





---

**JULIÁN LOZANO HERNÁNDEZ**

---

TESIS DOCTORAL CON MENCIÓN INTERNACIONAL

---

**EL INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE EN EL  
CONTRATO DE COMPRAVENTA  
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS**

---

Dirigida por el Prof. Dr. JOSE LUIS IRIARTE DE ANGEL

Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Pública de  
Navarra

y por la

Prof. Dra. MARTA CASADO ABARQUERO

Profesora Contratada Doctora (Derecho Internacional Privado) en la  
Universidad de Deusto



Facultad de Derecho. Derecho Económico y de la Empresa

Bilbao, 2023



Dedicatoria:

“A Eva y nuestros hijos, por su inmensa paciencia y amor”



## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS .....</b>	<b>I</b>
<b>RESUMEN Y PALABRAS CLAVE .....</b>	<b>VII</b>
<b>FOREWORD .....</b>	<b>1</b>
<b>PREÁMBULO .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPITULO PRIMERO. Historia legislativa.....</b>	<b>15</b>
<b>1.1 Antecedentes lejanos. Primeros esfuerzos unificadores. Razones para la búsqueda de una ley internacional uniforme en la compraventa de mercancías. ....</b>	<b>15</b>
<b>1.2 Las Leyes uniformes de La Haya: la Ley uniforme sobre compraventa internacional de mercancías (LUCI) y la Ley uniforme sobre formación del contrato de compraventa internacional de mercancías (LUFC).....</b>	<b>18</b>
<b>1.3 Génesis de UNCITRAL. Contexto Histórico.....</b>	<b>22</b>
1.3.1 La Coexistencia Pacífica y el proceso descolonizador.....	22
1.3.2 Del memorándum húngaro a la Resolución 2102 (XX).....	27
1.3.3 Del Informe del Secretario General a la Resolución 2205 (XXI) .....	28
1.3.4 El Grupo de Trabajo y su papel en la redacción de los borradores previos.....	31
1.3.5 La Conferencia Diplomática de Viena .....	33
<b>1.4 La Convención de Viena .....</b>	<b>34</b>
1.4.1 Importancia de la Convención .....	34
1.4.2 Características .....	39
1.4.2.1 Naturaleza vinculante .....	39
1.4.2.2 Carácter internacional.....	40
1.4.2.3 Especialidad y alcance limitado de regulación .....	40
1.4.2.4 Carácter práctico y lenguaje simple .....	41
1.4.2.5 Énfasis en usos y prácticas y en la autonomía de las partes.....	41
1.4.2.6 Uniformidad y autonomía en su hermenéutica.....	42
1.4.3 Estructura.....	45
<b>CAPÍTULO SEGUNDO. Naturaleza jurídica del concepto de “incumplimiento anticipado” .....</b>	<b>49</b>
<b>2.1 El origen del concepto: Reino Unido .....</b>	<b>49</b>

2.2 EE.UU.: Uniform Commercial Code Sections 2-609 y 2-610 .....	53
2.3 Breve referencia al Derecho español .....	60
<b>CAPÍTULO TERCERO. El incumplimiento anticipado en la Convención</b> .....	<b>65</b>
<b>3.1 Contexto y visión general de los artículos 71-73 en la Convención.....</b>	<b>65</b>
<b>3.2 Artículo 71 de la Convención. Aplazamiento de la obligación de cumplimiento.....</b>	<b>72</b>
3.2.1 Visión general .....	72
3.2.2 Historia legislativa .....	73
3.2.2.1 El Grupo de Trabajo (1970-1977).....	75
3.2.2.2 Pleno de la Comisión - Comité Plenario I (1977) .....	78
3.2.2.3 Conferencia Diplomática .....	80
i. Trabajos de la Primera Comisión .....	80
(i) Introducción .....	80
(ii) Primeras Sesiones: 26ª y 27ª .....	81
(iii) La reapertura egipcia: Sesiones 34ª y 35ª .....	84
(iv) El compromiso: Sesiones 37ª y 38ª .....	86
ii. Sesiones Plenarias .....	87
3.2.3 Finalidad y alcance del artículo 71 .....	89
3.2.4 ¿Derecho general a suspender el cumplimiento? .....	92
3.2.5 El ejercicio del derecho de suspensión. Artículo 71.1 .....	96
3.2.5.1 Presupuesto del ejercicio: Situación de peligro o amenaza.....	96
(i) El concepto de “grave menoscabo de su capacidad (de la otra parte para cumplir sus obligaciones) o de su solvencia” .....	97
(ii) Comportamiento de la parte obligada .....	99
(iii) Juicio de probabilidad: el concepto de “manifiesto”.....	101
3.2.5.2 Incumplimiento previsto: sustancial .....	106
3.2.5.3 Momento en que debe existir la situación de peligro .....	111
3.2.6 El supuesto especial de oposición a la entrega de la posesión de la mercancía. Artículo 71.2.....	113
3.2.7 Obligaciones de las partes en el ejercicio del derecho de suspensión. Artículo 71.3.....	117
3.2.7.1 De la parte acreedora: el deber de comunicar .....	117
3.2.7.2 De la parte deudora: aportar garantía del cumplimiento de sus obligaciones. El concepto de “seguridades suficientes”.....	120
3.2.8 Límite temporal del ejercicio del derecho .....	125
3.2.9 Pérdida del derecho a diferir o detener .....	127

3.2.10	Carga de la prueba .....	127
3.2.11	Aplicación concurrente con otros artículos de la Convención .....	129
3.2.12	Naturaleza dispositiva del Artículo 71.....	129
<b>3.3</b>	<b>Artículo 72 de la Convención. Resolución del contrato. ....</b>	<b>132</b>
3.3.1	Visión General .....	132
3.3.2	Historia legislativa.....	133
3.3.2.1	El Grupo de Trabajo (1970-1977) .....	133
3.3.2.2	Pleno de la Comisión – Comité Plenario I (1977) .....	134
3.3.2.3	Conferencia Diplomática .....	134
3.3.3	Finalidad y alcance del artículo 72 .....	136
3.3.4	El ejercicio del derecho de resolución ante un futuro incumplimiento esencial: causas objetivas. Artículo 72.1 .....	137
3.3.4.1	El incumplimiento esencial .....	137
3.3.4.2	El estándar de previsión: “patente”. Diferencias entre los artículos 71 y 72 del Convenio .....	142
3.3.5	Obligación de comunicar. Artículo 72.2.....	145
3.3.5.1	La comunicación y el tiempo: los conceptos “si hubiere tiempo para ello” y “antelación razonable” .....	145
3.3.5.2	Consecuencias de la falta de comunicación.....	147
3.3.5.3	La obligación de comunicar y el concepto de “seguridades suficientes”.....	149
3.3.6	El ejercicio del derecho de resolución ante un incumplimiento anticipado: causas subjetivas. Artículo 72.3 .....	150
3.3.7	Efectos de la declaración de resolución.....	152
3.3.8	Carga de la prueba .....	153
3.3.9	Daños. Mitigación de daños .....	153
<b>3.4</b>	<b>Artículo 73 de la Convención. El supuesto de entregas sucesivas.....</b>	<b>155</b>
3.4.1	Visión general .....	155
3.4.2	Historia legislativa.....	156
3.4.2.1	El Grupo de Trabajo (1970-1977) .....	156
3.4.2.2	Pleno de la Comisión – Comité Plenario I (1977) .....	158
3.4.2.3	Conferencia Diplomática .....	159
3.4.3	Finalidad y alcance del artículo 73 .....	159
3.4.4	Concepto de “entregas sucesivas de mercaderías” .....	161
3.4.5	Derecho a resolver el contrato. Aplicación del artículo 73 de la Convención .....	165

3.4.5.1 El derecho a resolver respecto a una entrega, artículo 73.1.....	165
3.4.5.2 El derecho a resolver respecto a entregas futuras. Artículo 73.2 .....	167
3.4.5.3 El derecho a resolver respecto de entregas pasadas o futuras: resolución total y el concepto de “interdependencia”. Artículo 73.3.....	172
3.4.6 Carga de la prueba .....	174
<b>CAPÍTULO CUARTO. Influencia de la Convención en otros instrumentos normativos .....</b>	<b>175</b>
<b>4.1 En España.....</b>	<b>176</b>
4.1.1 Sección Mercantil .....	176
4.1.1.1 La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (PACCom).....	176
4.1.1.2 Propuestas de Código Mercantil .....	177
4.1.2 Sección Civil .....	182
4.1.2.1 Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 (PMCC).....	182
<b>4.2 En Derecho europeo .....</b>	<b>185</b>
4.2.1 Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC) .....	186
4.2.2 Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) .....	187
4.2.3 Código Europeo de Contratos.....	191
4.2.4 Borrador de Marco Común de Referencia de 2009 (DCFR).....	192
<b>CAPÍTULO CINCO. Conclusiones .....</b>	<b>195</b>
<b>CHAPTER FIVE. Conclusions.....</b>	<b>215</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>233</b>

## ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

### ESPECIALIZADO

<b>AG</b>	Amtsgericht – Juzgado de Primera instancia (Alemania)
<b>BG</b>	Bezirksgericht – Tribunal de Distrito (Suiza)
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof – Tribunal Supremo Federal (Alemania)
<b>C.c.</b>	Código Civil
<b>CCIM</b>	Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías
<b>CEPE</b>	Comisión Económica para Europa
<b>CIETAC</b>	Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China
<b>CISG</b>	Convención sobre compraventa internacional de mercaderías
<b>CLOUT</b>	Jurisprudencia sobre Tratados de UNCITRAL
<b>CNUCIM</b>	Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
<b>CNUDMI</b>	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
<b>Dir. Com. Int.</b>	Diritto di Commercio Internazionale - Derecho comercial internacional
<b>ECOSOC</b>	Consejo Económico y social
<b>EWIR</b>	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht – Decisiones sobre Derecho Comercial

<b>Forum</b>	Forum des internationalen Rechts – Foro de Derecho Internacional
<b>GL</b>	Gerechtshof - Tribunal de Apelaciones (Países Bajos)
<b>ICC</b>	International Chamber of Commerce – Cámara de Comercio Internacional
<b>INCOTERMS</b>	International Commercial Terms
<b>HK</b>	Handelsgericht des Kantons - Tribunal Comercial del Cantón (Suiza)
<b>IPRax</b>	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht – Práctica del Derecho Internacional Privado y Procesal
<b>JDI</b>	Journal de Droit International – Revista de Derecho Internacional
<b>KS</b>	Kantonsgericht - Tribunal de Apelaciones del Cantón (Suiza)
<b>KG</b>	Kommerzgericht – Tribunal Comercial (Alemania)
<b>KH</b>	Rechtbanken van Koophandel – Tribunal Comercial (Bélgica)
<b>LG</b>	Landgericht – Tribunal Regional (Alemania)
<b>LUCI</b>	Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional
<b>LUFC</b>	Ley Uniforme sobre Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías
<b>MKAC</b>	Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Rusia
<b>MKAS</b>	Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Moscú.
<b>NJW</b>	Neue Juristische Wochenschrift

<b>OGH</b>	Oberster Gerichtshof - Tribunal Supremo (Austria)
<b>OLG</b>	Oberlandesgericht– Tribunal Apelación (Alemania)
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas
<b>PACCom</b>	Propuesta de Anteproyecto del Código de Comercio
<b>PECL</b>	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
<b>PICC</b>	Principios Internacionales sobre Contratos Comerciales
<b>PMCC</b>	Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos
<b>Rb</b>	Rechtbank – Tribunal de instancia (Países Bajos)
<b>RvK</b>	Rechtbank van Koophandel – Tribunal Comercial (Bélgica)
<b>Riv. Dir. Int. Priv.</b>	Revista de Derecho Internacional Privado
<b>RIW</b>	Recht der Internationalen Wirtschaft – Derecho de los Negocios Internacionales
<b>SN</b>	Sad Najwyższy - Tribunal Supremo de Polonia
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo español
<b>SZIER</b>	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht – Revista suiza de Derecho Internacional y europeo
<b>TLDP</b>	Tratado de limitación de pruebas

<b>TPPEN</b>	Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares
<hr/>	
<b>U.C.C.</b>	Código Comercial Uniforme
<hr/>	
<b>UNCITRAL</b>	Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
<hr/>	
<b>UNCTAD</b>	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
<hr/>	
<b>UNIDROIT</b>	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
<hr/>	
<b>ULIS</b>	Uniform Law in the International Sale of Goods - Ley Uniforme en la Compraventa Internacional de Mercancías
<hr/>	
<b>ULFC</b>	Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods - Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías
<hr/>	
<b>ZfRV</b>	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht – Revista de derecho europeo, derecho internacional privado y derecho comparado.

**REFERENCIALES**

<i>Cfr.</i>	Cónfer. "compárese (con)"
<i>Et seq.</i>	Et sequentes: "y siguientes"
<i>e.g.</i>	Exempli gratia: por ejemplo
<i>Íbid.</i>	Íbidem: "en el mismo lugar"
<i>Infra</i>	Abajo
<i>Op. Cit.</i>	Opere citato: "en la obra citada "
<i>p.</i>	Página
<i>pp.</i>	Páginas
<i>párr.</i>	Párrafo
<i>p. ej.</i>	Por ejemplo
<i>Rn.</i>	Renglón
<i>sf</i>	Sin fecha
<i>Supra</i>	Arriba
<i>V. gr.</i>	Verbi gratia: por ejemplo
<i>Vide</i>	Véase
<i>Vide per omnia</i>	Véase por todos
<i>Vs.</i>	Versus: frente a



## RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

### RESUMEN

*El incumplimiento anticipado es un concepto complejo e importante del Derecho contractual internacional, innegablemente funcional y práctico, pero tiene implicaciones significativas para las partes implicadas en transacciones transfronterizas. Esta tesis lo analiza en detalle para lo que presenta, en primer lugar, un análisis histórico de los esfuerzos por crear un Derecho mercantil internacional unificado hasta la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCIM). En segundo lugar, analiza el origen de la doctrina del incumplimiento previsible y su aplicación en derecho español para analizar, a continuación, su aplicación dentro de la CCIM con un análisis detallado de la historia legislativa de los artículos que la regulan y de la doctrina y jurisprudencia aplicables. Posteriormente se realiza un análisis del contenido de las diversas propuestas legislativas que a nivel nacional y europeo han regulado, dentro de su contenido general, el incumplimiento anticipado. Finalmente, se termina con una propuesta de regulación que recoge la experiencia acumulada por los tribunales hasta la fecha en la aplicación de los artículos sobre incumplimiento anticipado en la CCIM.*

### PALABRAS CLAVE

*Incumplimiento anticipado, incumplimiento previsible, CCIM, Viena, venta de mercaderías, entregas sucesivas, seguridades suficientes, derecho a suspender, antelación razonable.*

### **ABSTRACT**

*Anticipatory breach is a complex and important concept of international contract law, undeniably functional and practical, but it has significant implications for parties involved in cross-border transactions. This thesis analyzes it in detail by presenting, first, a historical analysis of the efforts to create a unified international trade law up to the adoption of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Secondly, it analyzes the origin of the doctrine of anticipatory breach and its application in Spanish law in order to analyze, then, its application within the CISG with a detailed analysis of the legislative history of its articles and of the applicable doctrine and jurisprudence. Subsequently, an analysis is made of the content of the various legislative proposals that at national and European level have regulated, within their general content, anticipatory breach. Finally, it concludes with a proposal for a regulation that takes into account the experience accumulated by the courts to date in the application of the articles on anticipatory breach in CISG.*

### **KEYWORDS**

*Anticipatory breach, anticipatory repudiation, CISG, Vienna, sale of goods, instalment contracts, adequate assurance, right to suspend, reasonable notice.*

## FOREWORD

### I. THE QUESTION OF TERMINOLOGY

The terminological issue surrounding the Vienna Convention on the International Sale of Goods has given rise to great controversy and, although in international practice it is common to use the English acronym CISG (“Convention on International Sales of Goods”), in Spain there is no single criterion since some authors use the more colloquial formula CV and others prefer the complex official denomination in Spanish of CNUCIM (“*Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*”). In this thesis we will follow in Spanish language the acronym CCIM (“*Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*”<sup>1</sup>) used by the “*Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*” (CNUDMI) in the Spanish version of its digest of case law or, in general and for ease of reading, the term “*Convención*”.

Similarly, the terms used to define the concept of anticipatory breach have also generated many discussions, both in the common law countries from which it originates and in Spain. In the former, the reasons have been merely technical, since in the United Kingdom there is a discussion as to whether in the cases contemplated in this doctrine we are really dealing with an anticipatory breach in the sense that the breach is brought forward in time (e.g., it comes from the future to the present to become effective and thus real) or whether it is a foreseeable breach in the sense that it is foreseen that it will occur in the future; on the contrary, in the U.S.A. the term "anticipatory repudiation" focuses on an overt communication of intent or an action that makes performance impossible or demonstrates a clear determination not to proceed with performance. On the contrary, Spanish doctrine tends to use the terms "foreseeable breach"

---

<sup>1</sup> The question of how to correctly name the Convention is not a minor issue and has even been the subject of some doctrinal articles, *vide* Axel Flessner and Thomas Kadner Graziano, "CISG? Zur Suche Nach Einer Abkürzung Für Das Wiener Übereinkommen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf Vom 11. April 1980," *Zeitschrift Für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* (1995), pp. 347-350.

<sup>2</sup> In France, CVIM, for Convention sur le Vente Internationale de Marchandises, predominates, while in Italy the same abbreviation has generally been followed, although an author as doctrinally important in this matter as Franco Ferrari has opted for the English acronym. In Germany, different acronyms are used, such as WKR (Wiener Kaufrecht), UNKR (UN-Kaufrecht), etc., although the English acronym (CISG) is gradually gaining ground alongside UN-Kaufrecht, both in doctrine and in case law. In this thesis we will use the acronym CISG only in the references in Spanish language to the Convention at the foot of the page for ease of reading. Likewise, and for practical purposes of reading this thesis even in Spanish language, we will use the acronym UNCITRAL for the English name of the “United Nations Commission on International Trade Law” when referring to this Commission.

(“*incumplimiento previsible*”) and “anticipatory breach” (“*incumplimiento anticipado*”) interchangeably to refer to the different cases covered by the Convention and, in fact, the Spanish translation of the headings of the Section refer to “*incumplimiento previsible*” (while in English language is “anticipatory breach”). Therefore, in this thesis we will argue that, technically, it would be better to differentiate between a “foreseeable” (“*previsible*”) breach as reflected in article 71 of CISG, where the rule simply reflects the foreseeability that such a breach will take place, and an “anticipatory” (“*anticipado*”) breach as reflected in article 72 of CISG, where the rule reflects the unequivocal reality (“clear” in its terminology) that such non-performance has already taken place before the date on which the obligation is due and, in that sense, is anticipatory<sup>III</sup>. From now on, we will use this terminology to conceptually differentiate both cases and when we refer generally to the doctrine we will refer to it as “anticipatory breach” (“*incumplimiento anticipado*”) since it is the term that best defines its historical origin.

## II. CHOICE OF TOPIC: JUSTIFICATION

The COVID-19 pandemic has often caused the parties to a contract to consider suspending or terminating the contract due to the doubts generated by the pandemic situation in the capacity of their counterparty to honor its contractual obligations.

This is because, between the time of the formation of the contract and the time of its execution, a series of communications or events may cause one of the parties to question whether the other party will actually be able or willing to fulfill its future obligations in the execution of the contract. These concerns prejudice, to a greater or lesser extent, the legitimate contractual expectations of the party concerned, which may now find itself in a position of uncertainty that it would not have assumed if the reasons giving rise to its concerns had been known prior to the conclusion of the contract.

Thus, all legal systems regulate in one way or another the ability of a party to suspend its obligations if there is sufficient doubt that the other party will perform its contractual obligations in the future<sup>IV</sup>. However, the same cannot be said of the right to terminate the contract in the same circumstances.

---

<sup>III</sup> In this sense, see definitions in the Spanish dictionary of the R.A.E., “previsible”: 1. adj. That can be foreseen or falls within normal forecasts; “anticipado”: 1. loc. adv. in advance, in anticipation. (“anticipar”: 1. tr. To make something take place before the appointed or foreseeable time, or before something else”).

<sup>IV</sup> Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem and Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012a), pp. 548-559.

These two possible rights of the innocent party<sup>V</sup> to help it to manage this future uncertainty (suspension and termination) are those which, in a generic way, make up the theory of anticipatory breach, which has its origin and takes its name from Anglo-Saxon law (anticipatory breach or anticipatory repudiation). Although unknown to Central European or civil law in its first formulations, over time this expression has become a technical term and has been included in many legal systems and, from there, has jumped to the uniform law.

Its success has been motivated by different reasons. Since its first jurisprudential formulations, reference has been made to its economic advantages and the idea of the necessity of avoiding waste and promoting economic efficiency. And this is because where a party has grounds to suspect that performance of the contract will not be forthcoming, there is a risk that this party's continuing to perform its side of the bargain will lead to a waste of resources. Another important aspect is the coercive effects of the doctrine as it can be argued that the existence of remedies for anticipatory non-performance may have the effect of deterring parties from committing anticipatory non-performance. And related to this aspect is the fact that duties of good faith and fair dealing imply a party's continuous commitment to the bargain and the protection of the parties' expectations which, at the end, reflects a concern for certainty and security in international business.

However, this doctrine has also been heavily criticized, primarily out of concern that it gives too much power to the party seeking to rely on the other party's anticipatory nonperformance, and thus it may lead to abuse. This concern has mainly come from developing countries that have a weak bargaining position in international trade. Another criticism comes from the fact that the doctrine leads to the extension of obligations assumed (through the mechanism of providing adequate assurances to minimize the risk of the other party's terminating the contract) by a party under the contract and to an acceleration of liability.

It is, therefore, the study of a legal doctrine with an unquestionable practical effect in the commercial legal practice, so that its detailed analysis is necessary to be able to incorporate it adequately into future national or international legislation on the subject.

---

<sup>V</sup> In this thesis, the terms "creditor" ("*acreedor*") or "innocent party" ("*parte inocente*") will be used to describe the party to a contract who suspects that the other party will not perform its part of the bargain. The terms "debtor" ("*deudor*") or "the party under suspicion" ("*parte bajo sospecha*") will be used to describe the party to a contract whose non-performance is anticipated.

### **III. SUBJECT MATTER OF THIS THESIS**

In this thesis we have developed a work of compilation and systematization of the legal provisions, case law and scientific doctrine regarding the articles related to anticipatory breach in CISG with the objective of analyzing its influence in different international and national normative instruments and proposing a new regulation that overcomes the pitfalls that both doctrine and caselaw have found in the current text.

The study program of this thesis begins in Chapter I with a brief reference to the historical origins of the CISG in order to better understand that it is the result of particular historical circumstances that promoted the harmonization and unification of international trade law, both in its more remote origin and in the closest in time. In particular, we will focus on the pre-World War II efforts led by Professor Rabel, as well as on the global processes that followed the Second World War (Cold War, decolonization, Third World), since without them it would not be possible to understand either the reasons that gave rise to it or the consensus formulas that were used to achieve its approval.

Once placed in the general historical context, in Chapter II we will study the particular historical context of the legal concept of "anticipatory breach" in the main jurisdictions where it has been evolving since its origin, so as to better understand how this concept is subsequently contributed by those countries to the text of the CISG, closing the chapter with brief references to the current situation in Spanish law.

Chapter III studies in detail each of the three articles comprising Section I of Chapter V of CISG, starting from the analysis of the previous discussions held during its elaboration, which will give us the necessary interpretative tools to be able to analyze in detail, using as a guide the best international doctrine, the text of each article and the international case law associated with them.

Finally, in Chapter IV of this thesis we will study how the regulation of CISG has influenced other subsequent legislations both at national and international level with the purpose of proposing, already in the Conclusions, suggestions for a better regulation of this doctrine in future legislations.

### **IV. METHODOLOGY EMPLOYED**

From the methodological point of view, the formal structure of the thesis is determined by the different stages under study.

Thus, we have first carried out systematic research in order to provide an orderly explanation of the historical origin of the Vienna Convention and, within it, of the doctrine of anticipatory breach.

To this end, we have first briefly reviewed the history of international commercial law from its remote origins to the work of Professor Rabel, which is at the origin of the Hague Uniform Laws and the creation of UNCITRAL as a special commission within the United Nations dedicated to the creation of supranational legislative bodies, the Vienna Convention being probably the greatest success of his work to date.

From this first phase, we enter into the analysis of the articles that are the subject of this thesis and, for this purpose, it is essential, first, to analyze in detail the historical genesis of the concept of anticipatory breach in Anglo-American law, for which a research stay at Harvard Law School has been carried out. This has allowed us to properly understand the reasons why this concept, alien to the rest of the international legal families, was able to make the leap to a newly created international instrument and be unanimously accepted as a good legal solution for certain types of situations that may arise in the life of an international sales contract. With this prior basis it is easier for us to study/analyze in detail and understand the complex negotiations that took place in the preparatory work of the Convention in relation to this concept so that we can later better analyze the possible successes and errors in its drafting.

Once this first phase of systematic research has been carried out, we have proceeded to follow a functionalist method through the analysis of each of the articles and identifying the possible problems of interpretation in order to provide solutions to them with the help of the best international scientific doctrine analyzed through the abundant legal bibliography existing to date in different languages, using the English language (lingua franca of the world of international trade) as the first language of reference for this analysis carried out through the study of monographs, manuals, theses and articles of legal reviews that analyze the issues that are the object of this thesis.

As a fundamental part of this thesis, the abundant international jurisprudence analyzed through databases has also contributed to this analysis, which has helped us to confront the text resulting from diverse and opposing interests with the complex reality of the world of international commercial transactions. This comparison of the Convention with reality has been analyzed in detail, proceeding, where appropriate, to criticize the solutions in force and proposing new interpretations.

Finally, the important influence that the regulation of the doctrine of anticipatory breach in the Convention has had on other bodies of law, whether at the national or international level, as well as in different legal instruments of what has come to be called "soft law", has also been analyzed, with a view to proposing its improvement.

## V. SOURCES FOR THIS RESEARCH

As we have just mentioned in the previous section, this thesis has been nourished by three large groups of sources: legislation, international doctrine and case law. Its systematic and functional study has allowed us to understand the way in which the doctrine of anticipatory breach is developed in legal transactions and its limits.

As far as the analysis of legislation is concerned and starting from the embodiment of the doctrine of anticipatory breach in the CISG, we analyze its previous existence in the common law as a direct influence on the CISG, and then analyze the main normative instruments of hard law and soft law that, this time under the influence of the CISG, have been developed in Europe.

