el precio se aplique a la sociedad si en dicho plazo no se presenta a retirarlo el beneficiario.

Finalmente, la autora alude a la reducción del capital mediante reembolso de las acciones, e indica, en concordancia con el contenido de la Ley, que esa reducción deberá hacerse por sorteo ante notario o corredor público titulado.

Gregorio RODRÍGUEZ MEJÍA

Rojo, Angel, "La transformación de sociedades anónimas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, año LXV, núm. 590, enero-febrero de 1989, pp. 39-62.

Es indudable que las transformaciones que se operan en el mundo, ya en las finanzas ya en la política, causan cambios en su entorno. Reflejo de dicha influencia es el artículo que ahora reseñamos. Efectivamente, representa una muestra patente de un nuevo derecho de sociedades anónimas.

Recuerde el lector que nuevos hechos reclaman nuevo derecho. Se trata, básicamente, de un comentario muy oportuno sobre un proyecto de reforma al capítulo VIII de la Ley española de Sociedades Anónimas (17 de julio de 1951), so pretexto de adaptar dicha legislación a las directivas de la Comunidad Económica Europea.

El capítulo a reformar amplía su denominación de sólo transformación a transformación, *fusión y escisión*.\* Cada uno de estos vocablos intitula una sección. Sin embargo, el autor se refiere sólo a transformación *voluntaria* y transformación *obligatoria*.

Adviértese que las modificaciones introducidas por el proyecto de ley son escasas. De entre las reformas pospuestas que reclaman imperiosa implantación, Angel Rojo señala dos.

La *primera* atinente a la ampliación de las posibilidades de la transformación. En efecto, el criterio legal al respecto es restrictivo, mientras que la práctica instaure otras posibilidades.

Hoy debe considerarse la transformación no sólo en relación con las sociedades de la misma naturaleza (civiles y mercantiles), sino, incluso, en relación con sociedades de naturaleza distinta: la transformación de sociedades lucrativas en sociedades no lucrativas o de base mutualista y la recíproca. Como podría ser el caso de una sociedad anónima en cooperativa y viceversa. Ambos supuestos ya considerados por la Ley española sobre Ordenación del Seguro Privado (artículo 28.3 relacionado con los artículos 27.3 y 4), mientras que la vigente Ley española sobre Cooperativas permite que determinadas sociedades civiles o mercantiles se transformen en cooperativas (*cfr.* 3a. disposición adicional de dicha Ley).

La *segunda*, igualmente indispensable, tiene que ver con los efectos de la transformación de la sociedad arrendataria sobre el contrato de arrendamiento urbano. En este orden de ideas, el proyecto de ley no

\* Sobre este interesante tema puede consultarse nuestra reseña en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XX, núm. 60, septiembre-diciembre de 1987, p. 1165.

ha dicho si permanece o no el arrendamiento con la sociedad transformada. La Ley española de Cooperativas en vigor, si se pronuncia en sentido afirmativo (*cfr.* 6a. disposición adicional).

Al respecto, los tribunales españoles han sentenciado que tratándose de transformación *voluntaria* se ha de solicitar el consentimiento del arrendador, o en caso contrario, dar cumplimiento riguroso y exacto a los requisitos legales de traspaso, con la posibilidad de que el arrendador ejerza los derechos de *tanteo* y de *retracto* o participe en el precio del asignado al derecho de arrendamiento. De lo contrario, surgirá la causal para la resolución del contrato.

Dicha situación provoca efectos negativos en la vida de las sociedades mercantiles españolas, pues la mayoría de ellas, ante el riesgo de interrumpir el arrendamiento, o no se transforman o lo hacen tardíamente.

La única adaptación *importante* que en materia de transformación *voluntaria* introduce el proyecto de ley es —a juicio de Ángel Rojo— la exigencia de que cuando una sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada se transforme en sociedad anónima, se redacte un informe sobre el patrimonio social no dinerario, por parte de expertos independientes, y que dicho documento se incorpore a la escritura de transformación (artículo 140.1. LSA; antecedente: artículo 13 de la Directiva 77/91/CEE de 13 de diciembre de 1976).

Observa el autor que el proyecto de ley exige informe de expertos sobre el patrimonio no dinerario, pero no requiere informe sobre el proyecto de transformación, lo cual si acontece en materia de fusión y escisión; tampoco determina si los socios tienen derecho a conocer dicho informe antes de concurrir a la junta general.