The study of the caselaw has been comprehensive of the judgments and awards rendered by judicial and arbitration courts of the signatory countries of the CISG. This work has been made possible thanks to the existence of various on-line databases open to the public, among which it is worth mentioning, first of all, the one created by the Faculty of Law of the University of Basel (CISG-online.ch), which has been chosen for the citations used in this thesis due to its ease of use and translation into several languages (sometimes complete, sometimes abbreviated) of the decisions commented therein. Additionally, the UNCITRAL CLOUT database, the database of the Institute of International Commercial Law of the Pace University of the USA (<https://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>), UNILEX created by UNIDROIT (<https://www.unilex.info/instrument/cisg>), and the database created by the Universidad Carlos III (<https://www.cisgspanish.com>) focused on the jurisprudence of Spain and Latin American countries, have also been used in a secondary way and with contrasting and support functions.

The international doctrine related to both the concept of anticipatory breach and its embodiment in the CISG has been studied and analyzed in detail, being its sources both manuals, theses and specific monographs on the doctrine of anticipatory breach and on the CISG, as well as articles published in legal journals of recognized prestige to which we have had access through a research stay at Harvard Law School (Cambridge, September 5 to December 15, 2022).

## PREÁMBULO

### I. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

La cuestión terminológica en torno a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías ha suscitado una gran controversia y, aunque en la práctica internacional es habitual utilizar el acrónimo inglés CISG ("*Convention on International Sales of Goods*"<sup>1</sup>), en España no existe un criterio único ya que algunos autores utilizan la fórmula más coloquial CV y otros prefieren la compleja denominación oficial en español de CNUCIM ("*Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*"). En esta tesis seguiremos en lengua española el acrónimo CCIM ("*Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*"<sup>2</sup>) utilizado por la "*Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*" (CNUDMI) en la versión española de su compendio de jurisprudencia o, en general y para facilitar la lectura, el término "*Convención*".

Del mismo modo, los términos utilizados para definir el concepto de incumplimiento anticipado también han generado numerosas discusiones, tanto en los países de *common law* del que procede como en España. En los primeros, las razones han sido meramente técnicas, ya que en el Reino Unido se discute si en los supuestos contemplados en esta doctrina estamos realmente ante un incumplimiento anticipado en el sentido de que el incumplimiento se adelanta en el tiempo (esto es, viene del futuro al presente para hacerse efectivo y, por tanto, real) o si se trata de un incumplimiento previsible en el sentido de que está previsto que se produzca en el futuro; por el contrario, en EE.UU. el término "*anticipatory repudiation*" se centra en una comunicación manifiesta de voluntad o en una actuación que imposibilite el cumplimiento o demuestre una clara determinación de no proceder al mismo. Por el contrario, la doctrina española

---

<sup>1</sup> La cuestión de cómo denominar correctamente la Convención no es menor y ha sido incluso objeto de algunos artículos doctrinales, *vide* Axel Flessner y Thomas Kadner Graziano, "CISG? Zur Suche Nach Einer Abkürzung Für Das Wiener Übereinkommen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf Vom 11. April 1980". April 1980," *Zeitschrift Für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* (1995), pp. 347-350.

<sup>2</sup> En Francia predomina CVIM, por *Convention sur le Vente Internationale de Marchandises*, mientras que en Italia se ha seguido generalmente la misma abreviatura, aunque un autor tan importante doctrinalmente en esta materia como Franco Ferrari ha optado por el acrónimo inglés. En Alemania se utilizan distintas siglas, como WKR (Wiener Kaufrecht), UNKR (UN-Kaufrecht), etc., aunque la sigla inglesa (CISG) va ganando terreno junto a UN-Kaufrecht, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En esta tesis utilizaremos las siglas CISG únicamente en las referencias en lengua española a la Convención a pie de página para facilitar su lectura. Asimismo, y a efectos prácticos de lectura de esta tesis incluso en lengua española, utilizaremos el acrónimo UNCITRAL para la denominación inglesa de la "*United Nations Commission on International Trade Law*" cuando nos refiramos a esta Comisión.

tiende a utilizar indistintamente los términos "incumplimiento *previsible*" e "*incumplimiento anticipado*" para referirse a los distintos supuestos contemplados en el Convenio y, de hecho, la traducción española de los epígrafes de la Sección se refiere a "*incumplimiento previsible*" (mientras que en lengua inglesa es "*anticipatory breach*"). Por ello, en esta tesis defenderemos que, técnicamente, sería mejor diferenciar entre un incumplimiento "previsible" tal y como se refleja en el artículo 71 de la CISG, donde la norma simplemente refleja la previsibilidad de que dicho incumplimiento se produzca, y un incumplimiento "anticipado" tal y como se refleja en el artículo 72 de la Convención, donde la norma refleja la realidad inequívoca ("patente" en su terminología) de que dicho incumplimiento ya ha tenido lugar antes de la fecha de vencimiento de la obligación y, en ese sentido, es anticipado<sup>3</sup>. A partir de ahora, utilizaremos esta terminología para diferenciar conceptualmente ambos supuestos y cuando nos refiramos de forma general a la doctrina nos referiremos a ella como "*incumplimiento anticipado*" ("*anticipatory breach*") por ser el término que mejor define su origen histórico.

## II. ELECCIÓN DELTEMA: JUSTIFICACION

La pandemia de COVID-19 ha provocado a menudo que las partes de un contrato se planteen suspenderlo o terminarlo debido a las dudas generadas por la situación pandémica en cuanto a la capacidad de su contraparte para cumplir sus obligaciones contractuales.

Esto se debe a que, entre el momento de la formación del contrato y el de su ejecución, una serie de comunicaciones o acontecimientos pueden hacer que una de las partes se cuestione si la otra parte podrá o querrá realmente cumplir sus obligaciones futuras en la ejecución del contrato. Estas dudas perjudican, en mayor o menor medida, las legítimas expectativas contractuales de la parte afectada, que puede encontrarse ahora en una posición de incertidumbre que no habría asumido si los motivos que originan sus dudas se hubieran conocido antes de la celebración del contrato.

Así, todos los ordenamientos jurídicos regulan de un modo u otro la capacidad de una parte para suspender sus obligaciones si existen dudas suficientes de que la otra parte cumplirá sus obligaciones contractuales en el futuro<sup>4</sup>. Sin

---

<sup>3</sup> En este sentido, véanse las definiciones del diccionario español de la R.A.E., "previsible": 1. adj. Que puede preverse o entra dentro de las previsiones normales; "anticipado": 1. loc. adv. Con antelación, en previsión. ("anticipar": 1. tr. Hacer que algo tenga lugar antes del tiempo señalado o previsible, o antes que otra cosa").

<sup>4</sup> Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012a), pp. 548-559.

embargo, no puede decirse lo mismo del derecho a resolver el contrato en las mismas circunstancias.

Estos dos posibles derechos de la parte inocente<sup>5</sup> para ayudarle a gestionar esta incertidumbre futura (suspensión y terminación) son los que, de forma genérica, conforman la teoría del incumplimiento anticipado, que tiene su origen y toma su nombre del derecho anglosajón (*anticipatory breach* o *anticipatory repudiation*). Aunque desconocida por el derecho centroeuropeo o civil en sus primeras formulaciones, con el tiempo esta expresión se ha convertido en un término técnico y ha sido incluida en muchos ordenamientos jurídicos y, de ahí, ha saltado al derecho uniforme.

Su éxito ha estado motivado por diferentes razones. Desde sus primeras formulaciones jurisprudenciales, se ha hecho referencia a sus ventajas económicas y a la idea de la necesidad de evitar el gasto innecesario y promover la eficiencia económica. Y ello porque cuando una parte tiene motivos para sospechar que no se va a cumplir el contrato, existe el riesgo de que el hecho de que esta parte siga cumpliendo su parte del trato suponga una pérdida de recursos económicos. Otro aspecto importante son los efectos coercitivos de la doctrina, ya que puede argumentarse que la existencia de remedios para el incumplimiento anticipado puede tener el efecto de disuadir a las partes de cometer incumplimientos anticipados. Y en relación con este aspecto está el hecho de que los deberes de buena fe y lealtad implican un compromiso continuo de las partes con la negociación y la protección de las expectativas de las partes, lo que, en definitiva, refleja una preocupación por la certeza y la seguridad en los negocios internacionales.

Sin embargo, esta doctrina también ha sido muy criticada, principalmente por la preocupación de que otorgue demasiado poder a la parte que pretende confiar en el incumplimiento anticipado de la otra parte y, por lo tanto, pueda dar lugar a abusos. Esta preocupación procede principalmente de los países en desarrollo que tienen una posición negociadora débil en el comercio internacional. Otra crítica proviene del hecho de que la doctrina conduce a la ampliación de las obligaciones asumidas por una parte en virtud del contrato (mediante el mecanismo de proporcionar seguridades suficientes para minimizar el riesgo de que la otra parte termine el contrato) y a un aumento de la responsabilidad.

---

<sup>5</sup> En esta tesis, los términos "*acreedor*" o "*parte inocente*" se utilizarán para describir a la parte de un contrato que sospecha que la otra parte no cumplirá su parte del trato. Los términos "*deudor*" o "*parte bajo sospecha*" se utilizarán para describir a la parte de un contrato cuyo incumplimiento se prevé.

Se trata, por tanto, del estudio de una doctrina jurídica con un indudable efecto práctico en la práctica jurídica mercantil, por lo que es necesario su análisis pormenorizado para poder incorporarla adecuadamente a la futura legislación nacional o internacional sobre la materia.

### **III. OBJETO DE ESTA TESIS**

En esta tesis hemos desarrollado un trabajo de recopilación y sistematización de las disposiciones legales, jurisprudenciales y doctrina científica relativas a los artículos relacionados con el incumplimiento anticipado en la Convención con el objetivo de analizar su influencia en diferentes instrumentos normativos internacionales y nacionales y proponer una nueva regulación que supere los escollos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han encontrado en el texto actual.

El programa de estudio de esta tesis comienza en el Capítulo I con una breve referencia a los orígenes históricos de la Convención para comprender mejor que es el resultado de circunstancias históricas particulares que promovieron la armonización y unificación del Derecho mercantil internacional, tanto en su origen más remoto como en el más cercano en el tiempo. En particular, nos centraremos en los esfuerzos previos a la Segunda Guerra Mundial liderados por el Profesor Rabel, así como en los procesos globales que siguieron a la Segunda Guerra Mundial (Guerra Fría, descolonización, Tercer Mundo), ya que sin ellos no sería posible entender ni las razones que le dieron origen ni las fórmulas de consenso que se utilizaron para lograr su aprobación.

Una vez situados en el contexto histórico general, en el Capítulo II estudiaremos el contexto histórico particular del concepto jurídico de "incumplimiento anticipado" en las principales jurisdicciones en las que ha ido evolucionando desde su origen, para comprender mejor cómo este concepto es aportado posteriormente por dichos países al texto de la Convención, cerrando el capítulo con unas breves referencias a la situación actual en el Derecho español.

El Capítulo III estudia en detalle cada uno de los tres artículos que componen la Sección I del Capítulo V de la CISG, partiendo del análisis de las discusiones previas mantenidas durante su elaboración, que nos darán las herramientas interpretativas necesarias para poder analizar en detalle, utilizando como guía la mejor doctrina internacional, el texto de cada artículo y la jurisprudencia internacional asociada a los mismos.

Finalmente, en el Capítulo IV de esta tesis estudiaremos cómo la regulación de la Convención ha influido en otras legislaciones posteriores tanto a nivel nacional

como internacional con el fin de proponer, ya en las Conclusiones, sugerencias para una mejor regulación de esta doctrina en futuras legislaciones.

#### **IV. METODOLOGIA EMPLEADA**

Desde el punto de vista metodológico, la estructura formal de la tesis viene determinada por las distintas etapas objeto de estudio.

En primer lugar, hemos llevado a cabo una investigación sistemática con el fin de ofrecer una explicación ordenada del origen histórico de la Convención de Viena y, dentro de ella, de la doctrina de la violación anticipada.

Con tal finalidad, hemos repasado brevemente la historia del Derecho mercantil internacional desde sus remotos orígenes hasta los trabajos del profesor Rabel, que están en el origen de las Leyes Uniformes de La Haya y de la creación de UNCITRAL como comisión especial en el seno de las Naciones Unidas dedicada a la creación de órganos legislativos supranacionales, siendo probablemente la Convención de Viena el mayor éxito de su labor hasta la fecha.

A partir de esta primera fase, entramos en el análisis de los artículos objeto de esta tesis y, para ello, resulta imprescindible, en primer lugar, analizar con detalle la génesis histórica del concepto de incumplimiento anticipado en el Derecho angloamericano, para lo cual se ha realizado una estancia de investigación en la Harvard Law School. Ello nos ha permitido comprender adecuadamente las razones por las que este concepto, ajeno al resto de familias jurídicas internacionales, fue capaz de dar el salto a un instrumento internacional de nueva creación y ser unánimemente aceptado como una buena solución jurídica para cierto tipo de situaciones que pueden presentarse en la vida de un contrato de compraventa internacional. Con esta base previa nos resulta más fácil estudiar/analizar en detalle y comprender las complejas negociaciones que tuvieron lugar en los trabajos preparatorios de la Convención en relación con este concepto para, posteriormente, poder analizar mejor los posibles aciertos y errores en su redacción.

Una vez realizada esta primera fase de investigación sistemática, hemos procedido a seguir un método funcionalista a través del análisis de cada uno de los artículos e identificando los posibles problemas de interpretación para dar solución a los mismos con la ayuda de la mejor doctrina científica internacional analizada a través de la abundante bibliografía jurídica existente hasta la fecha en diferentes idiomas, utilizando la lengua inglesa (lengua franca del mundo del comercio internacional) como primera lengua de referencia para este análisis realizado a través del estudio de monografías, manuales, tesis y artículos de revistas jurídicas que analizan las cuestiones objeto de esta tesis.

También ha contribuido a este análisis, como parte fundamental de esta tesis, la abundante jurisprudencia internacional analizada a través de bases de datos, que nos ha ayudado a confrontar el texto de la Convención, resultado de intereses diversos y contrapuestos, con la compleja realidad del mundo de las transacciones comerciales internacionales. Esta confrontación del Convenio con la realidad ha sido analizada en detalle, procediendo, en su caso, a criticar las soluciones vigentes y proponiendo nuevas interpretaciones.

Por último, también se ha analizado la importante influencia que la regulación de la doctrina del incumplimiento anticipado en el Convenio ha tenido en otros cuerpos normativos, tanto a nivel nacional como internacional, así como en diferentes instrumentos jurídicos de lo que se ha venido a denominar "*soft law*", con el fin de proponer su mejora.

## V. FUENTES DE LAS QUE SE NUTRE ESTA INVESTIGACIÓN

Como acabamos de mencionar en el apartado anterior, esta tesis se ha nutrido de tres grandes grupos de fuentes: legislación, doctrina internacional y jurisprudencia. Su estudio sistemático y funcional nos ha permitido comprender la forma en que se desarrolla la doctrina del incumplimiento anticipado en el tráfico jurídico y sus límites.

En cuanto al análisis de la legislación y partiendo de la plasmación de la doctrina del incumplimiento anticipado en la Convención, analizamos su existencia previa en el *common law* como influencia directa en la Convención, para a continuación analizar los principales instrumentos normativos de *hard law* y *soft law* que, esta vez sí bajo la influencia de la Convención, se han desarrollado en Europa.

El estudio de la jurisprudencia ha sido comprensivo de las sentencias y laudos dictados por los tribunales judiciales y arbitrales de los países signatarios de la Convención. Este trabajo ha sido posible gracias a la existencia de diversas bases de datos abiertas al público en línea (*on-line*), entre las que cabe destacar, en primer lugar, la creada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Basilea (CISG-online.ch), que ha sido elegida para las citas utilizadas en esta tesis por su facilidad de uso y traducción a varios idiomas (a veces completa, a veces abreviada) de las decisiones en ella comentadas. Adicionalmente, también se han utilizado de forma secundaria y con funciones de contraste y apoyo la base de datos UNCITRAL CLOUT, la base de datos del *Institute of International Commercial Law* de la Pace University de EE.UU. (<https://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>), UNILEX creada por UNIDROIT (<https://www.unilex.info/instrument/cisg>), y la base de datos creada por la Universidad Carlos III (<https://www.cisgspanish.com>) centrada en la jurisprudencia de España y países latinoamericanos.

PREÁMBULO

JULIÁN LOZANO HERNÁNDEZ

Se ha estudiado y analizado pormenorizadamente la doctrina internacional relacionada tanto con el concepto de incumplimiento anticipado como con su plasmación en la Convención, siendo sus fuentes tanto manuales, tesis y monografías específicas sobre la doctrina del incumplimiento anticipado y sobre la Convención, como artículos publicados en revistas jurídicas de reconocido prestigio a los que hemos tenido acceso a través de una estancia de investigación en la Harvard Law School (Cambridge, 5 de septiembre a 15 de diciembre de 2022)



## CAPITULO PRIMERO. HISTORIA LEGISLATIVA

### 1.1 Antecedentes lejanos. Primeros esfuerzos unificadores. Razones para la búsqueda de una ley internacional uniforme en la compraventa de mercancías.

Como se indica en el preámbulo de la Convención, uno de los objetivos de este instrumento es la unificación del derecho sustantivo de compraventa para eliminar las barreras legales en el comercio internacional con el fin de facilitar el intercambio entre comerciantes de diferentes países y promover esta actividad a nivel internacional. Y ello porque, tal y como definió el Secretario General de la Organización para las Naciones Unidas (en adelante ONU)<sup>6</sup> en su informe a la Asamblea General de 23 de septiembre de 1966, el Derecho mercantil Internacional es "... el conjunto de disposiciones que rigen las relaciones comerciales de derecho privado que afectan a diferentes países." <sup>7</sup> y "el pilar que sostiene por entero el sistema de las relaciones comerciales"<sup>8</sup> es el contrato por excelencia, es decir, el contrato de compraventa<sup>9</sup>.

Desde hace tiempo<sup>10</sup>, la comunidad internacional ha dedicado esfuerzos a unificar el concepto de contrato de compraventa con el objeto de acabar con la

---

<sup>6</sup> En adelante, nos referiremos a la Organización para las Naciones Unidas como ONU. Su origen está en la Carta las Naciones Unidas que se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. La ONU como tal nació oficialmente en la misma fecha, el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados Miembros signatarios de la Carta la ratificaran. En la actualidad, 193 Estados son miembros de la ONU que están representados en el órgano deliberante, la Asamblea General (a fecha 15 de julio de 2023) y su carta está disponible en <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

<sup>7</sup> Naciones Unidas, Asamblea General "*Progressive Development of the law of International Trade: Report General Secretary*", Documento A/6396 (23 de septiembre de 1966) disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N66/236/22/pdf/N6623622.pdf?OpenElement>

<sup>8</sup> Memmo, Daniela. "Il Contratto di vendita Internazionale nel Diritto Uniforme." *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1983), p. 181.

<sup>9</sup> En el mundo anglosajón ha hecho fortuna la expresión "*lifeblood of international commerce*" para referirse al contrato de compraventa internacional, ver Alina Kaczorowska, *International Trade Conventions and their Effectiveness: Present and Future* Springer, (1995), p. 14, pero no sólo en referencia a este tipo de contrato, como se puede ver en RD Harbottle (mercantile) LTD v National Westminster Bank LTD [1978] QB 146, p. 155, donde se usa esa expresión en referencia a las cartas de crédito y las garantías por su papel en la financiación del comercio internacional.

<sup>10</sup> Para estudiar en detalle la Lex Mercatoria medieval, sirve como buena referencia las obras de Francesco Galgano, "Lex Mercatoria, Bologna," *Il Mulino* (2001). y Francesco Galgano, "La Globalización en el espejo del Derecho, Trad," *Horacio Roitman y María de la Colina, Rubinzal-Culzoni Editoriales, Buenos Aires* (2005) De forma más moderna, regulaciones

mayor de sus barreras, las fronteras nacionales<sup>11</sup>. Y ello porque, como expuso Lord Mansfield (1705-1793) en relación con un conocido caso relativo a una póliza de seguro marino, "*The mercantile law ... is the same all over the World. For from the same premises the sound conclusions of reason and justice must universally be the same*"<sup>12</sup>. Y es que la universalidad de la práctica comercial hace que los comerciantes acerquen prácticas y usos que pueden derivar en un derecho internacional común que regule las ventas de mercancías.

Modernamente, y bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones a instancias de Ernst Rabel<sup>13</sup> se creó en 1926, en Roma el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado,<sup>14</sup> comúnmente denominado en inglés *UNIDROIT*, con el objetivo de "*estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar*

---

como las Ordenanzas de Bilbao o las de Luis XIV comenzaron un proceso legislativo que tomó impulso a partir de comienzos del S. XIX con la codificación napoleónica que optó por el sistema objetivo del "acto de comercio" frente al subjetivo de aplicación al comerciante medieval. Para una revisión histórica de este proceso, véase Fernández de Casadevante y Romaní, Carlos R and Francisco Javier Quel López, "Las Naciones Unidas Y El Derecho Internacional," (1997), p. 173-176 . y José Antonio Pastor Ridruejo, "Las Naciones Unidas Y La Codificación Del Derecho Internacional Aspectos Jurídicos Y Políticos" Ariel, 1997).

<sup>11</sup> La denominada "*nueva*" *Lex Mercatoria* nace con el gran desarrollo comercial internacional a finales del S. XIX que se enfrentaba a la existencia de las barreras presentadas por los derechos nacionales y la insuficiencia de los sistemas tradicionales de normas de Derecho Internacional Privado para la resolución de los conflictos surgidos. Para superarlas, los operadores del comercio internacional buscaron un derecho autónomo y uniforme a escala mundial para atender a las necesidades basados en tres pilares esenciales: el principio *pacta sunt servanda*, la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en los usos y costumbres internacionales del sector al uso, y la resolución de las disputas por medios más rápidos que los judiciales (mediación, arbitraje). La creciente aparición de grandes empresas y multinacionales que imponían sus prácticas impulsó una mayor desconfianza hacia esta forma de contratar por lo que empezaron a surgir cada vez más iniciativas buscando crear leyes uniformes, como la *Sale of Goods Act* de 1893 del Reino Unido (gran potencia comercial de la época con lo que su ley era de aplicación en todos los continentes), la ley uniforme sobre ventas de mercancías de 1905 de los países escandinavos y los trabajos de la *International Law Association* en 1924 en Estocolmo donde se trabajó en un primer proyecto de ley uniforme para la unificación de la legislación sobre compraventa internacional.

<sup>12</sup> *Pelly v Royal Exchange Assurance Co.* (1757) 1 Burr 341, p. 347.

<sup>13</sup> Ernst Rabel (1874-1955) fue un reconocido profesor de Derecho Romano de la Universidad de Berlín y director del Instituto Kaiser-Wilhelm (hoy Max-Planck) *Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Instituto de derecho extranjero y de derecho internacional privado) en el que desarrolló sus estudios de derecho comparado en el ámbito de la compraventa de bienes muebles. Para entender su importancia en el derecho comparado y su relación con EE.UU., ver Bernhard Grossfeld and Peter Winship, "The Law Professor Refugee," *Syracuse J.Int'L L. & Com.* 18 (1992), 3.

<sup>14</sup> Para una exposición clara, detallada y sencilla de las actividades de UNIDROIT, Lena Peters, *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law International, 2021).; Mario Matteucci, "UNIDROIT-the First Fifty Years," *I Unif.L.Rev.Os* (1976), 14.; Malcolm Evans, "The Activity of the International Institute for the Unification of Private Law," *Unif.L.Rev.Os* (1994), 2.

*gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados de una legislación de derecho privado uniforme.*"<sup>15</sup>

El profesor Rabel redactó en 1929 un documento titulado «Informe sobre el Derecho comparado en materia de venta». Posteriormente presentó en una sesión del Consejo Directivo de UNIDROIT otro informe titulado «Observaciones sobre la utilidad de la unificación del derecho de la venta desde el punto de vista de las necesidades del comercio internacional», mediante el cual pretendía responder a las críticas formuladas en torno a la conveniencia de la creación de una ley uniforme. A raíz de su propuesta de unificación, se constituyó un Comité al que se encomendó la preparación de un texto sobre la materia<sup>16</sup> y cuyos trabajos culminaron con un borrador preliminar<sup>17</sup> sometido al Consejo en 1934. Tras su aprobación, el texto fue remitido junto con un informe explicativo a la Sociedad de Naciones para recabar comentarios de sus países miembros<sup>18</sup> que, una vez recibidos y analizados por el Comité, dieron lugar a un nuevo texto redactado por el Comité que fue aprobado en 1939 por parte del Consejo Directivo del Instituto UNIDROIT.

---

<sup>15</sup> Artículo 1 del Estatuto Orgánico del UNIDROIT.

<sup>16</sup> Junto al profesor Rabel y bajo la presidencia de Cecil J. B. Hurst, trabajó en este Comité un selecto grupo de juristas representativos de diferentes sistemas compuesto por los franceses Henri Capitant y Josef Hamel en representación de las jurisdicciones de derecho civil romano, los suecos Martin Fehr y Algot Bagge en representación de los sistemas legales nórdicos, H.C. Gutteridge (junto al también inglés Hurst) en representación del *common law*, y el alemán Hans Ficker que, junto a Rabel, representaban a las jurisdicciones de derecho civil de base germánica, todos ellos grandes expertos en derecho comparado. Como se puede apreciar, nadie con una sensibilidad legal ajena a Europa occidental, algo que se repetiría en el futuro y daría lugar a problemas en la negociación de los nuevos textos internacionales por los cambios políticos que se producirían en las siguientes décadas en el mundo.

<sup>17</sup> En palabras de Rabel, "*Markstein in der Entwicklung des Privatrechts und des internationalen Rechts*" ("un hito en el desarrollo del derecho privado e internacional"), *vide* E. Rabel, "Der Entwurf Eines Einheitlichen Kaufgesetzes," *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht* 9 (1935), p. 5.

<sup>18</sup> Para tener una panorámica de ese borrador comparado, fundamentalmente, con el derecho inglés y norteamericano, ver Ernst Rabel, "A Draft of an International Law of Sales," *The University of Chicago Law Review* 5, no. 4 (1938), 543-565.

## 1.2 Las Leyes uniformes de La Haya: la Ley uniforme sobre compraventa internacional de mercancías (LUCI) y la Ley uniforme sobre formación del contrato de compraventa internacional de mercancías (LUFC)

La Segunda Guerra Mundial detuvo los trabajos de UNIDROIT y tras ella, a iniciativa del profesor Rabel, se retomaron los trabajos en 1950<sup>19</sup>. En 1951 el Gobierno de Holanda convocó una conferencia diplomática en La Haya a la que acudieron 21 países y en la que, después de analizar y aprobar el borrador de texto de UNIDROIT, se decidió crear una Comisión Especial de juristas europeos para la elaboración de un texto final<sup>20</sup>. La Comisión elaboró un primer borrador en 1956<sup>21</sup> con su respectivo informe<sup>22</sup> que fue objeto de comentarios por parte de los Gobiernos y de la Cámara de Comercio Internacional<sup>23</sup> que dieron lugar, en 1962, a una nota de la Comisión en la que estudió dichas observaciones y recomendó correcciones en la redacción del Proyecto<sup>24</sup>. En 1963, en base a

---

<sup>19</sup> Los trabajos previos de UNIDROIT, así como el propio trabajo académico de Rabel plasmado en su aclamado libro Rabel Ernst, "Das Recht Des Warenkaufs, Eine Rechtsvergleichende Darstellung, 1," *Band, Berlin/Leipzig* (1936). que contenía un análisis de la situación de las leyes de compraventa en un marco de derecho comparado, fueron la base sobre la que se construyó la Convención, tal y como indica Ulrich Magnus, "The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law-Best of all Worlds," *J.Civ.L.Stud.* 3 (2010), p. 73., "The draft of 1935-36 already contained the basic structure of the later Convention. Many of the early provisions have survived and form part of the present CISG (...)". En relación con las cuestiones históricas ligadas al proceso de unificación recomendamos especialmente la lectura del completo estudio realizado por Parra-Aranguren, Gonzalo: «Legislación Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas)*, 1986, pp. 9 a 89.

<sup>20</sup> Ernst Rabel, "The Hague Conference on the Unification of Sales Law," *The American Journal of Comparative Law* (1952), 58-69. El texto y actas de las reuniones de la Conferencia Diplomática se puede encontrar en sus dos volúmenes en <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulis-1964/> y <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulfc-1964/>, *Actes et documents de la Conférence diplomatique sur L'Unification du Droit en matière de la vente Internationale, La Haye, 2 - 25 Avril 1964* (La Haye: Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye, 1966) Vol. I, p. 5.

<sup>21</sup> *Ibid.*, Vol. I, pp. 7-25.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Vol. I, pp. 26-79.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 81-177. Presentaron observaciones, además de la Cámara de Comercio Internacional, los estados de Alemania, Austria, Dinamarca, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 179-209. En las observaciones generales con las que comienza la Nota se justifica la falta de regulación de la prescripción, la necesidad de separar la Ley sobre ventas y la ley sobre Formación en base a los argumentos señalados en el Proyecto de 1956 (Ernst Rabel, *op. cit. supra* nota 20, pp. 29-30), y se justifica también su gran extensión en base al argumento de que se inspira en instituciones que en ciertos países serán extrañas a los tribunales que deban aplicarlas, por lo que deben detallarse lo máximo posible. Para un estudio detallado de los proyectos, Borysewicz, "Convention et projets de Convention sur le

estas recomendaciones, se redactó un nuevo borrador de Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales<sup>25</sup>, que fue enviado al Gobierno holandés al mismo tiempo que la propuesta de reunir en el tiempo más breve posible una Conferencia Diplomática.

Mientras y paralelamente, en 1958, una Comisión del UNIDROIT había elaborado un proyecto de ley uniforme sobre la Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Objetos Muebles Corporales<sup>26</sup> que junto con el informe explicativo<sup>27</sup> fue remitido al Gobierno holandés que, a su vez y de forma idéntica al otro proyecto, los remitió a los gobiernos interesados y a la Cámara de Comercio Internacional<sup>28</sup>. Sin embargo, esta vez y a diferencia del otro proyecto, sus observaciones no pudieron ser estudiadas por la Comisión redactora del Proyecto, pero la Secretaría de UNIDROIT, con la ayuda del Profesor André Tunc, elaboró una Nota a modo de documento preparatorio de la futura Conferencia<sup>29</sup>.

Dada la favorable acogida a los borradores, el Gobierno de Holanda convocó entre los días 2 y 25 de abril de 1964 una Conferencia Diplomática en La Haya para su aprobación. A dicha Conferencia acudieron 28 países junto a otros cuatro como observadores, así como seis organizaciones internacionales. En la primera sesión plenaria de la Conferencia se repartió el trabajo en cinco comisiones: la Comisión sobre el Proyecto de Ley Uniforme en materia de venta internacional, la Comisión sobre el Proyecto de ley Uniforme en materia de formación de los contratos de venta internacional, la Comisión para la verificación de los poderes, la Comisión de Redacción y la Comisión de Coordinación.

El Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de venta internacional tuvo como material de partida, además de todos los trabajos y observaciones previas antes mencionados, una serie de observaciones de la Cámara de Comercio Internacional y de varios países antes y durante la Conferencia, que fueron compiladas junto con los informes del Grupo de Trabajo<sup>30</sup>. Su trabajo dio como

---

vente Internationale de marchandises," in *Les ventes internationales de marchandises* (París: Económica, 1981), pp. 16-61.

<sup>25</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 213-231.

<sup>26</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 421-423.

<sup>27</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 424-432.

<sup>28</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 435-469.

<sup>29</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 473-486.

<sup>30</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 235-373. De nuevo merece destacarse las observaciones generales de esta compilación que descartan la realización de leyes uniformes regionales sobre compraventa internacional, justifican la omisión de la regulación de la propiedad y otros conceptos abstractos, explican la inclusión de reglas sobre "*délivrance*" y resolución, así como el sentido que se pretende dar a estos términos, y proponen la conveniencia de unificar el proyecto de

resultado un texto<sup>31</sup> redactado por la Comisión de Redacción y sometido a la Conferencia en sesión plenaria, donde se aprobaron algunas enmiendas<sup>32</sup> que dieron lugar al texto final<sup>33</sup>.

Por su parte, el Proyecto sobre formación tuvo un transcurrir similar. Su Grupo de Trabajo partió de los trabajos y observaciones previas además de las observaciones de la Cámara de Comercio Internacional y de varios países antes y durante la Conferencia, pero en este caso se les unió las observaciones del juez Algot Bagge, (antiguo Presidente del Comité de UNIDROIT redactor del Proyecto de 1958). Todo este material fue compilado junto con los informes del Grupo de Trabajo sobre Formación<sup>34</sup>. La actividad del Grupo de Trabajo concluyó con la redacción de un Texto de Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de venta internacional de objetos mobiliarios corporales<sup>35</sup>, redactado por la Comisión de Redacción y sometido a la Conferencia en sesión plenaria, donde fueron aprobadas algunas enmiendas<sup>36</sup> que dieron lugar al texto final<sup>37</sup>.

De este modo, los dos instrumentos aprobados son la Ley uniforme sobre compraventa internacional de mercancías – conocida como «LUCI»<sup>38</sup>- y la llamada Ley uniforme sobre formación del contrato de compraventa internacional

---

Venta con el de Formación. Es de destacar también la única enmienda presentada por la delegación española (defendida por Olivencia-Ruiz) que propuso que el concepto de "délivrance" fuera el de puesta a disposición de la cosa, como se recogía en el Proyecto de 1939 -y que coincide con el concepto de entrega del Código de Comercio español- en vez de la problemática definición que se recogió en el Proyecto de 1956 y en la Ley Uniforme de 1964 consistente en "délivrance consiste dans la remise d'une chose". Este concepto fundamental de "entrega" fue objeto inicial de discusión en los trabajos iniciales de redacción de CISG tanto de la Comisión como de su Grupo de Trabajo ("Working Group", de ahí que los documentos sobre sus trabajos empiecen por la abreviatura "WG") sobre la compraventa internacional de mercaderías, pidiéndose al Secretario General un informe sobre la cuestión, vide Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. III: (New York: Naciones Unidas, 1973), pp. 37 a 49, Documento A/CN.9/SER.A/1972 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1972a\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1972a_s.pdf)

<sup>31</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 377-394.

<sup>32</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 397-417.

<sup>33</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 333-348.

<sup>34</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 487-507.

<sup>35</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 509-513.

<sup>36</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 515-518.

<sup>37</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 349-354.

<sup>38</sup> Conocida comúnmente por su acrónimo en inglés, "ULIS", de *Uniform Law in the International Sale of Goods*, vide <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulis-1964/>

de mercancías – conocida como «LUFC»<sup>39</sup>. Tras los Textos aparece un comentario oficioso de André Tunc de gran importancia para su correcta interpretación<sup>40</sup>.

Ambos Convenios entraron en vigor el 18 de agosto de 1972 y fueron ratificados por Bélgica, Gambia, República Federal Alemana, Israel, Italia, Luxemburgo, Holanda, San Marino, Israel y Gran Bretaña (que manifestó una extraña reserva por la que sería sólo efectiva por acuerdo entre las partes). Su pobre aceptación fue debida a que ambas Leyes Uniformes fueron percibidos por los países en desarrollo como demasiado eurocentristas en su redacción técnica, habiendo tenido poca o nula participación en su negociación y tendentes a favorecer a los vendedores de productos manufacturados de los países industrializados a costa de los compradores en los países en desarrollo<sup>41</sup>.

Un aspecto que destacar con relación a estos convenios es que, tal y como señala Martínez Cañellas “*Prácticamente toda la jurisprudencia que versa sobre estas leyes uniformes es alemana y, en menor medida, holandesa, belga, italiana y de Israel. Ello explica que la doctrina y jurisprudencia alemanas sean las más abundantes en los primeros momentos de aplicación de la Convención de Viena ...*”<sup>42</sup>. No obstante, hoy en día el mayor mérito que se le concede a estas dos convenciones internacionales de la Haya es haber sido la base sobre la que se construyó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

En la actualidad, y dada la necesidad de denunciarlas previamente para poder ratificar la Convención de Viena<sup>43</sup>, estos Convenios carecen prácticamente de vigencia excepto en el muy notable caso del Reino Unido donde siguen en vigor<sup>44</sup>. Las razones del Reino Unido para no haber dado el paso de adherirse a

---

<sup>39</sup> Conocida comúnmente por su acrónimo en inglés, “ULFC”, de *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, vide <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulfc-1964/>

<sup>40</sup> *Ibid.*, Vol. II, pp. 357-381, el mismo se puede encontrar en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/ulis-ulfc-explanatoryreport-e.pdf>

<sup>41</sup> Date-Bah, "Problems of Unification of International Sales Law from the Standpoint of Developing Countries," in *Problems of Unification of International Sales Law: Working Papers Submitted to the Colloquium of the . . . , Potsdam [German Democratic Republic], August [21-24], 1979* (New York: Oceana Publications, 1980), pp. 43-44.

<sup>42</sup> Anselmo Martínez Cañellas, *La Interpretación Y La Integración De La Convención De Viena Sobre La Compraventa Internacional De Mercaderías, De 11 De Abril De 1980* Comares, 2004), p. 76.

<sup>43</sup> Artículo 99.3 *et seq.* de la Convención.

<sup>44</sup> Ambas Convenciones a través de la *Uniform Laws on International Sales Act 1967*.

la Convención son variadas<sup>45</sup> y, entre ellas, una muy relevante es evitar la pérdida de un lucrativo negocio legal para la economía inglesa y el papel de la City en el mundo de los negocios internacionales ya que, siendo la inglesa una jurisdicción de referencia en la elección de legislación aplicable en los contratos comerciales internacionales (no sólo de compraventa de bienes, sino también del sector financiero y de seguros), la adhesión podía poner en peligro el papel de Londres como plaza de referencia en el mundo financiero y, en particular, en el arbitraje y litigación internacionales. De ahí que una posible adhesión haya contado siempre con la oposición de un buen número de grandes e influyentes organizaciones (no sorprendentemente entre ellas la *Law Society of England and Wales* o la *Commercial Bar Association*) y, consecuentemente, haya carecido de prioridad legislativa para sus sucesivos gobiernos.

### 1.3 Génesis de UNCITRAL. Contexto Histórico.

#### 1.3.1 La Coexistencia Pacífica y el proceso descolonizador

Tras la muerte de Stalin, la llegada de Nikita Krushev al poder en la U.R.S.S.<sup>46</sup> supuso el comienzo de una era de “*coexistencia pacífica*”<sup>47</sup> entre las dos superpotencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, EE.UU. y la U.R.S.S., que habían mantenido una tensa guerra fría desde la derrota de los países del Eje<sup>48</sup>.

Dentro de ese nuevo espíritu en las relaciones internacionales hay que encuadrar los avances en el proceso de descolonización que, aunque iniciado de forma moderna en las primeras décadas del siglo (Egipto, Iraq, Siria, Líbano), su auge comenzó en 1945 al terminar la Segunda Guerra Mundial, se desarrolló

---

<sup>45</sup> Sally Moss. "The Why the United Kingdom has Not Ratified the CISG," *JL & Com.* 25 (2005), p. 483.

<sup>46</sup> Nikita Jrushchov (en castellano habitualmente denominado “Khrushchev”, “Krushev” o “Jrushchov”), fue primer secretario del Partido Comunista de la Unión Soviética y el presidente del Consejo de Ministros soviético entre los años 1953 y 1964.

<sup>47</sup> El origen de esta teoría se remonta a 1955, cuando Jrushchov inició el proceso de desestalinización de la URSS, y establecía que, durante un período, habrían de convivir países capitalistas con países comunistas por lo que, para evitar una guerra mundial, era necesario mantener la «*coexistencia pacífica [que] presupone la renuncia a la guerra como medio de resolver las disputas internacionales*». Mark Moisevich Rosental and Pavel Fedorovich Iudin, *Diccionario Filosófico* (Montevideo: Ediciones Pueblos Unidos, 1965).

<sup>48</sup> Las potencias del Eje (Roma-Berlín-Tokio) formaban el bando beligerante que se enfrentó a los Aliados en la Segunda Guerra Mundial y estaba formado por la Italia fascista, la Alemania nazi y el Imperio Japonés que firmaron el Pacto Tripartito el 27 de septiembre de 1940 (junto a otros países que se unieron después, como Rumania, Bulgaria o Hungría)

en la década de 1950 (fundamentalmente en Asia<sup>49</sup>), y tuvo su momento culminante con la Resolución 1514 (XV) sobre descolonización adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1960<sup>50</sup>.

Pero esa nueva realidad internacional necesita, como siempre desde los inicios de la civilización, de normas jurídicas que la amparen, de ahí que la delegación checa en la ONU solicitase en 1961, dentro de las actividades jurídicas de la Asamblea, el traducir la política de coexistencia pacífica en normas jurídicas. Después de diferentes reuniones se llegó a un acuerdo en forma de Resolución en el que se fija como futura tarea codificadora de la ONU el "*Examen de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*"<sup>51</sup>.

Sin embargo, poco después, en 1962, el mundo asiste aterrorizado a la crisis de octubre de los misiles de Cuba donde ambas superpotencias juegan una partida de ajedrez con misiles nucleares como alfiles. Paradójicamente, y consecuencia de que ambas superpotencias tomaran conciencia de lo cerca que habían estado de un holocausto nuclear, la crisis lleva a un entendimiento entre ambos países en relación con el desarme nuclear que culmina con el tratado de Moscú de 5 agosto de 1963<sup>52</sup> y que alude a un ambicioso plan de tareas de cooperación a realizar.

Con todo, y fruto del espíritu inflamable de la época, el año 1964 fue un año de graves problemas internacionales entre los que destaca el agravamiento de la situación en Vietnam (la infiltración de fuerzas del Vietcong en Vietnam del Sur llevó a una mayor implicación en el conflicto por parte de EE.UU. como

---

<sup>49</sup> No es casualidad que allí tuviese lugar en 1955 la Conferencia de Bandung que dio lugar al Movimiento de Países No Alineados; para un estudio de esa Conferencia en detalle que refleja la época ver por todos Carmen Martín de la Escalera, "La Conferencia de Bandung, sus Conclusiones y su posible alcance," *Revista De Política Internacional*, no. 22 (1955), pp. 93-103.

<sup>50</sup> Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General "*Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales*", Documento A/RES/1514 (XV) (14 de diciembre de 1960) disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1514\(XV\)](https://undocs.org/es/A/RES/1514(XV))

<sup>51</sup> Resolución 1686 (XVI) de la Asamblea General "*Labor futura en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional*", Documento A/RES/1686 (XVI) (18 de diciembre de 1961) disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1686\(XVI\)](https://undocs.org/es/A/RES/1686(XVI))

<sup>52</sup> Tratado de prohibición de ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo el agua, usualmente abreviado como "Tratado de prohibición parcial de ensayos nucleares" (TPPEN), "Tratado de limitación de pruebas" (TLDP), o "Tratado de prohibición de pruebas nucleares" (TPPN).

consecuencia de la Doctrina Truman<sup>53</sup> y la denominada “Teoría del dominó”<sup>54</sup>), lo que llevó a que la Asamblea General de Naciones Unidas prácticamente viese reducidos a nada sus trabajos.

Como parte de esa situación de inestabilidad global y de la necesidad de buscar el desarrollo de las nuevas naciones, surge la idea de concebir un nuevo derecho del comercio internacional que las ayude en esa tarea. Estos países, que estaban escasamente industrializados, dependían fuertemente de las exportaciones de materias primas y de las relaciones económicas con sus antiguas metrópolis. Es decir, se trataba de países que dependían en su desarrollo de variables sobre las que no tenían ningún control. En ese momento histórico, aproximadamente tres cuartos partes de la humanidad vivía en los países subdesarrollados en los que existían “*condiciones de vida incompatibles con la dignidad humana y con los progresos técnicos logrados en el mundo moderno*”<sup>55</sup>.

No obstante, la ONU estaba mal dotada para poder desarrollar esa tarea tan ambiciosa porque el Consejo Económico y Social (ECOSOC por su siglas en inglés)<sup>56</sup>, aunque contaba con diversas Comisiones económicas regionales, era sentido por los países como insuficiente<sup>57</sup> por lo que se convocó en la primavera

---

<sup>53</sup> Su denominación se debe al presidente de los Estados Unidos de América Harry S. Truman (1945-1953), quien la formuló en su comparecencia ante el Congreso de los Estados Unidos el 12 de marzo de 1947: “*Creo que debemos ayudar a los pueblos a forjar su propio destino [...]. Cada nación debe escoger entre dos modos de vida opuestos. [...] Uno reposa sobre la voluntad de la mayoría y se caracteriza por sus instituciones libres, por un gobierno representativo, por elecciones libres, por la garantía del mantenimiento de las libertades individuales y por la ausencia de cualquier opresión política [...]. El otro reposa sobre la voluntad de una minoría impuesta por la fuerza a la mayoría. Se apoya en el terror y en la opresión, tiene una prensa y una radio controladas, unas elecciones truncadas y la supresión de las libertades personales.*”

<sup>54</sup> Se suele atribuir al general (y luego presidente de EE.UU. Dwight David Eisenhower) esta teoría según la cual, si un país entra en un determinado sistema político, arrastraría a otros de su área hacia esa misma ideología.

<sup>55</sup> Acta Final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo Ginebra de 1964, Documento E./CONF.46/141, Vol. I, Anexo A. VI.5, p. 64 (Ginebra 16 de junio de 1964), disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL3/159/09/pdf/NL315909.pdf?OpenElement>

<sup>56</sup> El ECOSOC (“*Economic and Social Council*”) asiste a la Asamblea General para promover la cooperación y desarrollo económico, social e internacional. Tuvo un papel relevante en los orígenes de UNCITRAL ya que fue quien aprobó el programa provisional elaborado por la Comisión preparatoria por medio de la Resolución 963 (XXXVI), señalando, además, el lugar de celebración de la conferencia y su duración.

<sup>57</sup> El 8 de diciembre de 1962, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por 91 votos contra cero y una abstención un proyecto de resolución presentada por 35 naciones para llevar a cabo una Conferencia sobre Comercio y Desarrollo, convocada por el Consejo Económico y Social, Resolución 1785 (XVII) de la Asamblea General “*Conferencia de las*

de 1964 una conferencia en Ginebra<sup>58</sup> que habría de dar lugar a una nueva organización de la ONU, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés)<sup>59</sup>. Su objetivo era el de promover el comercio de los países en desarrollo, estabilizar los precios de sus exportaciones y eliminar las barreras de entrada a los países industriales<sup>60</sup>. Entre sus fines no estaba albergar negociaciones sino servir de cauce a propuestas que se transmitirán posteriormente a otros organismos.

De este modo, en la Conferencia de Ginebra los países impulsores de la coexistencia pacífica y los países subdesarrollados consiguieron su propósito político, esto es, crear una nueva organización internacional enfocada al desarrollo bajo el paraguas de la ONU, pero desligada del ECOSOC, de manera que fuese autónoma debiendo rendir cuentas de sus trabajos sólo a la Asamblea General<sup>61</sup>. De igual manera, se consiguió aprobar una serie de Principios Generales, algunos de ellas de especial relevancia para el derecho del comercio

---

*Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*", Documento A/RES/1785 (XVII) (8 de diciembre de 1962) disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1785\(XVII\)](https://undocs.org/es/A/RES/1785(XVII))

<sup>58</sup> Para entender los resultados y ver un buen resumen de esta Conferencia de Comercio y Desarrollo celebrada en Ginebra del 23 de marzo al 16 de junio de 1964, ver Henryk Gall, "Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo," *Foro Internacional* 5, no. 1 (17 (1964), 99-129 y José Villa Rodríguez, "Comercio y Desarrollo: La Conferencia de Ginebra," *Revista de Economía Política (Madrid)*, no. 41 (Sep 1, 1965), 82-102.

<sup>59</sup> La "*United Nations Conference on Trade and Development*" fue creada en 1964 para asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo, y es el principal órgano de la Asamblea General de la ONU. Los objetivos de la organización son «*Apoyamos a los países en desarrollo para que accedan a los beneficios de una economía globalizada de forma más justa y eficaz. Y les ayudamos a prepararse para hacer frente a los posibles inconvenientes de una mayor integración económica. Para ello, proporcionamos análisis, facilitamos la creación de consenso y ofrecemos asistencia técnica. Esto les ayuda a utilizar el comercio, la inversión, las finanzas y la tecnología como vehículos para un desarrollo inclusivo y sostenible.*» (extraído de su página web <https://unctad.org/es/node/18>)

<sup>60</sup> Esta Conferencia tuvo como antecedentes la Resolución 1707 (XVI) de la Asamblea General "El Comercio internacional como principal instrumento para el desarrollo económico," Documento A/RES/1707 (XVI) (19 de diciembre de 1961) disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1707\(XVI\)](https://undocs.org/es/A/RES/1707(XVI)) y Resolución 1710 (XVI) de la Asamblea General "Programa de cooperación económica internacional", Documento A/RES/1710 (XVI) (19 de diciembre de 1961) disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1710\(XVI\)](https://undocs.org/es/A/RES/1710(XVI)); así como la Declaración de la Conferencia de El Cairo de 1962 sobre los problemas del desarrollo económico y de la que la Asamblea General tomó "nota con agrado" en su resolución 1820 (XVII) "Declaración de El Cairo de los países en vías de desarrollo", Documento A/RES/1710 (XVI) (18 de diciembre de 1962) disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1820\(XVII\)](https://undocs.org/es/A/RES/1820(XVII))

<sup>61</sup> Dado los desafíos generados, la Conferencia se institucionalizó mediante la Resolución 1995 (XIX) de la Asamblea General "*Establecimiento de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo como órgano de la Asamblea General*" para que se reuniese cada cuatro años, estableciendo un secretariado permanente con sede en Ginebra (también cuenta con oficinas en Nueva York y en Adís Abeba), disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/1995\(XIX\)](https://undocs.org/es/A/RES/1995(XIX))

internacional<sup>62</sup> ya que suponen un giro en la política comercial liberal heredada del S. XIX al enfocarse en la búsqueda de un bien común por encima de las prácticas comerciales nacionales y que tiene como objetivo que el comercio facilite las relaciones de paz y desarrollo de los pueblos<sup>63</sup>.

De este modo, la UNCTAD nació siendo consciente del papel fundamental del Derecho en el desarrollo económico de las nuevas naciones a través del comercio, y más en concreto del derecho internacional privado, y fue en este ambiente en el que la delegación de Hungría presentó<sup>64</sup>, mediante una nota verbal el 8 de septiembre de 1964 ante la XIX sesión de la AG, una propuesta “*sobre el desarrollo del Derecho internacional privado para promover el Comercio Internacional*”<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> El Principio Cuarto dice “*El desarrollo económico y el progreso social debe ser preocupación común de la comunidad internacional, que debe, mediante el aumento de la prosperidad económica, y el bienestar, ayudar a fortalecer las relaciones pacíficas y la cooperación entre las naciones...*”; y el Principio Sexto establece que “*El comercio internacional es uno de los factores más importantes del desarrollo económico. Debe ser gobernado por reglas que sean congruentes con la obtención del progreso social y económico y no debe ser obstaculizado por medidas que le sean incompatibles ...*”

<sup>63</sup> Era admitido comúnmente en la época que el régimen vigente del comercio internacional era anacrónico al estar basado en realidades pasadas, propias del S. XIX, *vide per omnia*, Philippe Kahn, *La Vente Commerciale Internationale*, Vol. T. 4 (Paris: Sirey, 1961). O John Honnold, “A Uniform Law for International Sales,” *University of Pennsylvania Law Review* 107, no. 3 (1959), pp. 299-330, que recordaban que los derechos codificados fueron formulados en su mayoría antes de las modernas prácticas mercantiles y por lo tanto las ignoran y, en muchos casos, las contradicen abiertamente. La razón última es que estaban pensados para ventas en plaza y no recogen las prácticas internacionales de venta que implican un transporte, un seguro y el clásico problema legal de transmisión del riesgo por el deterioro o pérdida de la cosa. Un caso paradigmático es nuestro vigente Código de Comercio que data de 1885 y, aunque modificado en diversos aspectos, en esta particular regulación sigue manteniendo su redacción original.

<sup>64</sup> Es importante no olvidar aquí que en aquel momento todos los países tenían reciente las aportaciones que la Comisión Económica para Europa, CEPE (UNECE o ECE en inglés) había hecho al derecho comercio internacional (impulso del arbitraje, régimen de transporte, condiciones generales de contratos, sistema de pagos bancarios, ...). Vide en este sentido Lazare Kopelmanas and Georges Fischer, “La Codification Des Coutumes Du Commerce International Dans Le Cadre Des Commissions Régionales Économiques Des Nations Unies,” *Annuaire Français De Droit International* 1, no. 1 (1955), 370-375., el Informe del Secretario General sobre el “*desarrollo progresivo del Derecho Comercial Internacional*” (A/6396 de 23 de septiembre de 1966) o Clive M. Schmitthoff, *The Sources of the Law of International Trade: With Special References to East-West Trade*, 1964), xxvi+292.

<sup>65</sup> Nota verbal de 8 septiembre de 1964 del Representante Permanente de Hungría ante las Naciones Unidas dirigida al Secretario General Documento A/5728 (9 de septiembre de 1964) “*Consideration of steps to be taken for progressive development in the field of private international law with a particular view to promoting international trade*”, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N64/186/39/pdf/N6418639.pdf?OpenElement>

### 1.3.2 Del memorándum húngaro a la Resolución 2102 (XX)

La propuesta húngara fue debatida en la XX sesión y el 13 de julio de 1965 se registraba en la Asamblea General una documentación en la que, de manera adicional al programa previsto en la XXI sesión, se solicitaba “*el examen de las medidas que se deberán adoptar para impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado y, en particular, para fomentar el comercio internacional*”<sup>66</sup>.