Ahora bien, el requisito del informe puede resultar más complejo y gravoso en caso de transformación que en caso de constitución de sociedad anónima o de aumento de capital social mediante aportaciones no dinerarias.

Nos previene el autor que la adaptación del régimen jurídico de la transformación a la Directiva 77/91/CEE no es completa.

En efecto, si el artículo 13 de la Directiva exige a los Estados miembros que en caso de transformación en sociedades anónimas (S. A.) reconozcan a los socios y a los terceros las mismas garantías que las establecidas para el caso de fundación retardada de una S. A., deviene coherente y lógico extender el requisito del acuerdo de la junta general a las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad, dentro de los dos años siguientes a la transformación, cuando su importe exceda la décima parte del capital social.

Téngase en cuenta que el importe de las adquisiciones realizadas dentro de los dos primeros años se ha de calcular en función del capital social existente en el momento de la *adquisición*, coincida o no con el fundacional o con el de la escritura de transformación.

En caso de transformación de sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones, en sociedad anónima, el proyecto de ley prevé el derecho de *separación* de los socios discordes con la transformación, hayan o no asistido a la asamblea. Tal derecho no existe cuando la S. A. se metamorfosea en S. de R. L., al igual que sucede con la fusión. Mientras que la transmutación de S. A. en colectiva y comanditaria conserva dicho derecho como último espécimen del derecho de adhesión.

El proyecto de ley unifica tanto el plazo (un mes) de adhesión como el *dies a quo* para el cómputo de dicho lapso, asista o no el accionista a la asamblea que acordó dicha conversión. Plazo que habrá de contarse desde la fecha del último anuncio del acuerdo de transformación, sea el último el tercer anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, sea el de prensa no oficial.

En este caso, el autor nos comenta: ¡qué propicia era la ocasión para *modificar* el régimen de publicidad del acuerdo de transformación siguiendo lo previsto para la fusión y escisión!

Además, el proyecto de ley contiene una norma singular de tutela de los accionistas en caso de transformación de S. A. en S. de R. L. (artículo 85), atinente a que cuando la modificación consista en restringir o condicionar la transmisibilidad de las acciones nominativas, los accionistas que no favorecieron el acuerdo con su voto no quedan sometidos a él durante tres meses (*vacatio*), contados a partir de la fecha de publicación del extracto o de los datos esenciales en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

Esto significa que durante ese plazo sólo tales accionistas serán titulares de *participaciones sociales con circulación transitoriamente libre*.

Los titulares, pues, de ese derecho son los *socios* de la S. de R. L. *accionistas* de la S. A. transformada, que no acordaron la transformación; *v. gr.*, los que asistieron a la asamblea pero se abstuvieron; los que por cualquier causa no votaron; los que emitieron voto nulo, así como los que votaron en contra de la transformación.

Ahora bien, las personas que hayan adquirido las participaciones sociales durante la *vacatio*, quedan sometidas al régimen legal y estatuario; es decir, ellas no pueden, a su vez, transmitir libremente parte o la totalidad de las participaciones adquiridas, aun cuando esta segunda transmisión se realizara dentro de la *vacatio*.

Evidentemente, la transmisión de las participaciones sociales efectuada dentro de la *vacatio* requiere escritura pública y comunicación escrita a la sociedad transformada, sin lo cual el nuevo adquirente no podrá ejercer sus derechos de socio.

En cuanto al contenido del derecho, distingúense dos aspectos: negativo y positivo.

Colateralmente a la transformación voluntaria, el autor presta atención a la transformación obligatoria que el proyecto conforma con un doble criterio: un primer grupo de casos son de transformación obligatoria *absoluta* y otro grupo, de transformación obligatoria *relativa*.

La diferencia estriba en que en la *absoluta*, la sociedad necesariamente tiene que *transformarse*, salvo que *previamente* aumente el capital social; mientras que en la *relativa* se puede optar entre cambiar de *forma* o *aumentar* el capital social en la medida que se requiera.

Así que, cuando una S. A. sea obligada mediante ley a amortizar acciones y las acciones a amortizar reduzcan el capital por debajo del mínimo legal, la S. A. ha de acordar inmediatamente la transformación. Ello sucede, en *primer* lugar, en los supuestos de amortización obligatoria de las acciones propias. Por ejemplo, el mero transcurso de los plazos legales, sin que la sociedad enajene las propias acciones, hace surgir la obligación de reducir el capital social mediante la amortización de las acciones.