Como se deduce de su desarrollo histórico, la propuesta tiene una clara intencionalidad política auspiciada por los acontecimientos de la época y tiene también su correlación jurídica a través del uso del derecho internacional privado, aunque no cabe entender este en el sentido que se le daba en esa época (más orientado al instrumento del conflicto de leyes) sino ya pensando en una cierta *internacionalización* del mismo en el sentido que lo entendemos hoy como parte de una reglamentación supranacional de las relaciones jurídico-privadas. Esto es lo que se ha entendido de la frase “*desarrollo progresivo del Derecho Internacional Privado*”, es decir, del derecho privado encargado del comercio internacional o, en otras palabras, del contrato de compraventa internacional de mercancías o de la formación de dichos contratos, sus dos elementos esenciales.

Adicionalmente, la delegación húngara se esforzó en probar que la ONU era competente técnicamente para desarrollar este trabajo<sup>67</sup> que supone un esfuerzo a escala global para alcanzar ese objetivo último del desarrollo de las naciones.

En las sesiones de debate se analizó, una vez confirmada la competencia de la ONU para tratar del tema, la conveniencia de redactar un informe sobre el tema para lo que se barajaron diferentes posibilidades de organismos internacionales (UNIDROIT de Roma, Conferencia de Derecho Internacional Privado de La

---

<sup>66</sup> Nota verbal de 9 de julio de 1965 del Representante Permanente de Hungría ante las Naciones Unidas dirigida al Secretario General Documento A/5933 (13 de julio de 1965) “*Consideration of steps to be taken for progressive development in the field of private international law with a particular view to promoting international trade*”, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N65/170/75/pdf/N6517075.pdf?OpenElement>

<sup>67</sup> Aduce el párrafo 1º del artículo 13 de la Carta (*vide supra* nota 55) “*La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación*” y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, creada en 1947 mediante Resolución 174 (II) de la Asamblea General “*Establecimiento de una comisión de derecho internacional*”, Documento A/RES/174(II) (21 de noviembre de 1947) disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/041/12/pdf/NR004112.pdf?OpenElement> que, aunque orientados en aquel momento hacia el Derecho Internacional Público, podían incluir el ámbito privado ya que el artículo 1 apartado 2º de su estatuto dice “*sin que esto le impida abordar el campo del Derecho Internacional Privado*”.

Haya) pero finalmente se optó por encargar al Secretario General<sup>68</sup> la emisión de un informe que sirviese de base para su discusión en la XXI sesión de la Asamblea General.

### 1.3.3 Del Informe del Secretario General a la Resolución 2205 (XXI)

El Secretario General encargó al reconocido profesor Schmitthoff<sup>69</sup> la elaboración de un estudio preliminar sobre el que realizó un proyecto de informe que fue remitido a diversos expertos para que hicieran sus observaciones.

El Informe definitivo titulado “*Desarrollo progresivo del derecho comercial internacional*” consta de una introducción y cuatro apartados. En el primero, se define el concepto de derecho comercial internacional y se hacen unas definiciones positivas<sup>70</sup> y otras negativas<sup>71</sup> en cuanto al contenido del mismo. En esencia, se define así un derecho en el que lo importante es la materia tratada y no la condición de los sujetos. Adicionalmente, muestra las técnicas usadas para resolver los conflictos y divergencias entre las leyes de diferentes estados en materia de comercio internacional.

En el segundo apartado se hace un resumen histórico de los trabajos realizados en el ámbito de la unificación y armonización del derecho comercial internacional basados en dos técnicas principales y otra que es variante de la primera. La primera técnica sería el derecho convencional, los tratados y acuerdos internacionales. La segunda serían las Leyes Tipo y las Leyes Uniformes. Y la tercera variante sería la “*formulación, normalmente bajo los auspicios de una institución internacional, de costumbres y prácticas comerciales fundadas en los usos de la comunidad comercial internacional*”.

---

<sup>68</sup> Resolución 2102 (XX) de la Asamblea General “*Examen de las medidas que se deberán adoptar para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional privado con miras, en particular, a fomentar el comercio internacional*”, Documento A/RES/2102 (XX) (20 de diciembre de 1965) disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/2102\(XX\)](https://undocs.org/es/A/RES/2102(XX))

<sup>69</sup> Clive Maximilian Schmitthoff (1903-1990) fue un reputado profesor germano-inglés de Derecho Internacional Privado y autor de numerosas monografías sobre el tema. *Vide* “Report of the Secretary-General” Documento A/6396 (23 de septiembre de 1966) “*Progressive Development of the law of International Trade*” disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N66/236/22/pdf/N6623622.pdf?OpenElement>

<sup>70</sup> La venta internacional de mercaderías, los instrumentos negociables y créditos bancarios comerciales, leyes que regulan actividades comerciales relativas al comercio internacional, seguros, transportes, propiedad intelectual e intelectual, arbitraje comercial.

<sup>71</sup> Aquellas materias que quedan incluidas en el derecho público: tratados de comercio, acuerdos internacionales sobre productos básicos.

En el tercer apartado se hace un análisis de los métodos utilizados para esa armonización y se hacen sugerencias de las materias que podrían ser objeto de una armonización y unificación. Se dice que la unificación no es un fin en sí mismo sino un medio para conseguir un mayor desarrollo del comercio internacional. No se hace una lista de prioridades, pero sí se hace referencia a las materias comentadas en positivo en el capítulo primero<sup>72</sup>.

En el cuarto apartado se hace un repaso de los resultados obtenidos y de los obstáculos encontrados, con sugerencias para superarlos para alcanzar las metas propuestas. Se parte de una situación insatisfactoria fruto de diferentes circunstancias (carácter fragmentario de lo realizado, ámbito occidental, falta de coordinación, ausencia del punto de vista de los nuevos países). Para poner remedio a esa situación, se revisa la posibilidad de que sea la ONU la que realice el trabajo y se estudia su competencia (con las mismas razones expuestas en la nota húngara), y se concluye con un estudio sobre la posibilidad de crear una Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>73</sup> indicando cuáles podrían ser sus funciones, composición y atribuciones y relación con otros órganos y situación dentro del esquema orgánico del Secretariado de la ONU.

Este Informe fue debatido vivamente durante ocho sesiones de la XXI sesión de la Asamblea General y finalmente se llegó a la aprobación de la Resolución 2205 de 17 de diciembre de 1966<sup>74</sup> relativa al "*Establecimiento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*".

Esta Resolución recoge en su preámbulo afirmaciones propias del contexto en el que nació<sup>75</sup>, obliga a tener en cuenta debidamente representados a representantes de los principales sistemas jurídicos y económicos del mundo<sup>76</sup>,

---

<sup>72</sup> *Vide supra* nota 70.

<sup>73</sup> Más comúnmente conocida por su abreviatura en inglés, UNCITRAL, *vide supra* nota 2.

<sup>74</sup> Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General "*Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*" Documento A/RES/2205 (XXI) (17 de diciembre de 1966) disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/es/A/RES/2205(XXI))

<sup>75</sup> "*Considerando que la cooperación entre los estados en la esfera del comercio internacional es un importante factor para promover las relaciones de amistad y, por tanto, para el mantenimiento de la paz y la seguridad*", "*Ratificando su creencia de que el interés de todos los pueblos, y en particular el de los países en desarrollo, exige que se mejoren las condiciones que favorezcan el amplio desarrollo del comercio internacional*".

<sup>76</sup> *Ibid.*, Resolución 2205 (XXI), Artículo 1. Se compuso inicialmente de 36 países de diferentes regiones: África (9), Asia (7), Latinoamérica (6), Europa del Este (6) y Europa Occidental y otros (9). Actualmente, los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años, y los mandatos de la mitad de los miembros expiran cada tres años. Sus miembros actuales pueden ser verificados en [https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate\\_composition](https://uncitral.un.org/en/about/faq/mandate_composition)

establece una mecánica de trabajo<sup>77</sup>, y la posibilidad de establecer consultas con cualquier institución científica o experto<sup>78</sup> así como con organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales al objeto de conseguir "*la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional*"<sup>79</sup>, así como promover "*la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes*"<sup>80</sup>.

De este modo, desde su constitución UNCITRAL ha trabajado en conseguir sus fines a través de la preparación y promoción de instrumentos legislativos y no legislativos como convenciones internacionales, leyes modelo, leyes uniformes, cláusulas modelo, etc. en áreas como la resolución de controversias, prácticas contractuales internacionales, transporte, insolvencia, comercio electrónico, o pagos internacionales. Los instrumentos preparados por UNCITRAL han sido aceptados de forma generalizada en virtud de que ofrecen soluciones apropiadas para las diferentes tradiciones legales y para los distintos países que las conforman, independientemente de su desarrollo jurídico<sup>81</sup>.

Adicionalmente, una parte muy importante de su mandato es la coordinación de los trabajos jurídicos de otras organizaciones que también participan en el desarrollo del derecho comercial internacional, entre ellas, la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, UNIDROIT, el Comité Marítimo Internacional (CMI), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Banco Mundial, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) o la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Y, entre los instrumentos desarrollados por UNCITRAL, sin duda el más importante e influyente es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que ha influido de manera importante sobre otros instrumentos de contratación internacional e incluso sobre diferentes legislaciones tanto a nivel nacional como internacional.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, Resolución 2205 (XXI), Artículo 10.

<sup>78</sup> *Ibid.*, Resolución 2205 (XXI), Artículo 11.

<sup>79</sup> *Ibid.*, Resolución 2205 (XXI), Artículo 12.

<sup>80</sup> *Ibid.*, Resolución 2205 (XXI), Artículo 8.c).

<sup>81</sup> Para consultar todos los textos adoptados por UNCITRAL, vide [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html)

### 1.3.4 El Grupo de Trabajo y su papel en la redacción de los borradores previos.

La primera medida que adoptó UNCITRAL fue solicitar al Secretario General de la ONU que transmitiese los textos de la LUCI y la LUFC a todos los países miembros de Naciones Unidas para que se pronunciasen sobre si se iban a adherir a los mismos o no y las razones de su decisión, ya que se quería averiguar las causas que habían llevado a su "fracaso" por la escasa aceptación que había tenido en la comunidad internacional, especialmente entre los países menos desarrollados<sup>82</sup>.

Las respuestas recibidas dejaron claro que ambas convenciones eran percibidas como demasiado europeo-occidentales en su concepción<sup>83</sup> y, a partir de ahí, UNIDROIT se dispuso a colaborar con UNCITRAL en la elaboración del texto de Convención que partió de las dos convenciones de La Haya con lo que, se puede en cierta forma decir, que una gran parte de las disposiciones de la Convención son en esencia el fruto de una labor de depuración, perfección y pulido de su normativa.

Por ello, en su segunda sesión de fecha 26 de marzo de 1969 se creó un nuevo Grupo de Trabajo<sup>84</sup> formado por catorce miembros de países de sistemas

---

<sup>82</sup> Se trataba de averiguar "cómo podrían modificarse los textos presentes, a fin de hacerlos más aptos para su mayor aceptación por países de diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, o si será necesario un nuevo texto con tal fin". Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. I: (New York: Naciones Unidas, 1968-1970), p. 105, Documento A/CN.9/SER.A/1970 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1968-70\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1968-70_s.pdf)

<sup>83</sup> Kazuaki Sono, *The Vienna Sales Convention: History and Perspective*, Sarcevic, Petar and Paul Voken ed., Vol. 1 (New York: Oceana Publications, 1986), p. 3.

<sup>84</sup> El Grupo de Trabajo estaba compuesto originalmente por los catorce miembros siguientes: Brasil, Estados Unidos de América, Francia, Ghana, Hungría, India, Irán, Japón, Kenia, México, Noruega, Reino Unido, Túnez y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, al frente del cual se nombró al insigne jurista mexicano Jorge Barrera Graf (1918-1992). Su labor debía consistir en "a) Examinar los comentarios y sugerencias de los Estados, analizados en los documentos que ha de preparar el Secretario General, de conformidad con los anteriores párrafos 1 y 2, para ver cómo podrían modificarse los textos presentes, a fin de hacerlos más aptos para su mayor aceptación por países de diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, o si será necesario elaborar un nuevo texto con tal fin, o qué otras medidas podrían tomarse para promover la armonización o unificación del derecho sobre la venta internacional de bienes; b) Examinar la mejor forma de preparar y patrocinar un texto susceptible de aceptación más general tomando también en consideración la posibilidad de saber si los Estados estarían dispuestos a participar en una conferencia; c) Presentar un informe sobre la marcha de los trabajos a la Comisión en su tercer periodo de sesiones". Para ver detalles de este Grupo de Trabajo, John Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations, and Decisions that Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations* (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989), p. 49 et ss.

legales, sociales y económicos diferentes con el objetivo de agilizar el trabajo y conseguir un texto que pudiese ser firmado por la mayor cantidad posible de países. Para ello, UNCITRAL invirtió diez años de trabajos que, siguiendo a Honnold<sup>85</sup>, pueden ser resumidos en tres épocas distintas y claramente diferenciadas:

- El Grupo de Trabajo (1970-1977) produjo dos borradores de Convención. Dedicó las primeras siete sesiones a la revisión de LUCI<sup>86</sup> y en 1976, en el séptimo período de sesiones en Ginebra, acabó su revisión con el denominado Borrador de 1976 relativo a la “Compraventa Internacional de Mercaderías”<sup>87</sup> (en adelante, el “Borrador de 1976”) y que establecía los derechos y obligaciones de las partes en relación con un contrato de compraventa, y seguido produjo, partiendo de LUFC, el denominado Borrador de 1977 relativo a la “Formación del Contrato de Compraventa”<sup>88</sup> (en adelante, el “Borrador de 1977”)
- La revisión por el pleno de la Comisión (1977-1978) de los trabajos del Grupo de Trabajo que, junto con los dos comentarios preparados por la Secretaría (uno a cada Borrador<sup>89</sup>), constituyó la base del Proyecto redactado y aprobado por la Comisión en 1977, y su combinación en un solo documento, el denominado Borrador de Convención de 1978 relativo al “Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”<sup>90</sup> (en adelante, el “Borrador de 1978”). Se transmitió después a la Asamblea General que, en la Resolución 33/93 de

---

<sup>85</sup> *Vide supra* nota 84, en p.2.

<sup>86</sup> En 1972 se centraron en un primer proyecto de reforma de los artículos 1-55 LUCI, en 1974 estudiaron una reforma total de LUCI, en 1975 discutieron las cuestiones que habían quedado sin resolver en la sesión anterior, discusiones que se completaron en Ginebra en 1976.

<sup>87</sup> Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. VII: 1976 (New York: Naciones Unidas, 1977), pp. 99-107, Documento A/CN.9/SER.A/1976 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1976\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1976_s.pdf)

<sup>88</sup> Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. VIII: 1977 (New York: Naciones Unidas, 1979), pp. 100-102, Documento A/CN.9/SER.A/1977 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1977\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1977_s.pdf)

<sup>89</sup> Respectivamente, (i) Comentario al proyecto de convención sobre la compraventa internacional de mercaderías (A/CN.9/116, anexo II), pp.107 a 160 en *vide supra* nota 87, e (ii) Informe del Secretario General: Comentario acerca del proyecto de Convención sobre la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías (A/CN.9/144, anexo II), pp. 117 a 130 en Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. IX: 1978 (New York: Naciones Unidas, 1980), Documento A/CN.9/SER.A/1978 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1978\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1978_s.pdf)

<sup>90</sup> *Ibid.*, pp. 15 a 23.

16 de diciembre de 1978<sup>91</sup>, decidió convocar una Asamblea plenipotenciaria para considerar el proyecto de Convención. Este Borrador de 1978 fue el que se llevó a estudio a la Conferencia de Viena.

- La Conferencia Diplomática de Viena de 1980, que revisó el Borrador de 1978 y le dio su forma final.

### 1.3.5 La Conferencia Diplomática de Viena<sup>92</sup>

La Conferencia Diplomática de las Naciones Unidas en materia de Contratos sobre Compraventa Internacional de Mercaderías tuvo lugar en el Neue Hofburg de Viena entre los días 10 de marzo y 11 de abril de 1980<sup>93</sup>. Acudieron 62 Estados y ocho Organizaciones Internacionales, entre ellos, el Banco Mundial, la Cámara de Comercio Internacional, o el Instituto UNIDROIT.

El trabajo principal fue encargado a dos Comités: un Primer Comité encargado de la redacción de la parte sustantiva del Convenio, y un Segundo Comité encargado de la preparación de las cláusulas finales, así como de la modificación por medio de un protocolo<sup>94</sup> de la Convención sobre prescripción de 1974. Adicionalmente había otros dos Comités, uno encargado de la redacción y otro de las credenciales. Por último, existía otro Comité de Dirección formado por los presidentes del Primer y Segundo Comités, el presidente la Conferencia y los 22 vice-presidentes de la Conferencia,

La división de responsabilidad permitió un trabajo simultáneo en diferentes partes de la Convención, estando representados en ambos Comités principales

---

<sup>91</sup> Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. X: 1979 (New York: Naciones Unidas, 1981), pp. 9-10, Documento A/CN.9/SER.A/1979 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1979\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1979_s.pdf)

<sup>92</sup> Documentos Oficiales de la Conferencia de Naciones las Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías fueron publicados con la signatura A/CONF.97/19. El texto completo de la Convención está disponible en español en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/a-conf-97-19-s.pdf>

<sup>93</sup> En esta fecha se aprobó también otro instrumento importante, un protocolo modificadorio de la Convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías de 1974.

<sup>94</sup> Honnold, *op. cit. supra* nota 84, en p.4. También pueden consultarse acerca de la historia de la CISG: Stefan Vogenauer and Stephen Weatherill, *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice* Bloomsbury Publishing, 2006), p. 6 et ss. e Ingeborg Schwenzer and Pascal Hachem, "The CISG—successes and Pitfalls," *The American Journal of Comparative Law* 57, no. 2 (2009), 457-478.

todos los países asistentes. De acuerdo con las reglas de procedimiento que fueron adoptadas en la primera sesión plenaria, las decisiones de estos comités de trabajo se tomaban por mayoría simple. De los votos de la Parte sustantiva (88 artículos de las Partes I-III), se aprobaron 74 artículos por unanimidad y sólo 8 recibieron dos votos negativos.

En la última semana de la Conferencia (del 7 al 11 de abril), los textos de los dos comités se presentaron y se votaron en Sesión Plenaria artículo por artículo y, de acuerdo con las reglas de procedimiento de la Conferencia, fueron aprobados por una mayoría de 2/3. Únicamente dos artículos no tuvieron la mayoría de dos tercios, por lo que se crearon grupos ad hoc para llegar a versiones de compromiso que fueron aprobadas por unanimidad<sup>95</sup>.

Posteriormente, en la votación final 42 países votaron a favor frente a 10 que se abstuvieron<sup>96</sup>.

Las deliberaciones de la Conferencia estuvieron en su mayor parte libres de influencias políticas a excepción del denominado "Grupo de los 77" formado por países en vías de desarrollo que trataron de proteger sus intereses. Los Estados socialistas celebraron sesiones conjuntas, mientras que los países industrializados occidentales y Japón buscaron de forma deliberada evitar ser vistos como un grupo. Como complemento a la Convención y dentro de los Documentos de la Conferencia se publicaron los "*Comentarios sobre el proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, preparados por la Secretaria*"<sup>97</sup>, que son fundamentales a la hora de interpretar el texto.

## 1.4 La Convención de Viena

### 1.4.1 Importancia de la Convención

Entró en vigor el 1 de enero de 1988 publicada en los seis idiomas oficiales (árabe, chino, español, francés, inglés y ruso) después de ser ratificado por 11

---

<sup>95</sup> Honnold, op. cit. *supra* nota 84, en p. 4. Los dos artículos que necesitaron ser reformulados son el artículo 73 bis (posterior artículo 78 relativo al pago de intereses) y el artículo 88 (posterior artículo 68 relativo a las ventas en tránsito).

<sup>96</sup> Birmania, China, Colombia, Irán, Kenia, Panamá, Perú, Tailandia, Turquía y Zaire.

<sup>97</sup> *Vide supra* nota 92. UNCITRAL, "*Comentarios sobre el proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*", Documento A/CONF.97/5, pp. 15-72, en adelante, "*Comentarios de la Secretaria*".

países<sup>98</sup> y a la fecha<sup>99</sup> ya lo han ratificado 95 países, siendo el último Turkmenistán el 4 de mayo de 2022<sup>100</sup>. España se adhirió el 24 de julio de 1990 y entró en vigor el 1 de agosto de 1991<sup>101</sup>. No cabe duda de que es una de las convenciones internacionales más exitosas<sup>102</sup>, tal y como demuestra el número de países que la han suscrito y ratificado, entre los que se encuentran los principales actores internacionales del comercio internacional<sup>103</sup>.

Desde su entrada en vigor el comercio internacional ha aumentado considerablemente. Según datos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el valor del comercio internacional de mercancías ha pasado de unos 4 billones de dólares en 1980 a aproximadamente 25 billones de dólares en 2022<sup>104</sup>, una vez superada la crisis global y disruptiva del comercio provocada por la pandemia del COVID-19.

---

<sup>98</sup> Argentina, China, Egipto, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesoto, Siria, Yugoslavia, y Zambia, con lo cual se cumplió la determinación de un mínimo de 10 ratificaciones establecida en su artículo 99 para la entrada en vigor. Este listado inicial ya da idea del primer gran éxito de la Convención, conseguir que se adhiriesen países de todas las regiones geográficas, etapas de desarrollo económico y de diferentes sistemas jurídicos y culturales.

<sup>99</sup> 23 de julio de 2023.

<sup>100</sup> Para ver un listado actualizado de países y fechas, [https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status). Además del Reino Unido, hoy en día las ausencias más llamativas son las de India e Irlanda, no por casualidad países muy ligados a la tradición legal inglesa.

<sup>101</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 11 de abril de 1980. Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XI: (New York: Naciones Unidas, 1980), pp. 159-173, Documento A/CN.9/SER.A/1980 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1980\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1980_s.pdf) La Convención entró en vigor de forma general el 1 de enero de 1988 y para España, de conformidad con lo establecido en su artículo 99, el 1 de agosto de 1991 en base al instrumento de adhesión publicado en el B.O.E. núm. 26, de 30 de enero de 1991, pp. 3170 a 3179 (corrección de errores publicada en BOE núm. 282, de 22 de noviembre de 1996). A 16 de julio de 2023, los tribunales españoles han tratado de 244 casos relacionados con CISG, de los cuales 22 han sido decididos por el Tribunal Supremo (<https://cisg-online.org/CISG-by-jurisdiction?command=detail&detail=49>), y dos Laudos arbitrales han sido dictados en arbitrajes con sede en España en relación con CISG.

<sup>102</sup> Sólo superada por la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras que la han ratificado nada menos que 168 países.

<sup>103</sup> Forman parte de la Convención de Viena seis de los siete países más industrializados que conforman el denominado G7 (excepto Reino Unido). Es parte también Rusia que completa el G8 y catorce de los diecinueve países (más la Unión Europea) que conforman el denominado G20 (excepto Reino Unido, India, Indonesia, Arabia Saudita y Sudáfrica). Son parte veinticinco de los veintisiete Estados que conforman la Unión Europea (a excepción de Irlanda y Malta).

<sup>104</sup> Organización Mundial de Comercio (sf) “Evolución del comercio en el marco de la OMC: estadísticas útiles”, disponible en [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/statistics/evolution\\_trade\\_wto\\_s.htm#:~:](https://www.wto.org/spanish/res_s/statistics/evolution_trade_wto_s.htm#:~:)

Cabe señalar que la Convención no es el único factor que contribuye al crecimiento del comercio internacional. Otros factores, como los avances en la tecnología del transporte y las comunicaciones, los cambios en las normativas económicas y de comercio (la denominada “globalización económica”), y los cambios en las cadenas de suministro mundiales también han desempeñado un papel importante.

No obstante lo anterior, no cabe duda de que la Convención ha contribuido a facilitar este aumento del comercio internacional al proporcionar un marco jurídico uniforme para los contratos de compraventa internacional, lo que contribuye a reducir la inseguridad jurídica y los costes de transacción para las empresas que participan en el comercio transfronterizo. Sin lugar a dudas, la Convención supone uno de los instrumentos más representativos de la tendencia mundial hacia la creación de un derecho uniforme sustantivo dirigido a la creación de reglas uniformes directamente aplicables a las relaciones jurídicas sometidas a su ámbito de aplicación, creando así un sistema normativo compartido que resulta seguro y cierto para todos los operadores jurídicos. Este proceso iniciado a finales del siglo XIX se centró, en un principio de forma muy significativa, en el transporte internacional de bienes (p. ej., Convención de Berna sobre transporte internacional de mercaderías por ferrocarril de 1890) y en la unificación del derecho de la propiedad intelectual (p. ej., Convención de París para la tutela de la propiedad industrial de 1883), por entenderse que ambos aspectos eran un elemento fundamental para el correcto funcionamiento de los intercambios comerciales.

Esta tendencia se reanudó después de la Primera Guerra Mundial con el fundamental trabajo de derecho comparado realizado por Ernest Rabel en la década de 1920. El profesor Rabel estaba convencido de que, a efectos prácticos (algo muy propio de la manera de pensar anglosajona y nórdica), la regulación del derecho de compraventa en el *common law*<sup>105</sup> era la más adecuada para la unificación internacional de esta parte del derecho y estaba más adaptada a las prácticas comerciales habituales en las operaciones de compraventa de mercancías. Es por ello por lo que esa influencia del *common law* que nace de Rabel llega a través de las Leyes Uniformes de La Haya hasta la Convención donde los conceptos clave y la forma de abordar las cuestiones

---

[text=A%20fecha%202022%2C%20el%20volumen,son%20del%209%25%20en%20promedi  
o](#)

<sup>105</sup> Rabel supo ver que gran parte de los problemas e inconsistencias del concepto de incumplimiento eran heredadas del Derecho romano y su regulación fragmentada e inconexa. En el *common law*, en esencia, se trata de que cada parte es responsable del incumplimiento de su promesa contractual (sólo cabe un tipo de incumplimiento), la parte incumplidora debe (al menos) pagar daños, sólo cabe resolver el contrato si el incumplimiento es fundamental, y como causas de exoneración sólo caben aquellas que estén fuera del control de las partes. Vide Magnus, *supra op. cit.* nota 19 en pp. 74-75.

que regula es principalmente anglosajona<sup>106</sup>, aunque su estructura sea claramente de raíz civilista<sup>107</sup>. Adicionalmente, puede identificarse un contenido muy importante proveniente de otras familias, incluidas las de raíz islámica o de derecho pandectista<sup>108</sup>.