Pues bien, si al acordar la reducción del capital social ésta resulta por debajo de la cifra mínima, debe adoptarse —en ese momento— el acuerdo de transformación. Luego entonces, si la reducción del capital es obligatoria, también lo es la transformación, siempre que se descienda por debajo de esa cifra.

Adviértesenos que norma alguna ha previsto transformación por resolución judicial.

Un *segundo* supuesto puede configurarse en los casos de amortización obligatoria de las acciones de los socios que hubieran ejercitado el derecho de separación, sea por cambio del objeto social, sea por cualquier otra causa prevista en la ley o en los estatutos sociales.

El *último* supuesto de reducción y transformación obligatoria simultánea es el de amortización de las acciones del socio moroso, cuando al no poder enajenarse las mismas, la reducción del capital tenga que realizarse hasta situarlo en una cifra inferior a los diez millones.

Por lo que respecta a la transformación obligatoria *relativa*, se nos menciona el caso de transformación como secuela de la reducción del capital, obligatoria o no, por causa de pérdidas.

Cuestión interesante se plantea por cuanto el proyecto de ley no permite reducir el capital social por debajo del mínimo legal. Ni siquiera cabe desconocer ese mínimo en caso de pérdidas. Todavía más: ni siquiera cuando, por razón de la importancia de las pérdidas, la reducción es obligatoria. En tales casos, para armonizar la prohibición de reducir con la obligación de hacerlo, la sociedad tiene que adoptar otro acuerdo simultáneo: el aumento del capital social o la transformación:

*Sólo* podrá acordarse la reducción del capital social por *debajo* de la cifra *mínima* establecida en el artículo 4, para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por consecuencia de pérdidas, *siempre* que se acuerde *simultáneamente* el aumento de capital mediante nuevas aportaciones, hasta una cifra igual o superior al mínimo legal. Esta norma *no se aplicará* si se acuerda la transformación de la sociedad (artículo 101 d.5 de la Ley española de Sociedades Anónimas).

En relación con este asunto, Angel Rojo advierte en el proyecto de ley un gravísimo yerro. Para subsanarlo él mismo sugiere una atinada enmienda.

Ahora bien, si no se acuerda la transformación, existiendo desequilibrio entre capital y patrimonio, el acuerdo de reducción deviene nulo si no va acompañado del simultáneo aumento. Amén de que los acuerdos de reducción y de aumento tienen que adoptarse simultáneamente, y de idéntica forma, inscribirse en el Registro Mercantil.

La S. A. con capital por debajo de la cifra mínima ha de aumentarlo o transformarse en un plazo de tres años, a contar desde la publicación (íntegra) de la Ley en el *Boletín Oficial* del Estado. De lo contrario, los administradores responderán personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales.

El autor considera también tres hipótesis con respecto al momento en que la transformación haya de efectuarse: transformación *anterior* a la entrada en vigor de la Ley, pero posterior a la entrada en vigor de la disposición transitoria 3a.; transformación *posterior*, tanto a la entrada en vigor de la Ley como de la disposición transitoria 3a.; y transformación *posterior* al plazo legal de adaptación.

Angel Rojo concluye este interesante estudio con una breve referencia a la transformación de S. de R. L. Al igual que la S. A., las S. de R. L. cuyo capital no alcance la cifra de 500,000 pesetas, deberán adecuarse oportunamente. Sin embargo, el proyecto de ley sólo prevé el aumento, mas no la transformación en sociedades colectivas o comanditarias sim-

ples. El mutismo legal no implica que dicha transformación sea imposible. Lo que sucede es que, al no regularse, probablemente no goce de exención tributaria y de la deducción de aranceles.

El trabajo de Angel Rojo, a nuestro juicio, resulta valioso porque no solamente formula críticas al proyecto de ley, sino también elogia aciertos que en el mismo existen; amén de aportar comentarios muy pragmáticos, muy oportunos y como tales provechosos.

El autor realiza un análisis serio y sereno, seguramente a consecuencia de su conocimiento y experiencia en la materia.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

TALLON, D., "Effects of Avoidance", en BONELL, M. J. *et al.*, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 601-612.

El trabajo del profesor francés Denis Tallon es un comentario de los artículos 81 a 84 de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), relativos a los efectos que produce la resolución del contrato, sea, opina el autor (p. 602), la resolución por incumplimiento de la otra parte (artículos 49 y 64), sea la resolución por haberse vuelto imposible el cumplimiento (artículo 79).

El artículo 81 establece los principios generales sobre la materia. La resolución del contrato hace que, para el futuro, las partes contractuales queden liberadas de sus obligaciones, pero hace, respecto del pasado, que las partes puedan exigirse lo que recíprocamente se hubieren dado por causa del contrato. Aclara el artículo que por la resolución del contrato la parte que la declare no pierde el derecho a exigir los daños que se deriven del incumplimiento. Tallon, con agudeza, señala (p. 602) que ésta es una diferencia entre la declaración de resolución del contrato, a causa del incumplimiento de una parte, y la resolución del contrato por ser imposible su cumplimiento, caso éste en que no se pueden reclamar daños (véase el artículo 79-5).

Con cautela, el primer párrafo del artículo 81 añade que, por la resolución del contrato, no quedarán sin efecto las cláusulas del mismo relativas a los modos de resolver las controversias, ni las relativas a los derechos y obligaciones que surgen por la resolución. Esto, explica el autor (p. 603), se refiere a cláusulas arbitrales, de elección de foro, de

renegociación, y a cláusulas que limitan, establecen o excluyen responsabilidad por daños.

En cuanto a la restitución de lo que las partes se hubieran entregado, el artículo 81-2, comenta Tallon (p. 604), sólo dice que las partes deben restituirlo recíprocamente. La acción para exigir la restitución, opina el autor, no está prevista en la Convención, y deberá ser por consiguiente, la que disponga el derecho aplicable; en algunos sistemas jurídicos se podrá exigir la restitución en especie; en otros, como el *common law*, sólo una cantidad de dinero. Los gastos que origine la restitución podrán exigirse (en concepto de daños) de la parte que incumplió el contrato o tendrán que absorberlos cada parte cuando la resolución se debe a un impedimento insuperable.

La restitución, precisa el artículo, debe hacerse "simultáneamente". Por el principio de reciprocidad contractual, una parte puede negarse a restituir si la otra no está dispuesta a restituir lo que ella debe.

El artículo 82 establece como condición para poder declarar la resolución del contrato, que el comprador pueda restituir al vendedor las mercancías que recibió en un "estado sustancialmente idéntico" a aquél en que las recibió. La regla, dice Tallon (p. 608), está concebida para castigar al comprador que no cuida las mercancías recibidas. El artículo, sin embargo, permite una interpretación flexible, pues dice que las mercancías deben restituirse en un estado "sustancialmente idéntico" y no simplemente en un estado "idéntico".

En el párrafo 2 del mismo artículo se establecen varias excepciones:

- a) cuando la imposibilidad de restituir las mercancías en un estado sustancialmente idéntico, no depende de algún acto u omisión del comprador; para determinar esto, opina Tallon (p. 608), puede tomarse en cuenta lo que dice el artículo 79: que la causa del deterioro o pérdida de las mercancías sea debida a un impedimento fuera del control del comprador, y no previsible al momento de recibir las mercancías. Cuando la pérdida o deterioro de las mercancías no es imputable al comprador, entonces operan las reglas sobre el riesgo. Al recibir las mercancías, el riesgo se transmite al comprador, pero cuando éste resuelve el contrato, transfiere el riesgo al vendedor, según opina Tallon (p. 608).
- b) Cuando las mercancías se deterioran o pierden por consecuencia del examen que debe practicarle el comprador para cerciorarse de su conformidad con el contrato.
- c) Si las mercancías fueron vendidas o consumidas por el comprador, en el curso normal de sus operaciones; esta excepción, opina Tallon (p. 609), no es fácil de explicar (¿por qué el comprador, no obstante que consume los bienes, tiene derecho a resol-

ver el contrato?), y sólo podrá ser aplicada en casos muy especiales, ya que ordinariamente los bienes que se consumen son bienes fungibles.

El artículo 83 hace una precisión, quizá innecesaria. Que el comprador que pierde su derecho a resolver el contrato puede intentar otro recurso para exigir responsabilidad al vendedor.