De este modo, la Convención de Viena es una pieza clave en la conformación de un nuevo derecho internacional de los contratos que no solo rompe con la

---

<sup>106</sup> Ejemplos de ello es el modelo unitario de incumplimiento (que ha influido enormemente en regulaciones posteriores en todo el mundo), el sistema uniforme de remedios ante un incumplimiento, la transmisión de riesgos o la regulación relativa a la formación del contrato. En este último caso, frente a la aproximación civilista donde el perfeccionamiento del contrato es muy formalista y, por tanto, sujeto a una serie de requisitos de validez (capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, licitud del objeto, cumplimiento formalidades), en la Convención se considera que hay una *oferta* si es suficientemente precisa e indica la intención de quedar obligado en caso de aceptación y, en el caso de la *aceptación*, basta con que sea hecha a través de declaración u otro acto que indique asentimiento, incluso cabe la posibilidad de que la aceptación contenga modificaciones no esenciales o se produzca de manera tardía y aun así se perfeccione al contrato (frente a la posición general civilista que la consideraría una contraoferta). Y todo ello, además, sin necesidad de ninguna formalidad.

Otro ejemplo importante en la Convención es la facultad de resolver en caso de incumplimiento donde se sigue la teoría del *common law* que da preferencia al mantenimiento del contrato salvo que el incumplimiento sea considerado esencial. Frente a esta concepción la tradición civilista de base romana es mucho más generosa con la posibilidad de resolver el contrato pues no establece el requisito del incumplimiento esencial, cabe que ante un incumplimiento parcial (p. ej, cuando las mercancías tienen defectos o no son conformes a lo pactado) la parte inocente tiene a su disposición elegir entre la acción *redhibitoria* y la acción *estimatoria (quanti minoris)* que permiten, respectivamente, resolver el contrato y dejarlo sin efectos o rebajar el precio.

Otro buen ejemplo es el derecho que tiene el vendedor a subsanar el incumplimiento (*right to cure*) (Artículo 48), situación que es desconocida en el derecho latino.

Y, un último ejemplo, es la materia objeto de esta tesis, el incumplimiento anticipado, un concepto de claro origen en el *common law*.

<sup>107</sup> Christine Chappuis and Grégoire Geissbuehler, "35 years of CISG – Present experiences and future challenges. National Report: Switzerland," in Faculty of Law, University of Zagreb, (2017). La Convención está redactada conforme al estilo, estructura y lenguaje propio del *civil law* en vez de seguir el estilo típico –mucho más complejo– de las leyes del *common law*.

<sup>108</sup> Magnus, *op. cit. supra* nota 19, en pp. 84-86. Dos figuras muy relevantes fueron adoptadas por la Convención del derecho alemán: el Procedimiento de notificación y el *Nachfrist*. Mediante el primero, se impone al comprador la obligación de examinar las mercaderías en el plazo más breve posible y en caso de que presenten defectos o no sean conformes con el contrato, le impone la carga de comunicarlo al vendedor dentro de un plazo razonable especificando la naturaleza de los defectos o de la falta de conformidad.

Por su parte el *Nachfrist* es un procedimiento propio del derecho contractual alemán mediante el cual, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede establecer un plazo adicional razonable para el cumplimiento. Si dentro de este plazo adicional el deudor continúa en incumplimiento, el acreedor puede resolver (*terminate*) el contrato. El otorgamiento del plazo adicional *Nachfrist* sin que el deudor cumpla con su prestación, evita la necesidad de calificar la importancia del incumplimiento y por tanto evita la incertidumbre cuando la resolución depende de un incumplimiento esencial

clásica percepción antagónica entre las distintas familias jurídicas, sino que demuestra que la participación de distintas tradiciones puede enriquecer los resultados y producir un derecho mucho más adecuado para un mundo totalmente interconectado y globalizado<sup>109</sup>. Y, de manera adicional, la Convención ha influido sobre muchos derechos nacionales<sup>110</sup>, así como sobre otros instrumentos internacionales de derecho uniforme como pueden ser los Principios sobre los Contratos Internacionales publicados ( en adelante, “PICC” por su acrónimo en inglés derivado de “*Principles of International Commercial Contracts*”) redactados por UNIDROIT o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante, “PECL” por su acrónimo en inglés derivado de “*Principles of European Contract Law*”) redactados por la Comisión Lando, convirtiéndose en referencia indiscutible para el mundo académico con relación al derecho contractual<sup>111</sup>.

Sin embargo y no obstante sus orígenes, la Convención de Viena no ha sido tan exitosa como se esperaba en los países de la tradición del *common law*. Hasta ahora ninguno ha modificado sus derechos nacionales de acuerdo con la Convención y dos de sus principales economías –Reino Unido y la India- no la han suscrito. Hay dos razones que lo explican. La primera tiene que ver con que su estructura y lenguaje son más propios de la raíz civilista y la segunda tiene que ver con una cuestión práctica ya tratada anteriormente<sup>112</sup> con relación a la preponderancia de la ley inglesa en el comercio internacional (al igual que en sectores como la banca y los seguros) por tener una aproximación práctica a la solución de problemas y, fundamental, contar con una consolidada jurisprudencia sobre la materia y tribunales de prestigio que hacen que aporte más seguridad a las partes de un contrato en relación a la posible solución de sus diferencias, lo que la hace más amigable al comercio transfronterizo (*market friendly*). Sin embargo, se espera que con el tiempo se vaya superando esta condición, tanto porque las condiciones y papel del Reino Unido en el mundo

---

<sup>109</sup> Vide Luis Díez-Picazo y Ponce de Leon and Antonio Cabanillas Sánchez, *La Compraventa Internacional De Mercaderías*, 1. ed. ed. (Madrid: Ed. Civitas, 1998b), (reimpresión 2006), Prólogo.

<sup>110</sup> Francia, Alemania, Holanda, Japón, China, Argentina, los países nórdicos, y los países francoparlantes de África se encuentran entre los que han notado su influencia.

<sup>111</sup> Su éxito raramente se ha puesto en duda. Algunos autores señalan que es el resultado más importante de los esfuerzos encaminados a la armonización del derecho comercial y que se trata de un éxito nunca alcanzado por ningún otro instrumento legal internacional. Vide Schwenger *op. cit. supra* nota 94, en pp. 461-463, Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG: (Worldwide) Edition*, Fifth (worldwide) edition ed. (Copenhagen: Kluwer Academic, 2017). Cfr. Franco Ferrari, "The CISG and its Impact on National Legal Systems – General Report," in *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (Berlin, New York: Sellier de Gruyter, 2009), pp. 413-480. calificando como exageradas las menciones del éxito de CISG.

<sup>112</sup> Vide Cañellas *op. cit. supra* nota 42, Cap. II. 2

global no es el que fue hasta finales del S. XX<sup>113</sup> como porque la jurisprudencia internacional sobre la Convención se irá consolidando, unido al hecho de que cada vez habrá más abogados formados en la Convención<sup>114</sup>.

### 1.4.2 Características

La Convención de Viena es un tratado internacional que proporciona “*una ley moderna de compraventa apropiada a las transacciones de carácter internacional*”<sup>115</sup>. Sus características principales son las siguientes:

#### 1.4.2.1 Naturaleza vinculante

Se trata de un tratado de *ejecución directa* (“*self-executing treaty*”) por lo que su aplicación no depende de su transposición a una ley interna (“*non-self-executing treaty*”) <sup>116</sup>. Sus normas son directamente vinculantes entre los particulares que pueden pedir su amparo directamente antes los tribunales de los Estados que adopten la Convención, que deberán examinar su procedencia<sup>117</sup> y aplicarlo obligatoriamente como derecho interno cuando se cumplan los requisitos. Es más, en el caso de España los tribunales deberán aplicarlo de oficio como parte del principio *iura novit curia*<sup>118</sup>. Obviamente, la aplicación por los tribunales arbitrales dependerá del derecho aplicable conforme a la ley o al reglamento de arbitraje aplicables al procedimiento.

---

<sup>113</sup> Y en este sentido el Brexit puede acabar de descabalar a Londres como plaza central del mundo financiero y de seguros y, con ello, legal.

<sup>114</sup> Un ejemplo de los retos que presenta la Convención para los abogados formados en el *common law* es la mención (en cuanto a la interpretación de la Convención) de que las cuestiones que no estén expresamente resueltas en su texto –las lagunas– se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la Convención (Artículo 7.2). Aquí se refleja la diferente aproximación del pensamiento jurídico: deductivo para el *civil law* e inductivo a partir de casos concretos para el *common law*.

<sup>115</sup> *Vide supra* nota 89, Comentarios de la Secretaria, p. 16, Comentario al artículo 1, párrafo 1.

<sup>116</sup> Precisamente la LUCI y la LUFC caen dentro de esta categoría y fue una de las razones de su poco éxito, la falta de trasposición interna de su contenido por parte de los países signatarios.

<sup>117</sup> Se aplicará directamente por tribunales judiciales cuando se cumplan los extremos de los artículos 1 a 5 de la Convención y siempre y cuando las partes no hayan excluido total o parcialmente su aplicación (Artículo 6)

<sup>118</sup> También cabe la aplicación indirecta cuando a pesar de que una o ambas partes tengan su establecimiento en Estados diferentes no contratantes, las normas del Derecho Internacional Privado aplicables conduzcan al empleo de las leyes de un Estado que sí sea parte de la Convención (Artículo 1.1.b y 95, aunque hay estados como EE.UU. y China que han establecido reservas al artículo 1.1.b).

En esto se diferencia de otros instrumentos de derecho uniforme no vinculantes o “*soft law*” (frente al “*hard law*” que son los instrumentos de *unificación* del derecho) que también regulan los contratos pero que caen en el esquema de *armonización* del derecho, como los PICC o los PECL, instrumentos opcionales a los que las partes se someten voluntariamente y cuya efectividad se basa en el convencimiento, dada su calidad interna y el prestigio de las instituciones y de los juristas que los promueven y redactan.

#### 1.4.2.2 Carácter internacional

El carácter internacional se determina exclusivamente porque los establecimientos de las partes se encuentren en diferentes Estados (arts. 1 y 10). Y se hizo así con el propósito declarado de restringirla a contratos internacionales con el objeto de lograr que más países la suscribieran al no incidir sobre sus regulaciones de las compraventas internas o domésticas.

#### 1.4.2.3 Especialidad y alcance limitado de regulación

Regula los contratos de compraventa internacional de mercaderías y, aunque la Convención no da una definición de qué se entiende por tales, la doctrina mayoritaria y los tribunales han venido estableciendo que se han de entender incluido todo tipo de bienes que, en el momento de la entrega, sean muebles y corporales, independientemente de su forma, de si sean sólidos o no, vivos o inanimados, afectos al comercio en su más amplia gama pero siempre y cuando se adquieran para fines comerciales y no para consumo personal o familiar. De igual manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran excluidos los bienes inmateriales como son, por ejemplo, las invenciones industriales, las marcas, el nombre comercial, o el software destinado a un uso específico (frente al comercializado en serie que sí entraría dentro del concepto de mercadería)<sup>119</sup>

Pero la búsqueda del consenso en su redacción llevó a la fragmentación de su regulación<sup>120</sup> ya que regula exclusivamente sólo algunos aspectos (su formación y las obligaciones de las partes), mientras que excluye otros (p.ej., los efectos del contrato en la propiedad salvo disposición expresa), la validez del contrato o la responsabilidad del vendedor por la muerte o los daños personales que causen los bienes vendidos entre otras materias excluidas). De igual forma tuvieron que dejarse fuera ciertos tipos de compraventa (las compraventas de

---

<sup>119</sup> En relación con el concepto de mercaderías en CISG, *vide per omnia*, Franco Ferrari, *La Compraventa Internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980* (Valencia: Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), pp. 145-152

<sup>120</sup> Bonell en "Introduction: History of the Convention. Meaning and purpose of the Convention. Problems concerning the Convention" en Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell and J. Barrera Graf, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* Giuffrè, 1987), p. 10.

seguros, acciones, instrumentos negociables, dinero, naves y aeronaves, electricidad) o se quedaron sin resolver problemas reales como los que surgen cuando la conclusión del contrato se realiza por medio de agente, el impacto que la normativa de comercio exterior o de control de cambios de un Estado puede tener sobre la perfección del contrato o sobre la eficacia del mismo, o las consecuencias de la utilización por una o por ambas partes de formas estándar de oferta y aceptación<sup>121</sup>.

#### 1.4.2.4 Carácter práctico y lenguaje simple

Debido a la gran influencia del profesor Rabel en su origen<sup>122</sup>, unido a la influencia de los EE.UU. en su redacción, no es de extrañar que naciese pensando en los requerimientos prácticos de los “*businessmen*” y de los demás operadores del comercio internacional que no necesariamente tienen conocimientos legales especializados en la materia. Sus normas tienen como característica un lenguaje simple, accesible y efectivo<sup>123</sup>, con reglas uniformes sin referencias a los distintos derechos occidentales<sup>124</sup>, tan cargados de doctrina y dogmatismo propios de su historia particular<sup>125</sup>, lo que permite su aceptación por los países en vías de desarrollo, cuyo volumen de intercambio es creciente en la economía mundial.

#### 1.4.2.5 Énfasis en usos y prácticas y en la autonomía de las partes

Una de las características más sorprendentes de la Convención es su falta de obligatoriedad, dando preferencia a otras opciones. En los negocios internacionales los usos y prácticas vigentes en cada una de sus ramas – transporte marítimo, seguros, banca, etc.- son universalmente aceptados y reconocidos como obligatorios a pesar de que no exista acuerdo expreso entre las partes. Por ello constituyen una parte fundamental del derecho del comercio internacional, de tal manera los usos y costumbres tienen un impacto e

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 15

<sup>122</sup> *Vide* Rabel *op. cit. supra* nota 13

<sup>123</sup> Por eso no aparecen términos como “fuerza mayor” y otro como “entrega” tienen una definición propia.

<sup>124</sup> Como ejemplo de lo anterior se eliminó de la redacción de la Convención toda referencia a la “*consideration*” del derecho anglosajón y a la “*causa*” del derecho latino, dos figuras de gran arraigo en el derecho contractual de ambas tradiciones legales.

<sup>125</sup> Esa parece ser la razón del fracaso de las dos convenciones de La Haya. Estas Convenciones tenían un contenido altamente doctrinal y fueron consideradas demasiado complejas para su aplicación en el ámbito del dinámico y práctico comercio internacional. *Vide* Bernard Audit, “The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria,” in *Lex Mercatoria and Arbitration* (Juris Publishing, 1998), p. 173-194.

importancia mucho mayores en el comercio trasnacional del que tienen en los distintos derechos nacionales, y un buen ejemplo son los “*International Commercial Terms*” (INCOTERMS) regulados en la actualidad por la Cámara de Comercio Internacional. La Convención de Viena reconoce en su artículo 9 esta situación y les otorga una categoría incluso superior a las de sus propias normas. En los términos de la Convención, los usos y prácticas constituyen normas especiales que reflejan las prácticas comúnmente aceptadas en cada rama del comercio. Por ello prevalecen incluso sobre las normas de la Convención a falta de acuerdo en contrario<sup>126</sup>. En este sentido, el artículo 6 permite a las partes no aplicar la Convención total o parcialmente o incluso modificar sus efectos, de tal modo que las partes puedan ajustarla a sus específicas necesidades ya que la venta internacional de mercaderías comprende productos muy variados (desde petróleo, productos químicos o aceite de oliva a motos, obras de arte, o ganado)

#### 1.4.2.6 Uniformidad y autonomía en su hermenéutica

La Convención recoge en su artículo 7.1 de forma clara que en su interpretación deberá tenerse en cuenta “*su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.*” La referencia a su uniformidad hay que entenderla en el sentido de que la interpretación de la Convención debe ser autónoma<sup>127</sup>, basada en sí misma y no en base a los criterios legales nacionales, de manera que se aplique de forma uniforme de manera internacional en base a precedentes similares aplicados por tribunales de otros países aplicando los mismos principios y artículos.

En este sentido es importante recalcar que los artículos de la Convención deben ser, por tanto, interpretados a la luz de su propia historia y sus expresiones entendidas en el contexto único que sus redactores quisieron darle. Los tribunales nacionales no deben dejar llevarse en su interpretación por sus propios entendimientos incluso cuando parezca que se usan términos y expresiones que, en apariencia, son idénticos o similares a los de su propia ley

---

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>127</sup> Robert A. Hillman, "Applying the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Elusive Goal of Uniformity," 21 (1995) en *Cornell International Law Journal, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1995 / Edited by Cornell International Law Journal* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1996), 316. Harry M. Flechtner, "The several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7 (1)," *JL & Com.* 17 (1997), p. 187 (en adelante, "Flechtner: Several Texts"); Gebauer, "Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation," *Unif.L.Rev.Ns* 5 (2000), p 683; Franco Ferrari, "Have the Dragons of Uniform Sales Law been Tamed? Ruminations on the CISG's Autonomous Interpretation by Courts," *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of His Eightieth Birthday* (2008), pp. 134-167.

doméstica, salvo que la propia historia del artículo remita expresamente a ello<sup>128</sup>. Pero raramente será el caso porque las convenciones internacionales son fruto de complicados compromisos y equilibrios que pueden desvirtuar conceptos que, originalmente introducidos por una delegación nacional en base a su propia experiencia legal, acaben convertidos en conceptos que sirven a intereses diferentes. Como veremos más adelante, el caso del incumplimiento anticipado puede ser uno de esos supuestos.

Y es que en la Convención existen notoriamente *faux amis*<sup>129</sup>, situaciones en las que se ha hecho un mal uso de ciertas expresiones.

Probablemente el más conocido sea la confusión creada por el Comentario de la Secretaría al artículo 47 de la Convención al referirse al mecanismo contenido en él como un tipo de "*Nachfrist*". Ello ha llevado a algunos tribunales del área germánica a interpretar este mecanismo como su *Nachfrist* y entender que es un derecho del vendedor y una obligación para el comprador, cuando en realidad se tratar de un derecho opcional para el comprador<sup>130</sup>.

Otro ejemplo famoso es el término "*fundamental breach*" ("incumplimiento esencial"), un término que si bien tiene claro origen en el *common law*<sup>131</sup>, el uso

---

<sup>128</sup> Franco Ferrari, "Autonomous Interpretation Versus Homeward Trend Versus Outward Trend in CISG Case Law," *Uniform Law Review* 22, no. 1 (2017), p. 246-247.

<sup>129</sup> Se trata este de un término muy usado en derecho internacional y que, como su nombre indica (falso amigo) y de forma similar a lo que ocurre con ciertos términos y expresiones en idiomas cercanos como, p.ej., el castellano y el portugués, hace referencia a aquellas situaciones donde se tiende a interpretar un determinado concepto o expresión jurídica de derecho uniforme desde una óptica nacional. Vide en este sentido a modo de ejemplo, John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* Cambridge University Press, 2007), pp. 141-142; Ian F. Fletcher, *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (London: Sweet & Maxwell, 2001), pp. 293-295; E. Allan Farnsworth, "The American Provenance of the UNIDROIT Principles," *Tulane Law Review* 72, no. 6 (Jun 1, 1998), p. 402.; también se explica este problema en general poniendo el problema del concepto de "anticipatory repudiation" en derecho inglés y "anticipatory non-performance" del artículo 7.3.3 de los Principios Unidroit en Maren Heidemann, *Methodology of Uniform Contract Law : The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, 1. Aufl. ed. (Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2007), p. 70.

<sup>130</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, 10 de febrero de 1994, CISG-online 115 (*Italian Fabrics case III*). En este caso, un fabricante de tejidos italiano demandó por impago del precio de compra a su comprador alemán que alegaba que parte de los tejidos eran de un color diferente al especificado. El Tribunal entendió que el demandado no había fijado un plazo adicional de duración razonable para el cumplimiento de su obligación de entrega por parte del demandante, y, en consecuencia, se consideró que el demandado no podía ejercer sus derechos (artículos 39, 47.2 y 49.I.b CISG)

<sup>131</sup> "El incumplimiento esencial responde a la regla, traída del derecho anglosajón, del *fundamental breach of contract*, sin traducción exacta en los derechos continentales ...", Tribunal Supremo español, Sentencia núm. 18/2008 de 17 enero (RJ 2008\20917), CISG-online 1640.

que la Convención hace de él en su artículo 25 es claramente diferente. Por ello, autores como Koch o Bridge advierten de que no se debe mirar al *common law* para interpretar este concepto en la Convención, ya que esta convención tiene como uno de sus rasgos principales el mantener en vigor el contrato mientras que la regulación del *common law* es más favorable a la terminación del mismo, por lo que las consecuencias de su interpretación son radicalmente diferentes<sup>132</sup>.

Por todo ello y como hemos comentado, ha de preservarse la interpretación autónoma de la Convención desvinculándose de conceptos particulares nacionales y teniendo sólo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. Para lograr este objetivo UNCITRAL debatió en su vigésima asamblea en 1988 la creación de un tribunal internacional con competencia para decidir sobre las cuestiones relativas a los contratos de compraventa internacional, pero la propuesta fue rechazada.

Una vez rechazada la opción natural, la mejor forma de conseguir ese objetivo es que los tribunales tengan presente la aplicación previa de otros tribunales extranjeros en similares circunstancias, lo cual no significa que sus sentencias y laudos sean considerados como precedentes vinculantes (al no estar habilitados para ello), sino más bien que tengan un carácter persuasivo al ser incluidos como ejemplos de decisiones previas en la materia dentro las motivaciones de la sentencia de manera que su aplicación sea coherente. Con tal finalidad, UNCITRAL decidió también en 1988 recopilar a través de los denominados “correspondientes nacionales” las sentencias y laudos de los diferentes Estados contratantes, procediendo a su traducción y publicación a través de lo que se ha denominado “sistema CLOUT” (“*Case Law on Uncitral Texts*”) ya que en él se recogen casos relacionados no sólo con la Convención sino también relativos a otros diez textos legislativos aprobados por UNCITRAL, que se pueden consultar en la web de UNCITRAL (<http://www.uncitral.org/clout/index.jsp?lng=es>)

Adicionalmente y de mucho interés práctico, ante el gran número de sentencias existentes UNCITRAL decidió en 2001 crear un instrumento específico para presentar de manera concisa, clara y objetiva información escogida sobre la interpretación de la Convención, los denominados “Compendios” de jurisprudencia que se vienen publicando desde 2004 pero que, desgraciadamente, carecen de actualización desde 2016. Junto a esta tarea de UNCITRAL, otras instituciones y organismos internacionales se ocupan también de promover la disponibilidad de las sentencias y laudos, siendo los más notorios la base de datos del *Institute of International Commercial Law* de la Pace University

---

<sup>132</sup> Robert Koch, *The Concept of Fundamental Breach of Contract Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, Kluwer Law International (1999), 1998, 177-354.

(<https://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>), UNILEX creada por UNIDROIT (<https://www.unilex.info/instrument/cisg>), CISG-online creada por la Facultad de Derecho de la universidad de Basilea y que es la utilizada como referencia en los casos citados en esta tesis (<https://cisg-online.org/home>) y, por último y ya en el ámbito de la lengua castellana, la creada por la Universidad Carlos III (<https://www.cisgspanish.com>) enfocada en la jurisprudencia de España y los países iberoamericanos de similar manera a las existentes en Alemania, Francia o Italia que tienen un carácter más local.

Se trata, por tanto, de difundir de manera global lo que los tribunales de diferentes estados están decidiendo de manera que cada vez exista una mayor convergencia en la aplicación de la Convención y cumplir, de esta manera, con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la misma.

#### 1.4.3 Estructura

Su estructura es muy sencilla, constando de 101 artículos divididos en cuatro partes.

La Parte I es una parte general formada por dos capítulos, el primero establece el ámbito de aplicación de la Convención y el segundo las disposiciones generales. En cuanto al Capítulo I, regula los supuestos que deben ocurrir para que se pueda aplicar la Convención a los contratos de compraventa de mercaderías (artículo 1) y los supuestos en los que no se aplica (Arts. 2 y 3). También se señalan expresamente en este capítulo los asuntos que regula la Convención de manera exclusiva, así como aquellos que expresamente excluye<sup>133</sup>. Finalmente, y de manera muy relevante, se señala en el artículo 6 el derecho que tienen las partes de excluir, total o parcialmente, la aplicación de la Convención. El Capítulo II regula la interpretación de la Convención y del contrato, recalcando la necesidad de tener en cuenta su carácter internacional, promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe. Regula también un mecanismo de subsanación de lagunas en relación con materias regidas por la Convención pero que no estén expresamente resueltas, señalando que deberá realizarse a través de los principios generales en los que se basa y a falta de tales principios, con base en el Derecho internacional privado (artículo 7). En cuanto a la interpretación del contrato y de las declaraciones de las partes, señala que deben interpretarse conforme a su intención y si no fuera posible, conforme al sentido que habría dado en igual situación una persona razonable

---

<sup>133</sup> La validez del contrato, sus efectos sobre la propiedad de las mercaderías (Artículo 4) y la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas por las mercaderías (Artículo 5)

de la misma condición que la otra parte (artículo 8). La sección final de la Parte I tiene que ver con los usos y prácticas (artículo 9), la regulación del establecimiento de las partes (artículo 10), el principio consensual que rige al contrato de compraventa de mercaderías (artículo 11) y la opción de pactar la forma escrita (artículos 12 y 13)

La Parte II regula los elementos de formación del contrato de compraventa internacional a través de la oferta y su aceptación. Establece los requisitos de la oferta: suficientemente precisa e indicando la intención de quedar obligado; la diferencia entre una oferta y una invitación a hacer ofertas (artículo 14); el momento en que surte sus efectos cuando llega al destinatario y la posibilidad de retirarla aun cuando sea irrevocable (artículo 15). Establece también los requisitos para revocar la oferta (artículo 16). En cuanto a la aceptación, se regulan sus efectos (artículo 18) incluso cuando contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones (artículo 19) o es tardía (artículo 21). Finalmente establece que el perfeccionamiento del contrato ocurre al momento de surtir sus efectos la aceptación (artículo 23)

La Parte III es la más extensa de la Convención con cinco capítulos y establece los derechos y las obligaciones de la parte vendedora y compradora, así como los efectos del contrato en cuanto a su cumplimiento e incumplimiento y las formas de extinción del contrato.

- El Capítulo I establece las disposiciones generales, entre ellas, la más importante, el concepto de incumplimiento esencial (artículo 25), sin duda una de las aportaciones más relevantes de la Convención<sup>134</sup>. Se regula también los efectos de la resolución del contrato (artículo 26), de las notificaciones, peticiones u otras comunicaciones entre las partes (artículo 27) el cumplimiento específico (artículo 28) y la modificación o extinción del contrato por acuerdo entre las partes (artículo 29)
- El Capítulo II establece las tres obligaciones principales del vendedor: la Sección I regula la entrega de las mercaderías y los documentos (artículos 31 al 34), la Sección II la conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros (artículo 35 a 44) y la Sección III los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor (artículo 45 a 52)
- El Capítulo III establece una estructura idéntica al anterior, pero respecto del comprador: la Sección I regula el pago del precio

---

<sup>134</sup> *Vide supra* nota 132.

(artículos 54 a 59), la Sección II trata de la obligación de recibir las mercaderías (artículo 60) y la Sección III de los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador (artículos 61 a 65)

- El Capítulo IV regula la transmisión del riesgo por pérdida o deterioro de las mercaderías y establece el principio general de que cuando la pérdida o deterioro ocurre después de la transmisión del riesgo al comprador, éste no queda liberado de la obligación de pagar el precio a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor (Arts. 66 a 70)
- El Capítulo V regula las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador en seis secciones. La Sección I objeto de esta tesis regula el incumplimiento previsible y los contratos con entregas sucesivas (Arts. Arts. 71 a 73). La Sección II regula los daños y perjuicios y su indemnización (artículos 74 a 77) La Sección III los intereses (artículo 78), la Sección IV la exoneración o no responsabilidad por impedimento ajeno a su voluntad imprevisible, inevitable o insuperable (fuerza mayor, aunque no la nombra como tal y, hoy en día, se admite que incluye *hardship*) o porque el incumplimiento se deba a un tercero (artículos 79 y 80). La Sección V regula la resolución del contrato (artículos 81 a 84) y la Sección VI la conservación de las mercaderías (artículos 85 a 88)

La Parte IV trata de las disposiciones generales de derecho internacional público que, en general, están relacionadas con la entrada en vigor de la Convención y la forma de hacer reservas y ratificación a la misma. Así mismo, regula el conflicto de intereses con otras Convenciones sobre la misma materia.

Merece un acotación particular el hecho de que, durante los diferentes estadios de la historia de la Convención, la Secretaría fue produciendo diversos Comentarios<sup>135</sup> a los trabajos realizados, siendo de gran importancia práctica los realizados al Borrador de 1978 que, sin tener carácter oficial, suponen la mejor guía para comprender los diferentes artículos de la Convención y que, en su mayor parte, fueron directamente adoptados por los delegados de los países

---

<sup>135</sup> Es importante valorar la aportación de los Estados Unidos de Norteamérica a la hora de que el Comentario del Secretario General fuese incluido como una fuente válida de interpretación de CISG y lo acompañase en sus diferentes estadios de redacción. Como veremos más adelante, el origen de esta aportación está en los *Restatements of Law* y el *Uniform Commercial Code* que cuentan con un Comentario que, en este caso, sí tiene el carácter de oficial. En este sentido, ver los comentarios de la delegación de los Estados Unidos en *supra* nota 88, Anuario VIII (1977), p. 132, párr. 2 a 7.

participantes en la Conferencia de Viena, aunque desgraciadamente no han sido nunca actualizados con relación al texto final aprobado.

## CAPÍTULO SEGUNDO. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCEPTO DE “INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO”

### 2.1 El origen del concepto: Reino Unido

La doctrina de incumplimiento anticipado fue inicialmente enunciada en el conocido caso inglés Hochster v. de la Tour<sup>136</sup> que, dada su importancia histórica, merece la pena ser explicado en detalle para entender bien la génesis del concepto.

En este caso el Sr. De La Tour llegó a un acuerdo el 1 de junio de 1852 para emplear al Sr. Hochster como mensajero y viajar con él por Europa. El 11 de mayo de 1852, De La Tour escribió a Hochster informándole de que ya no necesitaba sus servicios. El 22 de mayo de 1852, Hochster interpuso una demanda de daños y perjuicios por incumplimiento anticipado del contrato. De La Tour argumentó que no se podía interponer una acción antes de la fecha en que debía comenzar el contrato.

Se plantearon dos cuestiones (i) si la negativa de una parte a cumplir el acuerdo antes de la fecha de inicio daba derecho a la otra parte a una indemnización por daños y perjuicios, y (ii) si este incumplimiento es recurrible antes de la fecha en que debía comenzar el contrato.

El Tribunal sostuvo que cuando un contrato prevé una promesa de conducta futura, la parte que se niega a cumplir el acuerdo, renunciando así al contrato, es responsable del incumplimiento de este. Además, un contrato relativo a una conducta futura constituye una promesa implícita de que, mientras tanto, ninguna de las partes perjudicará el cumplimiento de dicha promesa. Adicionalmente y partiendo de esta base, el Tribunal rechazó el argumento del demandado de que la otra parte debe permanecer dispuesta a cumplir el contrato hasta después del día de inicio, lo que le impide interponer una demanda con anterioridad: *“Pero seguramente es mucho más racional, y más beneficioso para ambas partes, que,*

---

<sup>136</sup> Caso: Albert Hochster V. Edgar Frederick de la Tour. [1853] EWHC QB J72 disponible en <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1853/J72.html>. Este caso no nace de la nada, sino que es fruto de una evolución legal. En 1808 ya se había resuelto el caso Bowdell v Parsons, 103 Eng. Rep. 811, 813, donde se había establecido que un vendedor de mercancías es responsable de romper una promesa de vender mercancías. En Keith A. Rowley, "A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law," *U.Cin.L.Rev.* 69 (2000), pp. 572-591. se hace un detallado resumen histórico de los orígenes de esta doctrina. Para un análisis detallado de las ideas detrás de esta doctrina ver Francis Dawson, "Metaphors and Anticipatory Breach of Contract," *Cambridge Law Journal* 40, no. 1 (Apr, 1981), pp. 83-107.

*tras la renuncia al acuerdo por parte del demandado, el demandante pueda considerarse absuelto de cualquier cumplimiento futuro del mismo, conservando su derecho a demandar por cualquier daño que haya sufrido por el incumplimiento del mismo. Así, en lugar de permanecer inactivo y gastar dinero en preparativos que deben ser inútiles, tiene la libertad de buscar un servicio con otro empleador, lo que serviría para mitigar los daños y perjuicios a los que tendría derecho por el incumplimiento del contrato*<sup>137</sup>”. El Tribunal, de este modo, concedió una indemnización por daños y perjuicios a Hochster.

Este caso sería un ejemplo de lo que posteriormente se ha denominado teoría del “incumplimiento presente” ya que se basa en palabras o conductas “presentes” ya que De la Tour *incumple la obligación “presente” (actual) que es ya debida*, el no hacer nada inconsistente con la continuidad de su relación contractual; en ese sentido, se trata de una obligación que ya es debida y, por lo tanto, no es futura. De este modo, parecería que el término “*anticipatory breach*” (incumplimiento anticipado) es una manera equívoca de llamar a una situación que no es futura sino presente, no tiene sentido decir que una obligación es “anticipatoriamente” incumplida si no es todavía debida<sup>138</sup>.

En base a esta teoría, los tribunales ingleses deben seguir tres pasos para abordar un caso de “*anticipatory breach*”. En primer lugar, deben averiguar si existe una obligación contractual implícita de no actuar de forma contraria a la relación contractual en el momento en que se comete el supuesto “incumplimiento anticipado”. En segundo lugar, si la respuesta es afirmativa, deben decidir si se ha incumplido dicha obligación implícita. En tercer lugar, si la obligación se ha incumplido, deben evaluar además si el incumplimiento supone la resolución de todo el contrato.

Sin embargo, en el Reino Unido existe otra teoría según la cual el contrato, además de forma presente, también puede ser incumplido de forma “anticipatoria”<sup>139</sup>. Sería, en este caso, aquellos supuestos en los que existe una indicación, bien sea por palabras o por conducta, y *antes del tiempo debido de ejecución de la obligación*, de que probablemente la obligación no será

---

<sup>137</sup> En palabras de Lord Campbell: “*But it is surely much more rational, and more for the benefit of both parties, that, after the renunciation of the agreement by the defendant, the plaintiff should be at liberty to consider himself absolved from any future performance of it, retaining his right to sue for any damage he has suffered from the breach of it. Thus, instead of remaining idle and laying out money in preparations which must be useless, he is at liberty to seek service under another employer, which would go in mitigation. of the damages to which he would otherwise be entitled for a breach of the contract.*”

<sup>138</sup> Bradley v. Newsom [1919] A.C. 16, 53–54 (Lord Wrenbury); The Mihalis Angelos [1971] 1 Q.B. 164, 196 (Lord Denning M.R.). *Williston on Contracts Edited by Walter H. E. Jaeger* (New York: 1968), Vol. 11, § 1309, 1313, 1319.

<sup>139</sup> Originalmente formulada en Frost v Knight (1872) L.R. 7 Ex. 111, 114 (Cockburn C.J.)

ejecutada. Es decir, lo que importa no es lo que ha ocurrido ni lo que ocurre, sino lo que probablemente vaya a ocurrir: un incumplimiento esencial del contrato. No importa que una parte en el momento presente no pueda cumplir el contrato, sino que no lo pueda hacer en el momento en que su obligación sea debida, y es ello lo que atrae los remedios jurídicos en tiempo presente.

En base a esta teoría, sólo dos pasos deberían seguirse. En primer lugar, debe existir una fuerte vinculación entre las palabras o la conducta en cuestión y la probabilidad de que realmente tenga lugar un incumplimiento futuro. En segundo lugar, el tribunal debe tener la certeza de que el incumplimiento previsto es "esencial", de modo que, si se produce de inmediato, dé lugar a un derecho de indemnización.

Esta teoría modernamente se ha establecido en el Reino Unido a partir de 1976 a través del caso *Cehave N.V. v Bremer Handelsgesellschaft m.b.H.* ("The Hansa Nord")<sup>140</sup> en el que Lord Denning estableció que: "*Si una de las partes, antes del día en que debe cumplir su parte, demuestra con sus palabras o su conducta que no la cumplirá en un aspecto vital cuando llegue el día, la otra parte tiene derecho a considerarse liberada*".

Dado que la doctrina de "*anticipatory breach*" no está codificada en el Reino Unido, los tribunales ingleses han oscilado entre ambas teorías, pero la segunda es la predominante en la actualidad. Técnicamente, tiene más base ya que la primera se basa en la teoría de una promesa implícita (un concepto puesto en duda en términos generales en derecho inglés) mientras que la segunda tiene un fundamento de mayor peso jurídico al existir abundante jurisprudencia que avala que los daños y perjuicios por un incumplimiento anticipado deben evaluarse por referencia al momento futuro en que debe cumplirse la prestación, y no a un momento anterior. Porque, en el fondo, lo que esta teoría viene a proteger es el hecho de que se prevea que va a tener lugar un incumplimiento esencial en el futuro.

La determinación de que pueda llegar a acontecer ese incumplimiento esencial en el futuro es, obviamente, algo que también se ha ido determinando por la jurisprudencia en el devenir de la evolución histórica de la teoría. La jurisprudencia actual sigue la teoría de la "inferencia o deducción razonable"

---

<sup>140</sup> "*If the one party, before the day on which he is due to perform his part, shows by his words or conduct that he will not perform it in a vital respect when the day comes, the other party is entitled to treat himself as discharged.*" *The Hansa Nord* [1976] QB 44 Court of Appeal. Para un análisis detallado de la evolución de la historia de la doctrina de incumplimiento anticipado *vide* Michael Mustill, "Anticipatory Breach of Contract: The Common Law at Work," *Butterworth Lectures* 1990 (1989), pp. 1- 78 y para su análisis detallado en derecho inglés Qiao LIU, *Anticipatory Breach of Contract*. Oxford and Portland: Hart Publishing, (2011)

("reasonable inference") como estándar de probabilidad. De acuerdo con esta teoría debe demostrarse que las palabras o la conducta de la parte culpable conducen o podrían conducir a una persona razonable en la posición de la parte inocente a deducir, en el momento en que se alega el incumplimiento previsible, que un futuro incumplimiento esencial es probable, en base a un juicio de probabilidades, en el momento de la ejecución. De modo similar a como veremos más adelante en la Convención, no basta la mera sospecha siendo necesaria una firme conclusión basada en las circunstancias existentes en el momento de la resolución del contrato, independientemente de que posteriormente se demuestre que tal deducción estaba equivocada, y ello porque los comerciantes "debe tener derecho a actuar sobre la base de probabilidades comerciales razonables en el momento en que se les pide que tomen una decisión" y "estar protegidos incluso si [la información sobre la que actúan] resulta ser poco fiable o falsa"<sup>141</sup>. Una peculiaridad del derecho inglés es que se admite la deducción razonable a posteriori, es decir, incluso si la prueba del incumplimiento surge con posterioridad a la terminación anticipada siempre que ya existiese al momento de la terminación.

Como en cualquier caso se puede apreciar, la teoría del "anticipatory breach" está basada desde su origen en la racionalidad económica, en buscar la máxima eficiencia económica<sup>142</sup> ya que carece de sentido que una parte dedique tiempo, dinero y esfuerzos a prepararse para cumplir con sus obligaciones contractuales cuando está claro que su contraparte no va a cumplir. Adicionalmente, al ejercer su derecho a resolver el contrato la parte inocente puede también buscar un contrato de reemplazo que le ahorre costes (daños) y, de esta forma, ayudar indirectamente a la parte bajo sospecha a mitigar los daños causados. Pero, al mismo tiempo, también se considera que es una teoría que protege un adecuado equilibrio entre los intereses de las partes ya que, de lo contrario, se estaría favoreciendo a la parte incumplidora frente a la inocente.

Ahora bien, en su misma esencia tiene la causa de su problema a la hora de aplicarla y por la que ha sido objeto de muchas críticas. Y es que, por definición,

---

<sup>141</sup> The Hermosa, [1982] 1 Lloyd's Rep. 570; Embiricos v. Sydney Reid & Co. [1914] 3 K.B. 45, 54 (Scrutton J.); Bank Line, Limited v. Arthur Capel and Company [1919] A.C. 435, 454-455 (Lord Sumner). Vide J. W. Carter, "The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach," *The Modern Law Review* 47, no. 4 (1984), pp. 422-436. Cuestión diferente a la terminación contractual es qué ocurre con la estimación de los daños si se demuestra que la deducción fue errónea.

<sup>142</sup> D. Saidov, "Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles," *Uniform Law Review - Revue De Droit Uniforme* 11, no. 4 (Aug 1, 2006), pp. 798-799; Mustill, *vide supra* nota 140 en p. 42; J. W. Carter, "Adequate Assurance of due Performance," *Journal of Contract Law* 10, no. 1 (May 1, 1996), p. 6; J. W. Carter, Andrew Phang and Sock-Yong Phang, "Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests," *Journal of Contract Law* 15, no. 2 (1999), pp. 107-109.

supone siempre un paso subjetivo por parte de la parte inocente que, excepto en aquellos casos donde haya una expresa voluntad rebelde de la contraparte, se arriesga a tener que realizar un juicio de valor especulativo sobre la situación antes de resolver el contrato. Puede haber señales más o menos objetivas que le hagan pensar que se va a producir un incumplimiento, aunque difícilmente podrá estar seguro porque puede ocurrir que la contraparte haya ya tomado medidas para resolver esas incertidumbres sin comunicárselo.

Ello puede llevar a la parte inocente a incumplir el contrato si lo declara resuelto y se prueba que su deducción razonable no lo era tanto. Pero, de modo contrario, si no hace nada se puede encontrar en otro tipo de incumplimiento muy habitual en muchos derechos nacionales y tratados internacionales: el de su obligación de mitigar daños cuando el incumplimiento ocurra.

Por ello, se ha comentado con razón que esta doctrina de incumplimiento anticipado es creadora de situaciones de inseguridad e inestabilidad en las relaciones comerciales. Pero mientras en el Reino Unido la doctrina se ha mantenido bastante rígida a lo largo de los años a la hora de buscar soluciones a estos problemas, en EE.UU. se han creado mecanismos legales para evitar esas situaciones, siendo los más notorios los contenidos en el *US Uniform Commercial Code (en adelante U.C.C.)*<sup>143</sup>.

## 2.2 EE.UU.: Uniform Commercial Code Sections 2-609 y 2-610

En EE.UU. la doctrina del “*anticipatory breach*” es conocida como “*anticipatory repudiation*” y viene recogida en las Secciones 609 y 610 del artículo 2 del U.C.C.<sup>144</sup>, aplicables sólo a la venta de mercaderías. En esta regulación, la parte

---

<sup>143</sup> Su primera publicación es de 1952 y es una de las diferentes leyes que fueron publicadas en EE.UU. con el objetivo de armonizar el derecho entre los diferentes estados federados y, en este caso particular, con el claro propósito de incentivar el comercio dentro del país al regular las transacciones comerciales. En EE. UU., la “*anticipatory repudiation*” y el mecanismo de garantías adecuadas también se recoge en las secciones 250-257 del *Restatement (Second) of Contracts* que recoge esta doctrina de forma general para todos los contratos. Los “*Restatement*” son una compilación de principios y reglas legales en el ámbito civil y mercantil que sistematizan las reglas seguidas en la jurisprudencia, y son publicados por el American Law Institute. Como es lógico, su tratamiento de esta doctrina nace de su propia evolución en EE.UU. Para ver un análisis en detalle de esta evolución histórica en EE.UU. hasta el U.C.C., *vide Rowley supra* nota 136, pp. 591- 615.

<sup>144</sup> § 2-609. *Right to Adequate Assurance of Performance.*

(1) A contract for sale imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate

inocente (en EE.UU., lo que en Europa tendemos a denominar como acreedor o “*creditor*” se denomina “*aggrieved party*” o “parte perjudicada”) de un contrato regido por el artículo 2 puede ignorar la repudiación<sup>145</sup> y esperar el cumplimiento oportuno por parte de la contraparte, o puede considerar la repudiación como un incumplimiento y solicitar los remedios jurídicos previstos en dicho artículo. Además, este artículo muestra también que hay una evolución respecto a la doctrina tradicional inglesa porque, para tratar el problema de inseguridad e inestabilidad comentado anteriormente, el U.C.C. permite a la parte inocente invocar el derecho de suspensión en previsión de un futuro incumplimiento del contrato de la parte bajo sospecha (§§ 2-609,-610) y, sobre todo, a solicitar “seguridades adecuadas” (“*adequate assurance*”) de su *debido*<sup>146</sup> cumplimiento, el gran avance jurídico y aportación de esta doctrina en el U.C.C.

Para ello la parte inocente necesita sólo estar razonablemente incierta de que la parte bajo sospecha pueda cumplir con su obligación contractual, no

---

*assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return.*

(2) *Between merchants the reasonableness of grounds for insecurity and the adequacy of any assurance offered shall be determined according to commercial standards.*

(3) *Acceptance of any improper delivery or payment does not prejudice the aggrieved party's right to demand adequate assurance of future performance.*

(4) *After receipt of a justified demand failure to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract.*

#### § 2-610. Anticipatory Repudiation.

*When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may*

- (a) *for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or*
- (b) *resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction; and*
- (c) *in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704).*

<sup>145</sup> El U.C.C. no define el concepto de “*repudiation*”, pero en los comentarios oficiales al mismo en esta sección se establece que “*La repudiación anticipatoria se centra en la comunicación manifiesta de la intención o en una acción que hace imposible el cumplimiento o demuestra una clara determinación de no continuar con el cumplimiento.*” En esta sección mantendremos el término repudiación que es el usado en el U.C.C. Como comenta Farnsworth, el término inglés de “*anticipatory breach*” es en realidad elíptico, ya que lo que se quiere decir es “*breach by anticipatory repudiation*”, vide Edward Farnsworth on Contracts, 3rd ed. ed. (New York, NY: Aspen Law & Business, 2004), p. 550.

<sup>146</sup> U.C.C. § 2-609 (1). El matiz de “*due*” (debido) es fundamental de cara a estudiar posteriormente el devenir futuro de este artículo en su adaptación en CISG.

absolutamente cierta de que no puede cumplir<sup>147</sup>. Al igual que en el Reino Unido, no necesita estar cierta en su razonar, sino que basta con que su sospecha en ese momento sea razonable en base a los estándares comerciales. Para que opere, el estándar de probabilidad viene determinado por la expresión “motivos razonables de inseguridad” (“*reasonable grounds for insecurity*”) de manera que se evite que una parte pueda aumentar los costes transaccionales. El U.C.C. permite que (como hará la Convención) las partes puedan fijar *ex ante* qué entienden tanto por “motivos razonables de inseguridad” como por “seguridades adecuadas”.

La gran innovación jurídica del U.C.C., la regulación de un derecho de suspensión unido al mecanismo de las seguridades adecuadas es lo que en derecho norteamericano se denomina un tipo de “*self-help*”, es decir, un tipo de mecanismo no judicial para que la parte inocente pueda, a iniciativa propia, proteger sus intereses y que, en este caso, se orienta a solucionar aquellas situaciones dudosas en las que se puede encontrar en casos de incumpliendo anticipado<sup>148</sup>.

Su idea base es que las partes, al concluir el contrato (que en derecho norteamericano se define como una promesa ejecutable), se han dado una promesa mutua de que entre ellas “*no hay motivos razonables de inseguridad en cuanto a [su] capacidad y voluntad de seguir ejecutando sus obligaciones*”<sup>149</sup>. Es decir, se ha creado de forma implícita una condición contractual consistente en la ausencia de inseguridad (de forma similar a la promesa implícita que hemos visto previamente en el origen de este concepto en el Reino Unido)

---

<sup>147</sup> Clem Perrin Marine Towing Inc. v. Panama Canal Co., 730 F.2d 186, p. 191 (5<sup>th</sup> Cir.).

<sup>148</sup> Reza Beheshti, "Anticipatory Breach of Contract and the Necessity of Adequate Assurance Under English Law and Uniform Commercial Code," *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2018, no. Part 2 (Apr 27, 2018), p. 283; Michael J. Borden, "The Promissory Character of Adequate Assurances of Performance," *Brooklyn Law Review* 76 (2010), p. 206; Marc W. Sargis, "The Uniform Commercial Code Section 2-609: A Return to Certainty," 14 J. Marshall L. Rev. 113 (1980), *UIC Law Review* 14, no. 1 (1980), p. 120.

<sup>149</sup> “*no reasonable grounds for insecurity in regard to [their] continuing ability and willingness to perform*”. Vide el borrador de 1941 (aunque carece de fecha, es comúnmente aceptado en base a su contexto que data de ese año): Elizabeth Slusser Kelly and Ann Puckett, *Uniform Commercial Code Confidential Drafts* William S. Hein & Company, 2007), p. 73. Esta promesa mutua implícita, como ya comentamos anteriormente en relación con el derecho inglés, es la que está en la base de la crítica a la teoría, ya que en el derecho anglosajón las obligaciones contractuales nacen de promesas expresas por lo que, a falta de una promesa expresa de no repudiar, no se puede incumplir hasta el momento en que llegue la ejecución y, por lo tanto, no puede ser anticipada. La respuesta a esta crítica fue la necesidad de mantener esa promesa implícita porque se deriva de las expresas en el contrato y es necesaria por razones de política social: evitar costes de litigios, mitigar daños y conseguir que el contrato se ejecute finalmente en tiempo presente como estaba planeado, aunque sea a través de un tercero, pero sin esperar al futuro.

Si, a juicio de la parte perjudicada, han surgido "motivos razonables de inseguridad" respecto al posible cumplimiento de sus obligaciones por la otra parte, puede solicitarla por escrito que aporte una seguridad (prueba) adecuada de su debido cumplimiento. El fundamento es que la otra parte queda así notificada de que ha perjudicado las expectativas de la parte inocente y debe ahora solventar la inseguridad generada. Si se obtienen esa seguridad, esa evidencia de que va a honrar el contrato, la parte que suspendió el contrato deja de estar perjudicada y debe poner fin a su suspensión, continuando con su ejecución<sup>150</sup>.

Si la parte inocente no recibe seguridades adecuadas en un tiempo suficiente, el § 2-609.4 establece las consecuencias: "*Tras la recepción de una demanda justificada, el hecho de no proporcionar, en un plazo razonable que no exceda de treinta días, una seguridad de cumplimiento adecuada a las circunstancias del caso concreto constituye una repudiación del contrato*"<sup>151</sup>.

Por lo tanto, la parte bajo sospecha no puede eludir las consecuencias de una suspensión simplemente ignorando la demanda o proporcionando seguridades insuficientes, porque en esos casos la disposición del U.C.C. convierte el supuesto en uno de repudiación del contrato. Aquí, por tanto, la clave es el concepto de "*seguridad adecuada*" y qué se entiende por tal. Dado que hablamos de derecho norteamericano no existe una definición en la ley, sino que se deja a la interpretación del tribunal del caso concreto en cuestión, pero, en general, se entiende que el deudor debe mostrar pruebas de hechos o acciones específicas que eliminen la amenaza sobre el contrato, siendo el criterio a seguir para validarlas el de los comerciantes del ramo (§ 2-609 (2)). A veces puede bastar con una mera declaración basada en una buena reputación en el sector<sup>152</sup>.

Por ello se ha dicho (en referencia al derecho de EE.UU.) que el concepto de seguridades adecuadas del U.C.C. es "*el desarrollo más innovador y*

---

<sup>150</sup> *Ibid.*, afirmando, "[w]hen reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return").

<sup>151</sup> U.C.C. § 2-609(4): "*After receipt of a justified demand failure to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract.*"

<sup>152</sup> *Official Comment*, párr. 4. Precisamente, otra similitud entre el U.C.C. y CISG es la existencia de un comentario oficial publicado junto con el U.C.C. En el caso de CISG, la delegación de los Estados Unidos convenció al resto de las delegaciones de la utilidad de este comentario oficial de cara a la interpretación de sus normas, pero, desgraciadamente, la versión final aprobada de la CISG se quedó sin completar con un último comentario de la Secretaría que lo acompañase. *Vide* sobre esta cuestión *infra* nota 135.

*comercialmente sensato del derecho contractual en el siglo XX*"<sup>153</sup>. Complementa perfectamente a la doctrina del incumplimiento anticipado ya que contribuye a la eficiencia económica al dar tranquilidad a la parte inocente de que el contrato se cumplirá con lo que incentiva a la vez el cumplimiento por su parte, fomentado las comunicaciones entre las partes para evitar costes legales adicionales en forma de litigios con sus costes asociados de abogados. Es, por así decirlo, una opción intermedia entre los dos remedios tradicionales: no hacer nada en la esperanza de que el deudor ejecutará su obligación, o comenzar un litigio con toda la incertidumbre que puede conllevar corriendo el riesgo de que el tribunal interprete que las acciones o palabras del deudor no equivalían a una clara determinación de que no iba a ejecutar su obligación.