El artículo 84 se ocupa de la restitución de dinero. El vendedor debe restituir el precio cobrado y pagar intereses, calculados a partir del día en que lo recibió. Observa el autor (p. 612) que la Convención no define la tasa de interés ni provee medios para determinarla, por lo que se ha de atender, en este aspecto, a lo que diga el derecho interno aplicable. Por su parte, el comprador (párrafo 2) debe abonar al vendedor todos los beneficios que hubiera derivado de las mercancías, tanto si las tiene que restituir, cuanto si no puede hacerlo, por haberlas consumido. Un caso de este último supuesto es el del comprador que revende las mercancías y luego resuelve el contrato; tendrá la obligación de restituir el precio que hubiere cobrado.

Jorge ADAME GODDARD

TALLON, D., "Exemptions", BONELL, M. J. *et al.*, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 572-600.

El profesor de la Universidad de París II, Denis Tallon, comenta en este trabajo las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, relativas al difícil problema de la exoneración de responsabilidad por incumplimiento (artículos 79 y 80).

Advierte el autor (pp. 573 y 574) que estos artículos no contienen ningún concepto que permita relacionarlos con alguna de las teorías vigentes sobre la materia. No hablan de "fuerza mayor", "imprevisión", "frustración", ni "impracticabilidad". El objetivo que tenían a la vista los redactores era indicar que los artículos pretenden desarrollar una nueva doctrina; lo cual, reconoce Tallon, no deja de presentar problemas para su aplicación. En especial, los redactores de la Convención eludieron toda referencia al concepto de "culpa".

El artículo 79, párrafo I, prevé la exoneración de responsabilidad por incumplimiento, cuando obedece a un impedimento fuera del control

del obligado, y que éste no previó ni pudo haber previsto en el momento de perfeccionarse el contrato. El párrafo se refiere, aclara Tallon (p. 576), tanto al vendedor como al comprador, y al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones.

El texto en inglés dice que el impedimento debe estar "fuera del control" del obligado (*beyond his control*). El texto en español, lo mismo que en francés, dice que debe ser "ajeno a su voluntad". En ambas versiones, el significado, dice Tallon (p. 580), es que el impedimento ha de ser externo y no causado por la conducta o negligencia del obligado.

El impedimento, para que sea causa de exoneración, no debe haberse previsto, ni ser previsible, al momento de perfeccionarse el contrato. La idea, explica el autor, es que el impedimento previsto o previsible se toma como un riesgo que asume el obligado. El impedimento debe ser también insuperable, esto es, que no puede vencerse tomando medidas adecuadas y oportunas. Opina Tallon (p. 581) que este requisito coincide, en el fondo, con el de estar el impedimento "fuera del control" del obligado. Sin embargo aclara algunos puntos; cuando se venden cosas genéricas, no determinadas, la exoneración de responsabilidad no tiene lugar, pues los "géneros no perecen" y el impedimento no es invencible; cuando por un impedimento no se pueden entregar las cosas originalmente convenidas, el vendedor puede quedar obligado a enviar o, al menos procurar, un adecuado sustituto de ellas.

Finalmente, para que el impedimento exonere de responsabilidad, se requiere que haya un vínculo de causalidad entre éste y el incumplimiento. A menudo, dice Tallon (p. 583), concurren varias causas y no es fácil determinar cuál de ellas es la que directamente produce el incumplimiento; éste será un problema que los jueces habrán de resolver caso por caso.

El párrafo segundo del artículo 79 se refiere a la exoneración de responsabilidad en el caso de que la parte obligada haya contratado, para la ejecución de su obligación con un tercero. La exoneración opera sólo cuando las condiciones previstas en el párrafo primero concurren respecto de la parte obligada y respecto del tercero. Lo principal, opina Tallon (p. 585), es que haya una relación jurídica entre la parte obligada y el tercero, cosa que no puede ser cuando el supuesto tercero no es más que un "departamento" o "sección" de la parte obligada; se pregunta si existe tal relación cuando el tercero es en realidad una organización filial, poseída por completo por la parte obligada. En todo caso para que opere la exoneración, la parte obligada debe probar que contrató con un tercero adecuado y responsable, pues de otra manera

no podría afirmar que el incumplimiento del tercero estaba fuera de su control.

La parte que pretende la exoneración de responsabilidad prescribe el párrafo 4 del artículo 79, debe avisar a la otra acerca del impedimento y de la imposibilidad subsecuente de cumplir su obligación contractual. Debe indicar, advierte el autor (p. 587), si el incumplimiento es parcial o total, temporal o definitivo. El aviso, dice el artículo, debe ser recibido por la otra parte en un plazo razonable; esta disposición, comenta el autor, pone el riesgo por la no recepción del aviso en la parte que no puede cumplir su obligación contractual. La falta de este aviso no impide que se produzca la exoneración de responsabilidad, pero obliga a la parte que no lo dio, o que no cuidó que efectivamente fuera recibido, a pagar los daños que se derivaren de esa falta de aviso.

Los efectos de la exoneración de responsabilidad están previstos, opina el autor (p. 587), en forma "oscura y aun contradictoria", en los párrafos primero, tercero y quinto del artículo. El párrafo primero dice, en forma general, que la parte que incumple por causa de un impedimento con las condiciones mencionadas arriba, no es responsable. Sin embargo, el párrafo quinto dice que la exoneración no excluye que la parte afectada por el incumplimiento pueda intentar cualquier otro recurso que no sea reclamación por daños; o sea, dice Tallon (p. 588), que se permite que pueda exigirse o el cumplimiento específico del contrato o su resolución. Esto no tiene sentido cuando ha habido un incumplimiento total y definitivo, por ejemplo por haber perecido las mercancías. Exigir el cumplimiento específico o la resolución del contrato en esas circunstancias es absurdo. Pero puede tenerlo cuando se trata de un incumplimiento parcial, por ejemplo porque ha perecido una parte de las mercancías.

Cuando un impedimento es meramente temporal, la exoneración de responsabilidad, prevé el párrafo tercero, será también temporal. Sólo opera mientras dure el impedimento. Sin embargo, aclara el autor (p. 591), puede ser que la demora en el cumplimiento, que causa un impedimento temporal, sea causa suficiente para pedir la resolución del contrato.

La aplicación de este artículo, opina Tallon (pp. 591 y ss.), puede generar problemas, por las diversas teorías que adopten los distintos sistemas jurídicos en torno a la exoneración de responsabilidad. La Convención sólo habla de exoneración de una obligación por haberse vuelto imposible el cumplimiento. En otros sistemas jurídicos se prevé también la exoneración por haberse vuelto impracticable tal cumplimiento, por

ejemplo, por haber cambiado las circunstancias, por haberse frustrado el motivo determinante de una de las partes, o por haberse roto el equilibrio de las prestaciones. La cuestión es si el artículo 79 puede aplicarse también en estos casos. El autor opina (p. 592) que el artículo, al hablar de la presencia de un impedimento insuperable, o que no es razonable esperar que sea superado, define una teoría más flexible que la tradicional de exoneración por fuerza mayor, pero que es más estricta que las doctrinas de exoneración por impracticabilidad, frustración, etcétera.

El artículo 80 establece una causa complementaria de exoneración: cuando el obligado no cumple, a causa de un acto u omisión de la otra parte. Lo más importante, dice Tallon (p. 597), es que exista un nexo causal entre el incumplimiento y el acto u omisión del acreedor. Dicho acto u omisión debe implicar un incumplimiento de las obligaciones contractuales; no puede admitirse, opina el autor (p. 598), que la realización u omisión de un acto no regido por el contrato puede ser causa de exoneración de responsabilidad.

Cuando concurre esta causa de exoneración, la consecuencia es que el obligado no es responsable por el incumplimiento, en la medida que éste depende del acto u omisión de la otra parte. La dificultad está en medir qué tanto depende el incumplimiento de ese acto u omisión. Para resolverla, los jueces deberán analizar caso por caso, las diversas causas que concurren en el incumplimiento y distribuir la responsabilidad proporcionalmente entre las partes.

Jorge ADAME GODDARD

## DERECHO PENAL

CASTRO FERNÁNDEZ, Juan Diego, "El delito informático", *Revista Judicial*, San José, año XI, núm. 41, junio de 1987, pp. 79-84.

El artículo expone la creciente importancia de los delitos informáticos en nuestra sociedad cada vez más informatizada; manifiesta una serie de aspectos tales como la denominación (delitos cibernéticos, *computer crimes*, etcétera), la conceptualización (amplia y restringida) y sus implicaciones.