El gran éxito en EE.UU. del concepto de las "seguridades adecuadas" ha hecho que traspase fronteras y lo podemos encontrar entre otros, por ejemplo, en los artículos 71 y 72 de la Convención (aunque, como veremos más adelante, con notables diferencias que lo desvirtúan respecto a su sentido original)

Por otro lado, el estándar de probabilidad de la § 2-609 del U.C.C. es también un gran avance ya que permite que la suspensión esté disponible en muchos casos de duda sobre si el cumplimiento de la otra parte tendrá lugar o no posteriormente. Una parte interesada puede iniciar el proceso de suspensión "[c]uando surgen motivos razonables de inseguridad con respecto al

---

<sup>153</sup> "the most innovative and commercially sensible development in contract law in the twentieth century", vide R. J. Robertson Jr, "The Right to Demand Adequate Assurance of due Performance: Uniform Commercial Code Section 2-609 and Restatement (Second) of Contracts Section 251," *Drake L.Rev.* 38 (1988), p. 353. Su introductor fue el profesor Karl N. Llewellyn (1893-1962), una figura clave en el desarrollo del derecho mercantil en EE.UU. y que, en muchos aspectos, es comparable al profesor Rabel. De hecho, fue el profesor Rabel el que le invitó en abril de 1931 a participar como "experto privado" en las sesiones del comité de ventas de UNIDROIT y a partir de entonces ambos colaboraron de diferentes formas. Llewellyn recibió una gran influencia del derecho alemán en su formación como jurista y del profesor Rabel en su concepción de que el derecho mercantil debía aproximarse al mundo de los negocios y sus conceptos comerciales (hacer del "commercial law and practice clear, sane and safe"). Esta influencia se trasluce en sus aportaciones al U.C.C. que, como dice Grant Gilmore "Make no mistake, this Code is Llewellyn's Code" (Grant Gilmore, *In Memoriam: Karl Llewellyn*, 71 *YALE L.J.* 813, 814 (1962).). Para ver por todos en relación a las aportaciones de Llewellyn al U.C.C., Shael Herman, "Llewellyn the Civilian: Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code," *Tul.L.Rev.* 56 (1981), p. 1125; Stefan Riesefeld, "The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples," *Am.J.Comp.L.* 37 (1989), p. 1; James Whitman, "Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code," *Yale LJ* 97 (1987), p. 156; Zipporah Batshaw Wiseman, "Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules, The," *Harv.L.Rev.* 100 (1986), p. 465.

*cumplimiento de la [otra] parte*"<sup>154</sup>. Obviamente, el problema está en señalar el umbral a partir del cual existan esos "motivos razonables" y, dado que, al igual que ocurre con el concepto de "seguridad adecuada", no está definido en el Código y es algo que depende de los hechos del caso, hay que acudir a la jurisprudencia. Pero lo que es claro que el umbral es, como veremos más adelante, inferior al del artículo 71 de la Convención que se acerque demasiado al estándar del incumplimiento esencial del artículo 72.

De este modo, se consigue incentivar el recurso de la suspensión ya que se utiliza un estándar que es considerablemente más fácil de satisfacer que el estándar para la repudiación ya que, para repudiar el contrato debido a un "*anticipatory repudiation*" bajo la § 2-610 de la U.C.C., la parte inocente debe establecer una pérdida "*que afecte sustancialmente el valor del contrato para [ella]*"<sup>155</sup>.

Por todo ello, se puede apreciar que, *prima facie*, existen evidentes similitudes entre ambas secciones del U.C.C. y los artículos 71 y 72<sup>156</sup> de la Convención. Tantas que diferentes tribunales norteamericanos han establecido que "... *jurisprudencia interpretando cláusulas análogas del artículo 2 del U.C.C. pueden también ayudar a un tribunal cuando el lenguaje de las cláusulas relevantes de CISG remite al de U.C.C.*"<sup>157</sup>.

Ahora bien, ¿realmente cabe hacerlo así o nos encontramos de nuevo ante un caso de "*faux amis*"?

---

<sup>154</sup> "[w]hen reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of the [other] party."

<sup>155</sup> "*which will substantially impair the value of the contract to [it].*" El concepto de incumplimiento previsible ("anticipatory repudiation") en U.C.C. es fuertemente similar al artículo 72 de la Convención y establece un test objetivo para determinar que el incumplimiento es suficiente para permitir la cancelación del contrato.

<sup>156</sup> El Profesor Farnsworth, uno de los delegados de EE.UU. en la Conferencia de Viena manifestó que la § 2-609 del U.C.C. había inspirado directamente el Article 71, *vide* E. Allan Farnsworth en "*The Vienna Convention: An International Law for the Sale of Goods*" en Martha L. Landwehr, "Private Investors Abroad - Problems and Solutions in International Business in 1983" Matthew Bender, (1983)

<sup>157</sup> "... *case law interpreting analogous provisions of Article 2 of the U.C.C. may also inform a court where the language of the relevant CISG provisions tracks that of the U.C.C.*", *vide* en este sentido, *Macromex SRL v Globex Intenational, Inc*, EE.UU., US District Court, Southern District of New York, 16 abril 2008, CISG-online 1653, y que tiene su origen en un arbitraje previo *New York*, 23 de octubre 2007, CISG-online 1645. Siguiendo la estela abierta por el Segundo Circuito, *Genpharm Inc v Pliva-Lachema A.S*, US District Court, Eastern District of New York, 19 marzo 2005, CISG-online 1006, y *Travelers Property Casualty Company of America et al v Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited*, US District Court, Minnesota, 31 enero 2007, CISG-online 1435.

Adelantándonos a lo que más adelante estudiaremos en profundidad, se pueden establecer importantes diferencias entre ambas regulaciones en la manera en que tratan el incumplimiento anticipado.

En primer lugar, el U.C.C. permite a la parte inocente comenzar acciones judiciales por daños si la contraparte ha repudiado el contrato, mientras que la Convención sólo le autoriza a suspender su propia ejecución (artículo 71.1), a detener las mercancías en tránsito (artículo 71.2) o, en ciertas circunstancias restrictivas, resolver el contrato (artículo 72.1)

En segundo lugar, el U.C.C. permite suspender en caso de que existan “*motivos razonables de inseguridad*”, pero centrado en que la probabilidad de que la parte bajo sospecha no ejecute su obligación, no en su *incapacidad* para ello. Por el contrario, la Convención se centra en su artículo 71.1 en que sólo se permite suspender si la incapacidad de la parte bajo sospecha es causada por (a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o (b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

En tercer lugar, el U.C.C. no obliga a notificar de forma previa ni a suspender ni a comenzar acciones judiciales en caso de repudiación. La Convención, por su parte, obliga a notificar en su artículo 71 de la suspensión de forma inmediata y en su artículo 72 de la resolución, en este caso si hubiese tiempo para ello salvo que la otra parte haya declarado que no cumplirá con sus obligaciones.

En cuarto lugar, el U.C.C. no obliga a la parte inocente a aceptar seguridades no solicitadas, sólo aquellas que hayan sido solicitadas por ella misma. La Convención por su parte, una vez recibidas por la parte inocente las seguridades suficientes, hayan sido o no solicitadas por él, le obliga a continuar con su ejecución suspendida y dar la oportunidad a la parte bajo sospecha de cumplir con su parte.

Por último, y este es un tema fundamental en el tratamiento ya que tiene muy importantes consecuencias, el U.C.C. establece de forma clara que la falta de aportación a tiempo de seguridades suficientes es una forma de repudiación y, por tanto, da lugar a poder comenzar de forma inmediata una acción judicial por daños. Sin embargo, la Convención no regula las consecuencias de la falta de aportación de seguridades suficientes.

En definitiva, se trata claramente de dos regulaciones muy diferentes a pesar de compartir un origen común. Las razones de esa diferencia las encontraremos más adelante al examinar la historia legislativa de la Sección dedicada al incumplimiento previsible en la Convención.

## 2.3 Breve referencia al Derecho español

En España, el Código Civil establece como principio general en su artículo 1.125<sup>158</sup> que no se puede considerar que incumple quien todavía no resulta obligado a cumplir. Las obligaciones están sujetas a los plazos fijados por las partes que determinan el momento en que cada una debe hacer frente al cumplimiento de su obligación, pero no antes.

Obviamente, el acreedor carece de las acciones reservadas para el caso de incumplimiento y así lo refleja la Ley de Enjuiciamiento Criminal que señala en su artículo 812: «*Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas siguientes (...)*». Es decir, el primer factor a tener en cuenta para reclamar judicialmente una deuda en España es que sea vencida, lo que a su vez determina que sea exigible y por tanto que se pueda liquidar la deuda y, de esta manera, reclamarla.

No existe, por lo tanto, la institución del incumplimiento previsible o anticipado en derecho español<sup>159</sup>. En este sentido, el Código Civil recoge el sentir jurídico de su época de promulgación, finales del S. XIX, y que estaba detrás de las críticas que la doctrina de incumplimiento anticipado recibió desde su nacimiento.

Sin embargo, nuestro derecho sí aporta soluciones a situaciones de hecho similares a las que se recogen en los artículos 71 y 72 de la Convención. Lo hace por medio de la regulación de supuestos en los que el deudor disipa las dudas acerca de su cumplimiento futuro (el llamado “incumplimiento temido”) por medio del ofrecimiento de garantías o perdiendo el plazo acordado, de manera que el incumplimiento deja de ser previsible (futuro) o anticipado para ser actual, en el sentido de que la obligación de despejar las incertidumbres se adelanta, se hace actual y no futura en su fecha de cumplimiento. Se trataría realmente de una situación similar a la comentada anteriormente en relación con la teoría del “incumplimiento presente<sup>160</sup>” inglesa.

---

<sup>158</sup> Artículo 1.125 C.C.: “*Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue. Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente.*”

<sup>159</sup> Aunque el profesor Díez-Picazo también entendía que existe el derecho de resolver un contrato, al amparo del artículo 1.124 CC, cuando una parte ha anunciado su intención de incumplir, *vide* Luis Díez-Picazo, *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*, 5. ed. (Madrid: Ed. Civitas, 1996), pp. 716- 718.

<sup>160</sup> *Vide supra* nota 1.

Así, por ejemplo, nuestro Código Civil lo contempla en el artículo 1.129<sup>161</sup> en sede de obligaciones en general, y en el artículo 1.467<sup>162</sup> relativo a la compraventa civil donde, en el caso de que después de la conclusión del contrato se tenga conocimiento de la situación de insolvencia del comprador, se faculta al vendedor a negarse a cumplir y suspender la entrega de la cosa salvo que el comprador afiance.

Incluso en sede de compraventa de inmuebles (artículos 1.502 y 1.503 del Código Civil) se le otorga al *comprador* la facultad de suspender<sup>163</sup> el cumplimiento salvo afianzamiento si existiere fundado temor por una acción reivindicatoria o hipotecaria, y al *vendedor* de resolver<sup>164</sup> en un momento anterior al fijado para el cumplimiento de la obligación (es decir, anticipadamente, a esto se refiere la indicación del artículo 1.124 del párrafo segundo *a contrario sensu* ya que, a falta de motivos fundados, hay que esperar al vencimiento de la obligación) cuando exista un fundado motivo para temer el incumplimiento de la contraparte y la pérdida de la cosa vendida y el precio. Ahora bien, el artículo 1.503 no prevé la concesión de un plazo al comprador para que cumpla o asegure el cumplimiento.

---

<sup>161</sup> Artículo 1.129 C.c.: “Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.”

<sup>162</sup> Artículo 1.467 C.c.: “Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido.”

<sup>163</sup> Artículo 1.502 C.c.: “Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante, cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago.” La jurisprudencia exige también que las causas de la perturbación sean anteriores a la venta y que la suspensión del pago del precio se comunique al vendedor, de manera que este pueda afianzar el cumplimiento de su obligación (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1964, RJ 1964\3685); adicionalmente, también exige que las causas no hayan sido declaradas o conocidas por el vendedor, (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1958, RJ 1958\1669). Como veremos más adelante, requisitos similares a los exigidos en CISG para ejercitar el derecho de suspensión.

<sup>164</sup> Artículo 1.503 C.c.: “Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1.124.”

Es decir, que el C.c. otorga tres opciones de actuación al acreedor en diferentes supuestos específicos ante un incumplimiento temido: la primera, suspender su propio cumplimiento (ex artículos 1.467 y 1.502); la segunda, resolver el contrato (ex artículo 1.503); y la tercera, ejercer la facultad general de pedir el vencimiento anticipado de la obligación (ex artículo 1.129)

Como vemos, la solución jurídica en estos supuestos, aunque más limitada en cuanto a quién y en qué supuestos específicos se puede ejercitar, realmente no es muy diferente a la que, en términos generales, llega el derecho anglosajón (británico o norteamericano) o a la recogida en los artículos 71 (en el caso de los artículos 1.467 y 1.502) y 72 (en el caso del artículo 1.503) de la Convención. Sin embargo, de estos artículos no se puede establecer un principio general, ya que todos son excepciones a la norma general establecida en el artículo 1.125.

Por su parte, en el ámbito concursal la calificación o no de anticipado del incumplimiento tiene gran trascendencia de cara a la calificación como concursal<sup>165</sup> o contra la masa del crédito<sup>166</sup>, y la apertura de la fase de liquidación provoca el vencimiento anticipado de los créditos concursales<sup>167</sup>.

Y por último cabe recordar que, en reiteradas ocasiones,<sup>168</sup> la jurisprudencia española ha dado acogida a la noción de incumplimiento anticipado. En estos

---

<sup>165</sup> Artículo 163 Ley Concursal: “1. En caso de resolución del contrato por incumplimiento, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. 2. Si el incumplimiento del concursado hubiera sido anterior a la declaración del concurso, el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de los daños y perjuicios causados por ese incumplimiento tendrán la consideración de crédito concursal, cualquiera que sea la fecha de la resolución. 3. Si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso, el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento tendrán la consideración de crédito contra la masa.

<sup>166</sup> Artículo 242.1.12 Ley Concursal: “Los créditos que, conforme a lo dispuesto en esta ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y los créditos por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte del concursado.”

<sup>167</sup> Artículo 414 Ley Concursal: “Además de los efectos establecidos en el capítulo III del título III del libro I de esta ley, la apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones.

<sup>168</sup> En especial en supuestos resolutorios de compraventa de viviendas el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina del incumplimiento anticipado al amparo, según las propias sentencias, de legislaciones o principios jurídicos de ámbito internacional (CISG, PECL, PICC) y las nuevas tendencias legislativas nacionales (artículo 1.200.2º de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos), y cuya máxima expresión son las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26 de febrero de 2013 (RJ 2013\4935) y 18 de julio de 2013 (RJ 2013\5200). En la de 26 de febrero de 2013 en el caso *ad litis* se establece que “En el caso de que las obligaciones recíprocas o las identificadas por las partes como resolutorias tengan señalado término para su ejecución, como regla no puede afirmarse el incumplimiento hasta que no haya transcurrido el tiempo fijado. Pero en

supuestos se admite el incumplimiento resolutorio previsible cuando exista certidumbre objetiva de que el obligado no vaya a cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, bien porque no quiere, y así lo ha declarado, o bien porque existan otros factores que evidencien que el obligado incumplirá de forma esencial el contrato, de manera que no sea preciso esperar a que llegue el vencimiento del plazo contractual para instar su resolución.

---

*ocasiones, entre ellas cuando es evidente que el obligado incumplirá de forma esencial porque existe certidumbre objetiva de que el obligado no va a cumplir porque no quiere y así lo ha declarado o, como acontece en el supuesto de autos, porque, además de por otros factores, por razones cronológicas la promotora no podía acabar la obra -paralizada en aquella fecha- y entregar las viviendas en el plazo fijado en el contrato no es preciso esperar a que llegue este para instar la resolución manteniendo, con los costes de toda índole que ello conlleva, la vigencia del contrato".* Es también llamativo que, dentro de los argumentos esgrimido en esta sentencia, se menciona el ahorro de costes y minimizar los daños y perjuicios. Por su parte, la STS de fecha 18 de julio de 2013 afirma que «[a]ctualmente se reconoce lo que se ha venido en llamar el incumplimiento previsible o anticipado (lo que en la terminología anglosajona utilizada en los textos de los movimientos unificadores del Derecho se ha denominado "anticipatory non-performance"), que puede tener trascendencia resolutoria al igual que si fuera un incumplimiento actual al facultarse al contratante cumplidor a resolver cuando antes del vencimiento del plazo contractual resulta patente que el deudor incurrirá en un incumplimiento esencial». De forma previa a estas sentencias cabe citar la STS de 4 de febrero de 1997 (RJ/1997/675) que contiene un reconocimiento específico de la doctrina y decreta la resolución de la obligación por incumplimiento del constructor ya que se probó el retraso en la ejecución de las obras, de tal forma que se dedujo que no es cierto que se cumplirá en el plazo previsto, así como la famosa STS de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010\2538) que también admitió implícitamente esta doctrina y que cita a otras previas: «Como puso de relieve la sentencia de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005\8576), seguida por la de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008\3091), también constituye incumplimiento –intencional– la declaración de la voluntad de no cumplir, emitida cuando la prestación aun no es exigible, si la otra parte no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo. Esa es la situación que resulta de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, conforme a los que la ahora recurrente no ha estado dispuesta a cumplir la prestación prometida.»



## CAPÍTULO TERCERO. EL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO EN LA CONVENCIÓN

### 3.1 Contexto y visión general de los artículos 71-73 en la Convención

La Convención tiene como objeto regular el tipo de contrato que es, por antonomasia, sinalagmático: la compraventa. En él, como explica Díaz-Picazo, la causa de la prestación de cada parte es la contraprestación de la otra<sup>169</sup>: se intercambia mercancía por precio siguiendo el clásico aforismo romano *un do ut des*<sup>170</sup>. Por ello, en el devenir diario de la actividad comercial de las empresas que venden cualquier tipo de bienes, la principal preocupación del vendedor es cobrar por aquello a lo que ha dedicado dinero y tiempo en fabricar (o revender, en su caso) y la del comprador es recibir aquello que compró en base a sus especificaciones y en el tiempo de entrega solicitado. Se trata de dos obligaciones recíprocas y simultáneas de las que se deriva un principio que podríamos denominar universal que se encuentra reflejado en todos los ordenamientos jurídicos (pago contra entrega<sup>171</sup>) y que, aunque en el comercio internacional la distancia entre las partes hace que esa simultaneidad no sea tal, también encuentra su reflejo en el artículo 58 de la Convención.

Pero diariamente pueden ocurrir múltiples circunstancias que hagan que, bien sea por el lado del vendedor o bien por el lado del comprador, las expectativas de cualquiera de las partes que han empezado a preparar sus obligaciones contractuales se vean en riesgo y como consecuencia de ello, antes del momento en que deba cumplir su obligación, tenga que tomar medidas frente a la contraparte para proteger sus intereses y evitar incurrir en costes adicionales<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Vol. II* (Madrid: Difusora Larousse - Editorial Tecnos, 2015), p. 33; Luis Díez-Picazo, *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*, 5. ed. ed. (Madrid: Ed. Civitas, 1996), p. 279.

<sup>170</sup> Joan Miquel, *Curso De Derecho Romano*, ed. Joan Miquel (Barcelona: PPU, 1987), p. 367.

<sup>171</sup> Artículo 1445 C.c: “*Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*”

<sup>172</sup> Prueba de que estas situaciones son habituales es que los diferentes intentos de codificación del siglo XX han recogido normas sobre la materia, ver en este sentido a nivel internacional los diferentes borradores de LUCI: Borrador de 1935, en sus artículos 88–90; Borrador de 1939, en sus artículos 73–75; Borrador de 1956, en sus artículos 82–84; Borrador de 1963, en sus artículos 82–84.

Típicamente esas medidas toman forma, dentro de este tipo de sinalagma<sup>173</sup>, en tres soluciones diferentes según la legislación y jurisprudencia de los diferentes países y familias de derecho. La primera, conocida como *exceptio non-adimpleti contractus* y basada en la regla de cumplimiento simultáneo de las obligaciones<sup>174</sup>, implica que una parte puede suspender el cumplimiento de su obligación mientras la otra no cumpla la suya (es decir, el cumplimiento o incumplimiento es simultáneo y recíproco, permitiéndose sólo suspender, no resolver el contrato). La segunda es una variante de la anterior y consiste en la facultad de suspender el cumplimiento de una obligación o resolver un contrato cuando existen razones para temer que la contraparte *no cumplirá* con su obligación recíproca (es decir, todavía no ha incumplido). Y la tercera consiste en determinar, en el caso de las entregas a plazos o sucesivas, si el retraso en una de ellas tiene incidencia en las demás o sobre la totalidad del contrato.

---

<sup>173</sup> Se trata del denominado sinalagma funcional que consiste en la relación subyacente entre las prestaciones de las partes donde cada una de ellas da su consentimiento a una relación recíproca, por diferenciación del genético, que consiste en la causa de los contratos. En este sentido *vide* Diez-Picazo *supra* nota 159 en pp. 374-375 o la Sentencia 797/2012 del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 9 de enero de 2013 (RJ 2013\1633) donde se explica “*La jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el «sinalagma genético», referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación y el «sinalagma funcional» en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto (en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1979 se refiere «al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica de las obligaciones recíprocas»), la de 14 de mayo de 1982 al «contrato sinalagmático (con sinalagma genético y funcional) en el que se pactaron obligaciones recíprocas ligadas por un nexo de interdependencia», la 1033/1994 de 18 de noviembre, reiterada en la 814/2007, de 5 de julio afirma que «las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genético en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente», la 458/1996, de 8 de junio, al «sinalagma funcional», la 1194, de 9 de diciembre de 2004, reiterada en las sentencias 168/2010, de 30 de marzo, 108/2011, de 10 de marzo y 132/2011, de 11 de marzo, sostiene que «las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor».*

<sup>174</sup> Conocida modernamente como “excepción de incumplimiento contractual”. Su origen, al igual que el de la más amplia “*exceptio inadimpleti non est adimplendum*” y la más restrictiva “*exceptio non rite adimpleti contractus*”, realmente no se encuentra en el Derecho Romano como se suele pensar, sino que fue extrapolada por los glosadores medievales de una variedad de principios de Derecho Romano y el principio de la buena fe, *vide* Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: University Press (1996)

Son estas dos últimas situaciones las que trata de regular la Convención en los artículos 71 a 73 para proteger a la parte que, de forma anticipada, ve en riesgo el correcto cumplimiento de su contrato y que, de no existir, obligarían a las partes a esperar el respectivo cumplimiento recíproco y sólo en caso de un efectivo incumplimiento, poder resolver el contrato o ejercitar otro remedio jurídico y terminar en un litigio. Son, por tanto, medidas que tienen un claro trasfondo económico en el que se busca liberar a la parte inocente de sus obligaciones bajo el contrato de modo que pueda mitigar sus daños.

Estas medidas son, por un lado, ex artículo 71, una medida temporal de suspensión de sus obligaciones con el objeto de dar tiempo a la contraparte a solventar el problema que haya podido surgir y, por otro lado, ex artículos 72 y 73, otra medida definitiva de resolución del contrato cuando definitivamente no se pueda mantener el contrato en vigor.

La Convención estas medidas las ha situado sistemáticamente dentro de su Parte III dedicada a la “Compraventa de Mercaderías” donde, de forma similar a lo que se hizo en los arts. 71 et ss. de la LUCI, dispone un capítulo entero<sup>175</sup> con las normas sustantivas que son de aplicación a las obligaciones tanto del comprador como del vendedor (artículos 71-88), aunque existen algunos artículos que son excepción a esta norma al regular sólo situación que afectan al comprador o al vendedor<sup>176</sup>.

Y, más en concreto, es en la sección I del Capítulo V donde se inscriben tres artículos que se regulan bajo el título de “*Incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas*” y que tratan sobre “... *la resolución (total o parcial) del contrato o el aplazamiento de su cumplimiento en determinadas circunstancias especiales, a saber, cuando una parte haya anunciado de algún modo el futuro incumplimiento de sus obligaciones (artículos 71 y 72 y, en ciertos aspectos, el artículo 73, párrafo 2), o cuando se haya producido un incumplimiento de un*

---

<sup>175</sup> El capítulo V tiene como título “Disposiciones comunes a las obligaciones del Vendedor y del Comprador”. Dentro de este capítulo nos encontramos artículos donde se regula, de forma única para toda la Convención, el incumplimiento previsible (71-73), la indemnización de daños y perjuicios (74-77), el pago de intereses (78) y las causas de exoneración (79-80). Adicionalmente, se regula de forma conjunta supuestos contemplados también en otras partes de CISG como los efectos de la resolución (81-84) o la conservación de las mercancías (85-88).

<sup>176</sup> Las excepciones a esta aplicación común a comprador y vendedor son el artículo 71.2 que se aplica sólo al vendedor y el artículo 73.3 que se aplica sólo al comprador.

*contrato en que se estipulen entregas sucesivas (artículo 73)*<sup>177</sup>, es decir, interferencias que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato<sup>178</sup>.

Los artículos 71 a 73 tratan, por tanto, con supuestos que amenazan el contrato *antes de* la fecha de cumplimiento contractual y resulta manifiesto o patente que una de las partes contractuales no cumplirá, o puede que no cumpla, una parte sustancial o esencial de sus obligaciones contractuales, disponiendo el tratamiento jurídico en favor de la parte inocente. Por tanto, se diferencian de los artículos 49 y 64, que juegan en favor de comprador y vendedor respectiva y exclusivamente, en que estos últimos sólo se activan *después de* la fecha de cumplimiento contractual y dan derecho a la parte inocente a resolver el contrato cuando la contraparte ya ha incumplido el contrato bien por medio de un cumplimiento defectuoso o por no cumplir sus obligaciones en la fecha acordada.

En particular, el artículo 71 tiene una redacción muy similar al 72 lo que hace que, en apariencia y primera lectura, sea difícil advertir las diferencias. Lo que se buscaba es que el artículo 71 fuese menos oneroso que el 72 (suspender vs. resolver) de manera que los artículos 71 y 72 distinguen, respectivamente, entre una amenaza de incumplir una parte sustancial de sus obligaciones contractuales y una amenaza de incumplimiento esencial de las mismas. La última da derecho a la parte inocente a resolver el contrato mientras que la primera sólo da derecho a suspender, lo que supone que en la Convención se ha buscado que un incumplimiento pueda ser sustancial sin ser esencial. De esta manera, se puede decir, que los artículos 71 y 72 difieren no sólo en su propósito último (suspender vs resolver), sino, lógicamente, en los requisitos necesarios para el ejercicio de los derechos contenidos en cada uno de ellos, así como son diferentes las obligaciones de las partes en lo que respecta a las comunicaciones entre ellas.

Por su parte, el artículo 73 es en realidad un caso particular del artículo 72 donde se regula el incumplimiento anticipado en contratos con entregas sucesivas de mercaderías en los que la parte inocente podrá declarar resuelto el contrato en relación con una sola entrega, a futuras entregas o resolver el contrato en su totalidad.

---

<sup>177</sup> Visión General de los artículos 71-73, p. 363 en Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Edición de 2016, disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg\\_digest\\_2016\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg_digest_2016_s.pdf)

<sup>178</sup> Fountoulakis en Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer and Ulrich G. Schroeter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fifth ed. (Munich: Oxford University Press, 2022), art. 71, Rn. 3.

Un aspecto importante que señalar es que mientras que el artículo 72 (y el 73 como supuesto especial del anterior) trata realmente con un incumplimiento anticipado del contrato (es decir, un incumplimiento que tenga lugar antes de que sea debida la obligación de la parte que incumple), el artículo 71 realmente tiene un ámbito de actuación mayor ya que trata, además, con la “ejecución incompleta” de las obligaciones contractuales<sup>179</sup>. Por ello, los remedios del artículo 71 están previstos para mantener el contrato vivo, mientras que los de los artículos 72 y 73 lo están para terminar con él por medio de su resolución<sup>180</sup>.

Ahora bien, las circunstancias y requisitos bajo los cuales dichas medidas pueden ser ejercitadas son particulares de la Convención y, aunque con origen primario en algún derecho nacional, son exclusivas de ella y deben de ser interpretadas de manera autónoma y a la luz de la historia propia de la que derivan en las negociaciones que dieron origen a la Convención y no de las interpretaciones que alguna doctrina y tribunales entiendan que debieran ser.

Y es que se debe señalar que, desde su origen histórico como doctrina legal, los supuestos de incumplimiento anticipado han sido siempre muy conflictivos porque plantean problemas tanto desde el punto de vista filosófico-moral como desde el punto de vista práctico. Es ciertamente complicado establecer un equilibrio entre los derechos de dos partes con intereses contrapuestos cuando existe una probabilidad de que se produzca un incumplimiento futuro del contrato ya que la parte inocente debe tener derecho a no continuar con sus obligaciones contractuales para evitar así una pérdida económica mientras que la parte deudora debe tener oportunidad de remediar la situación producida.

Por ello, y como veremos en detalle más adelante al hablar de cada uno de los artículos, la incorporación a la Convención de la doctrina del incumplimiento anticipado fue objeto de una viva discusión ya que puso de manifiesto similares objeciones conceptuales a las que esta misma doctrina había visto en sus países de origen (Inglaterra y Estados Unidos fundamentalmente) a lo largo de su desarrollo histórico, sólo que esta vez las mismas fueron expuestas por países del denominado tercer mundo en desarrollo. Desde su punto de vista, esta teoría permite demasiada subjetividad a la parte que ejercita el remedio contenido en la norma (sea suspensión o resolución), dándole libertad para poder abusar de la norma y alterar el curso del contrato si ocurría algún evento económico o político a lo largo de la vida de este que haga que le deje de ser económicamente favorable, lo cual, desgraciadamente, es más habitual en estos países que en

---

<sup>179</sup> Magnus en su comentario al artículo 71, *Rn.* 34, en Ulrich Magnus and Julius von Staudinger, *J. Von Staudingers Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Mit Einführungsgesetz Und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Vol. 2 Walter de Gruyter, 2018), p. 845.

<sup>180</sup> *Vide supra* nota 154 en artículo 71, *Rn.*1 y artículo 72 *Rn.*1.

los industrializados. En estos artículos se evidenció claramente el abismo económico entre el llamado primer mundo (occidental e industrializado y, por tanto, productor de bienes) y el entonces denominado grupo de países en vías de desarrollo (suministrador de materias primas o bienes sin valor añadido) que querían que los motivos para suspender o resolver un contrato fuesen lo más objetivos posibles<sup>181</sup>.

De este modo, las discusiones en la preparación de la Convención giraron en torno a buscar compromisos para reducir ese factor de subjetividad de manera que se evitase un potencial abuso de los derechos concedidos. Por ello es muy importante conocer la historia legislativa de estos artículos ya que fueron fruto de unas arduas discusiones que dieron lugar a que contengan diferentes requisitos para el ejercicio de sus respectivos remedios<sup>182</sup>. En este sentido, es relevante señalar las cuatro grandes cuestiones debatidas.

La primera giró en torno a si la Convención debía siquiera adoptar una norma sobre el incumplimiento anticipado. Algunas delegaciones argumentaron que tal norma era innecesaria, ya que el concepto ya estaba cubierto por la legislación nacional existente y los principios del derecho contractual. Otras, sin embargo, argumentaron que la Convención debería incluir una disposición específica sobre el incumplimiento anticipado para promover la uniformidad en el comercio internacional.

La segunda fue la determinación del umbral de subjetividad de la norma, el grado de certeza con que debe ser previsible el incumplimiento.

La tercera hace referencia al ámbito de aplicación de la norma sobre incumplimiento anticipado. Algunas delegaciones sostuvieron que la norma debería limitarse a los casos en que el incumplimiento fuera esencial, mientras

---

<sup>181</sup> Se trata, en fin, de parte de un problema más amplio, la existencia o no de un sistema global de comercio que beneficia en su estructura a los países más desarrollados frente a los de en vías de desarrollo, siendo la doctrina del incumplimiento anticipado un instrumento más de este sistema. Para ver de modo general una discusión sobre si las leyes uniformes internacionales de compraventa deberían de reconocer y tratar este desequilibrio, *vide* Van der Velden "The law of International Sales: The Hague Conventions 1964 and the UNCITRAL Uniform Sales Code 1980- Some main Items Compared" en Cornelis Carel Albert Voskuil and John Anthony Wade, *Hague-Zagreb Essays 4: On the Law of International Trade*, Vol. 4 (The Hague: TMC Asser Instituut, 1983), pp. 65-68 y Iván Szász, *A Uniform Law on International Sales of Goods. the CMEA General Conditions* Akadémiai Kiadó, (1976), pp. 1-6.

<sup>182</sup> Harry M. Flechtner, "Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C." *JL & Com.* 8 (1988), p. 53; Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* Manz, (1986), p. 389 *et seq.*; Magnus en Staudingers, *op. cit. supra* nota 179 en pp. 856-857, artículo 72, *Rn.* 8 y 9.

que otras argumentaron que debería aplicarse a cualquier incumplimiento que fuera suficientemente grave.

Y, por último, la última cuestión clave debatida versó sobre los recursos de lo que debía disponer la parte afectada en caso de incumplimiento anticipado, donde algunas delegaciones sostuvieron que el único recurso adecuado es la resolución del contrato, mientras que otras argumentaron que también deberían existir otros recursos, como la suspensión de la ejecución. Como veremos, al final de las reuniones se alcanzaron fórmulas de consenso que recogen, de una forma u otra, todas las sensibilidades expresadas en los trabajos previos aunque, en aras de ese consenso, dejan sin abordar temas fundamentales para su aplicación que han dado lugar a grandes debates jurídicos.

## 3.2 Artículo 71 de la Convención. Aplazamiento de la obligación de cumplimiento.

El artículo 71 de la Convención regula lo siguiente (énfasis propio añadido):

1. Cualquiera de las partes podrá *diferir* el cumplimiento de sus obligaciones si, *después* de la celebración del contrato, *resulta manifiesto* que la otra parte no cumplirá una *parte sustancial* de sus obligaciones a causa de:

a) un grave menoscabo de su *capacidad* para cumplirlas o de su *solvencia*, o

b) su *comportamiento* al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

2. El vendedor, si *ya hubiere expedido* las mercaderías *antes de que resulten evidentes* los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá *oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador*, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

3. La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, *deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte* y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da *seguridades suficientes* de que cumplirá sus obligaciones.

### 3.2.1 Visión general

El artículo 71 es uno de los que más fueron discutidos a lo largo de toda la historia de los trabajos de la Convención. Lo fue de forma previa a iniciarse los trabajos, fue objeto de gran debate durante los diez años que duraron los trabajos preparatorios del Grupo de Trabajo y de nuevo lo fue durante los trabajos desarrollados durante la Conferencia y en los que se dio forma definitiva a la Convención. La razón de esta discusión no fue la necesidad de tener o no tener un artículo que regulase la suspensión de las obligaciones de la parte que ve en peligro el cumplimiento del contrato (algo comúnmente aceptado), sino el grado de determinación de los motivos para hacerlo ya que, dado que se está hablando de un incumplimiento anticipado, por su propia naturaleza ha de existir un cierto grado de subjetividad en su ejercicio al no haber tenido lugar todavía el incumplimiento del que nace el derecho. Por ello, las discusiones se centraron en la pugna de los países en desarrollo por objetivar lo máximo posible los motivos para la aplicación del artículo.

En esencia, el artículo 71 tiene como objeto proteger el principio entrega contra pago del artículo 58 de la Convención mediante un remedio jurídico consistente en facultar a ambas partes de un contrato a suspender provisionalmente las prestaciones a las que estuviesen obligados bajo el mismo siempre que, con posterioridad a la celebración del contrato, tenga lugar un determinado presupuesto (*“si resulta manifiesto que la contraparte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones”*) que puede nacer de una pluralidad de causas contenidas en la norma y siempre que se le comunique a la contraparte. Una vez notificada la parte bajo sospecha de la existencia de esa situación de inseguridad, su ofrecimiento de seguridades suficientes termina con la inseguridad que amenazaba el contrato y obliga al cumplimiento de este.

Este derecho se manifiesta en el párrafo primero del artículo en lo que la doctrina denomina como un derecho de suspensión o retención de las propias prestaciones – retención *lato sensu*- aplicable tanto a comprador como a vendedor, frente al derecho de detención o retención de las mercancías cuando se encuentren en tránsito – retención *stricto sensu*- contenido en su párrafo segundo y aplicable sólo al vendedor con el objeto de detener la entrega de las mercancías una vez han sido puestas a disposición del comprador. Eliminados los impedimentos, la parte que ha ejercitado alguno de estos derechos tiene que volver a cumplir con sus obligaciones.

Durante muchos años se ha considerado que el derecho de suspensión sólo cabía ser ejercido en expresión del sinalagma del artículo 58. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia y la mejor doctrina amparan su uso también en situaciones donde las obligaciones no son sinalagmáticas, pero se trata de obligaciones que son importantes para el correcto desenvolvimiento del contrato o, incluso, como posible en aquellas situaciones donde la obligación ya ha sido parcialmente cumplida y se prevea que en el futuro no haya una buena ejecución del resto del contrato.

Se habría así instaurado un derecho general a suspender el cumplimiento bajo la Convención.

### 3.2.2 Historia legislativa

El antecedente lejano del artículo 71 está en el artículo 73 de la LUCI que establecía:

*"1. Cada una de las partes puede diferir el cumplimiento de sus obligaciones, siempre que la situación económica de la otra parte haya pasado a ser con*

*posterioridad al contrato tan difícil que existan motivos fundados para temer que ella no cumplirá con una parte importante de sus obligaciones.*

*2. Si el vendedor ha expedido la cosa antes de que revele la situación económica del comprador prevista en el inciso precedente, puede oponerse a la dación de la cosa al comprador, inclusive si éste es titular de un documento que le conceda el derecho de obtenerla.*

*3. No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, el vendedor no tendrá derecho a oponerse a la dación si ésta es reclamada por un tercero, que sea legítimo titular de un documento que le conceda derecho para obtener la cosa, a menos que el documento contenga reservas que se refieran a la transmisión, o a menos que el vendedor demuestre que el titular del documento, al adquirirlo, hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del vendedor."*

El foco de atención del artículo 73 de la LUCI se ponía de forma exclusiva en el deterioro de la situación económica de la parte bajo sospecha. Pero la cuestión de si las circunstancias que autorizan la suspensión del cumplimiento es suficientemente concreta y objetiva ya se suscitó en una fecha tan lejana como 1969 cuando, en respuesta a un cuestionario del Secretario General, Egipto<sup>183</sup> expuso que el artículo 73 LUCI "*deja a la parte interesada la evaluación de la situación económica de la otra parte y de la importancia de las obligaciones que serían incumplidas*", siendo esta misma cuestión discutida en el segundo período de sesiones de la Comisión (1969) donde otros representantes expresaron la opinión de que la mencionada disposición no concedía a una parte el derecho a suspender unilateralmente el cumplimiento, y que una parte que actuara en forma incompatible con la norma estipulada en el párrafo 1 estaría obligada a pagar daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.

Esta búsqueda de la objetividad en su operativa se fue produciendo en varias etapas<sup>184</sup> que pasamos a resumir:

---

<sup>183</sup> Vide "Analysis or comments and proposals by Government relating to articles 71 to 101 of ULIS" en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/acn9-wg2-wp17-e.pdf> e Informe del Secretario General sobre las cuestiones que plantean los capítulos IV a VI de la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CN.9/87, anexo IV) en Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. V: (New York: Naciones Unidas, 1976), p. 92, párr. 50. Documento A/CN.9/SER.A/1974 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1974\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1974_s.pdf)

<sup>184</sup> Vide supra nota 85.

### 3.2.2.1 El Grupo de Trabajo (1970-1977)

El Grupo de Trabajo estudió el artículo 73 LUCI en su quinto periodo de sesiones en 1974 y en él se plantearon ya las grandes cuestiones que iban a perseguir a este artículo a lo largo de toda la historia de su tramitación. Diversos países plantearon de forma previa incluso al inicio del periodo de sesiones la necesidad de reforma de este artículo en base a que no se debía ni podía dejar en manos del vendedor la valoración de la situación económica del vendedor, sugiriéndose que se debía dar a esa parte la oportunidad de aportar garantías; asimismo y en relación al párrafo 2), se planteó también la cuestión de la aplicación o no del artículo al porteador, parte necesariamente involucrada, por ir tanto en contra del derecho interno como del internacional sobre el transporte de mercancías<sup>185</sup>. Por último, el informe del Secretario General preparado también de forma previa al comienzo de los trabajos solicitaba<sup>186</sup> la supresión del párrafo 3), aunque dicha sugerencia fue rechazada<sup>187</sup> por el Grupo de Trabajo al entenderse que dejaba sin recursos a los terceros.

Sobre esas observaciones previas referidas, y partiendo de diversas modificaciones sugeridas por el Secretario General<sup>188</sup> se iniciaron los trabajos que dieron lugar, después de muchas discusiones con sugerencias contrapuestas y de dos proyectos de texto solicitados al Grupo de Redacción IV que estaba encargado también de revisar el artículo 75 (actual artículo 72), a un nuevo texto<sup>189</sup> tomando nota de las reservas de diferentes países de cara a sugerir modificaciones en futuros periodos de sesiones.

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, párr. 91. Se solicitó la necesidad de especificar con precisión la posibilidad de detener una mercancía en tránsito ya que las disposiciones de la LUCI sólo eran aplicables si se daba una combinación poco frecuente de circunstancias: 1) el vendedor expide las mercancías al comprador sin recibir pago o garantía del pago (como una carta de crédito documentario) y sin conservar el control de las mercancías; y 2) el vendedor recibe nueva información respecto de la situación financiera del comprador mientras las mercancías se encuentran aún en tránsito y, por tanto, a tiempo para tomar las medidas necesarias con objeto de impedir la dación de las mercancías por el porteador al comprador.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 40, párr. 92 y también en p. 94, párr. 62.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 41, párr. 100.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 40, párr. 92.

<sup>189</sup> "1. *Toda parte podrá diferir el cumplimiento de su obligación cuando, con posterioridad a la celebración del contrato, el grave empeoramiento de la situación económica de la otra parte o su comportamiento al prepararse para ejecutar el contrato o al ejecutar efectivamente éste, constituyan motivos fundados para concluir que la otra parte no cumplirá una parte considerable de sus obligaciones.*

2. *El vendedor, si ha expedido la cosa antes de que sean evidentes los motivos descritos en el párrafo 1, podrá oponerse a la dación de la cosa al comprador incluso aunque éste sea titular de un documento que le conceda el derecho de obtenerla. La disposición del presente párrafo se refiere solamente a los derechos sobre la cosa entre el comprador y el vendedor.*

Los cambios fueron importantes. Con relación a su primer párrafo, hubo un consenso general en la necesidad de definir con mayor concreción la expresión del artículo 73 LUCI relativas a que “*la situación económica de la otra parte haya pasado a ser ... tan difícil*” ya que se entendía que “*era demasiado subjetiva y vaga y debería, por tanto, sustituirse por otra más objetiva y precisa*”<sup>190</sup>. De este modo, se avanza en la objetivación de la norma ya que, aunque se mantiene la referencia a la situación económica, se modula mediante “*el grave empeoramiento*”.

Adicionalmente, los países más desarrollados<sup>191</sup> entendían que muchas veces, bien por la práctica comercial, bien porque era imposible obtener información fidedigna en muchos países sobre la solvencia de una sociedad, era absolutamente imposible averiguar con quién se contrataba, por lo que se amplían las circunstancias que dan lugar a suspender al tener en cuenta “*su comportamiento al prepararse para ejecutar el contrato o al ejecutar efectivamente éste*” y, por primera vez, aparece la discusión sobre el estándar a validar: se cambia “*motivos fundados para temer*” por “*motivos fundados para concluir*” y “*una parte importante de sus obligaciones*” por “*una parte considerable de sus obligaciones*”.

Por su parte, y siguiendo las sugerencias del Secretario General, las disposiciones sobre la detención en tránsito del párrafo segundo se hicieron explícitamente aplicables sólo entre el vendedor y el comprador de manera que no fuesen aplicables a terceros<sup>192</sup>, y se eliminó el párrafo 3 del artículo 73 LUCI.

Finalmente, y también siguiendo la propuesta del Secretario General, se introdujo en la discusión<sup>193</sup> el tema de las seguridades (aunque el término norteamericano “*assurances*” fue traducido erróneamente como “*garantías*” en los textos oficiales de la época) a ofrecer para remediar la situación, si bastaba que fuese satisfactoria para la otra parte o era suficiente con que estuviese delimitada en el texto. Por ello, se incluyó un nuevo párrafo tercero que dispone que la parte que difiera el cumplimiento lo notificará inmediatamente a la otra parte, y deberá dar cumplimiento al contrato si esa otra parte da seguridades de que cumplirá su obligación. Y, muy importante como veremos más adelante al

---

*3. La parte que difiera el cumplimiento, ya antes, ya después de expedida la cosa, lo notificará inmediatamente a la otra parte, y continuará el cumplimiento del contrato si esa otra parte da garantías suficientes de que cumplirá a tiempo su obligación. Si la otra parte no da tales garantías en un plazo razonable después de recibida la notificación, la parte que haya diferido el cumplimiento podrá declarar resuelto el contrato.* (énfasis propio)

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 40, párr. 93.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 40, párr. 94.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 41, párr. 106.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 40, párr. 96.

estudiar en detalle este artículo<sup>194</sup>, se incluyó en este nuevo párrafo una segunda frase en la que se establecía que, si las seguridades no se aportaban “*en un plazo razonable después de recibida la notificación, la parte que haya diferido el cumplimiento podrá declarar resuelto el contrato.*”

Los trabajos fueron reanudados posteriormente en la sexta sesión del Grupo de Trabajo en 1975, donde algunos representantes declararon que, con relación al primer párrafo, el estándar “*el grave empeoramiento de la situación económica de la otra parte*” seguía siendo demasiado vago para poder ser utilizado sin dificultad, por lo que se decidió sustituir esas palabras por “*el grave empeoramiento en la capacidad de cumplir el contrato o en el crédito de la otra parte ...*”<sup>195</sup>. También en esta sesión y con relación al nuevo párrafo 3), se sustituyó en la versión inglesa el término “*promptly*” por “*immediately*” (en la versión en castellano ya se usaba ese último término, “*inmediatamente*”)

Finalmente, en la séptima sesión del Grupo de Trabajo (1976)<sup>196</sup> se eliminó la referencia a que los motivos de la suspensión fuesen “*fundados*” pero a la vez se añadió que cabía “*si resulta fundado hacerlo*” lo que suponía una limitación a la capacidad de suspender el cumplimiento de las obligaciones.

De este modo, quedó ya listo por el Grupo de Redacción el Borrador de 1976<sup>197</sup> al que se le unió un Comentario de la Secretaría de mucha utilidad<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> Vide *infra* 3.2.7.2

<sup>195</sup> Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. VI: (New York: Naciones Unidas, 1976), p. 63, párr. 100. Documento A/CN.9/SER.A/1975 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1975a\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1975a_s.pdf)

<sup>196</sup> Vide *supra* nota 87, Anuario VII (1976)

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 99 *et seq.*

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 107 *et seq.* (p. 140 *et seq.* en relación con el artículo 47). El origen del comentario está (*ibid.*, p. 98, párr.9) en el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo donde se había solicitado a la Secretaría que preparase un proyecto de comentario sobre el proyecto de convención, basándose a tal efecto en los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones, así como en los diversos estudios efectuados por los representantes y por la Secretaría acerca de los principales problemas que planteaba la ley uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías. En su séptimo período de sesiones, el Grupo estimó que convendría que el proyecto de convención fuera acompañado de un comentario donde, además de explicarse las disposiciones del proyecto de convención y las razones que había tenido el Grupo de Trabajo para adoptarlas, se señalaban las disposiciones respecto de las cuales los miembros del Grupo de Trabajo habían formulado reservas. Precisamente, esta función de recordatorio de la razón de ser de cada artículo es la que dota de especial importancia a los dos comentarios de la Secretaría a la hora de interpretar las disposiciones de la Convención.

### 3.2.2.2 Pleno de la Comisión - Comité Plenario I (1977)

En el décimo período de sesiones de la Comisión de UNCITRAL, la Comisión estableció el Comité Plenario I<sup>199</sup> y le solicitó un informe sobre el denominado “Borrador de Proyecto de 1976”<sup>200</sup> (fruto de las discusiones del Grupo de Trabajo IV) junto con el Informe de la Secretaría<sup>201</sup> anexo al mismo, así como de los comentarios de los gobiernos y las organizaciones internacionales, siendo todos ellos objeto de estudio por el Comité Plenario I en sus sesiones de 1977<sup>202</sup>.

A lo largo de dichas sesiones el Comité fue, una vez más, testigo de la discusión entre dos bloques opuestos de países sobre el alcance del poder conferido a la parte cumplidora para diferir sus obligaciones ya que su ejercicio dependía fundamentalmente de su propia evaluación subjetiva de la conducta de la otra parte, decidiendo finalmente mantener el artículo ya que se entendió de forma mayoritaria<sup>203</sup> que la decisión de una de las partes siempre podía ser objeto de revisión judicial y, por tanto, esa debía ser ya bastante medida disuasoria. Lo que se hizo, en la búsqueda de una mayor objetividad, fue añadir, en relación

---

<sup>199</sup> *Vide supra* nota 88, Anuario VIII (1977), p. 14, párr. 10.

<sup>200</sup> *Ibid.*, aprobado por el Comité Plenario I en p. 29, párr. 12.

<sup>201</sup> En el mismo se incide (*op. cit. vide* nota 89, en p. 142, párr. 2 y 3) en que la suspensión de las obligaciones tendrá lugar únicamente si el empeoramiento de la capacidad o la voluntad de la otra parte tiene lugar *después de* la celebración del contrato. También es de destacar, de cara a observar la evolución del artículo, la posición de la Secretaría en cuanto a qué se entiende por “*motivos fundados*” (p. 142, párr. 4 y 5), entendiéndose por tales situaciones tanto calificables como condiciones generales objetivas (guerras, embargos a países, etc.) como el diferimiento del pago en otros contratos. Es de señalar que los Comentarios de la Secretaría (*vide op. cit. supra* nota 92) utiliza de forma repetida la palabra “*fundados*” que formaba parte de un borrador anterior (y que en el artículo 73 LUCI aparecía como “*justos motivos*”), ya que en el proyecto de borrador se había eliminado la palabra “*fundados*” como calificativo de los motivos, que en posteriores borradores volvería a aparecer como “*buenos*”. Es decir, se da vueltas a esta expresión para intentar hacerla más concreta y objetiva.

Con relación al párrafo 2), el Comentario deja claro (p. 143, párr. 10 y 11) que la Convención sólo rige entre comprador y vendedor y que la cuestión de si el porteador debe obedecer a las órdenes del vendedor es una cuestión que queda a la ley aplicable al contrato de transporte, no pudiendo el vendedor ejercer el derecho que le confiere el artículo si el comprador ha transferido el documento a un tercero que lo adquirió a título oneroso y de buena fe.

Y, por último, con relación al párrafo 3), se daba cuenta (p. 143, párr. 13) de la obligatoriedad que tiene la parte que ejerce alguno de los derechos conferidos en el primer y segundo párrafo del artículo (diferir o detener la cosa en tránsito respectivamente) de notificar obligatoriamente a la otra parte para que esta tenga la oportunidad de ofrecer las “*seguridades suficientes*”, entendiéndose por tales aquellas que garanticen el cumplimiento real del contrato o que, en cualquier caso, garanticen la compensación por las posibles pérdidas que se puedan derivar de un incumplimiento del contrato.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 29 *et seq.*

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 61, párr. 402.

con el párrafo primero, la palabra “*buenos*” a los motivos para diferir<sup>204</sup>. De este modo, se sugería que esos motivos no podían existir al momento de contratar incluso si los mismos no eran conocidos por la otra parte.

De igual forma, se rechazó<sup>205</sup> una propuesta para que la suspensión tuviese lugar sólo cuando “*claramente*” la contraparte no fuese a cumplir una parte sustancial de sus obligaciones, ya que se consideró que cuando la situación fuese “*clara*” lo que procedía no era un diferimiento sino una resolución bajo el artículo 49 (futuro artículo 72)<sup>206</sup>. Este debate es de gran importancia para el futuro devenir e interpretación de los artículos 71 y 72.

En relación con el párrafo segundo se rechazó<sup>207</sup> tanto una propuesta para su supresión porque se podía considerar, según algunas delegaciones, que daba una ventaja injusta al vendedor al no existir una regla equivalente para el comprador (aunque se reconoció que era un derecho existente en muchos derechos nacionales), como otra propuesta<sup>208</sup> que pretendía que el derecho concedido al vendedor debería ser acompañada de un derecho similar en favor del comprador que le permitiese suspender el pago del precio.

Por último, en relación con el párrafo tercero, el Comité Plenario I examinó y aprobó<sup>209</sup> una propuesta para que se suprimiese la segunda frase de este tercer párrafo (“*Si la otra parte no da tales seguridades en un plazo razonable después de recibida la notificación, la parte que haya diferido el cumplimiento podrá declarar resuelto el contrato.*”) de forma que este párrafo se dedicase en exclusiva a tratar del diferimiento.

La razón fue doble, por un lado, las posibles diferencias de entendimiento sobre el concepto de “*seguridades suficientes*” en función del caso concreto podían dar lugar a que no hubiese una regla clara en relación con el derecho a resolver, y, por otro lado, el hecho de que el derecho a resolver no debería de ser una consecuencia automática de la falta de “*seguridades suficientes*” sino sólo ocurrir

---

<sup>204</sup> *Vide supra* nota 88, Anuario VIII (1977), p. 62, párr. 420.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 61, párr. 407.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 61, párr. 406.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 61, párr. 411.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 61, párr. 415. La propuesta se basaba en razones de equidad, pero se rechazó en base a la consideración de que esa posibilidad de suspender el pago del precio ya la tenía el comprador en base al primer párrafo de este mismo artículo. Adicionalmente, también se consideró en su rechazo que podría entorpecer el comercio internacional dada la existencia de la figura de la carta de crédito o al hecho de que en ciertos países el impago de un cheque emitido es considerado un delito.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 61, párr. 416 a 419.

si las condiciones del artículo 49 (actual 72) tienen lugar, esto es, si *“fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato”*.

Adicionalmente, y este es un aspecto muy importante de cara a la deriva futura que este artículo ha tenido en su interpretación, no se quería mezclar los conceptos de suspensión y resolución. Se consideró que la capacidad de diferir debería estar disponible para otros incumplimientos que no fueran esenciales y que, por lo tanto, no era conveniente que en el mismo artículo que la contemplaba se previera también la resolución. De este modo, se dejó sin resolver una cuestión que ha dado lugar a muchos debates tanto doctrinales (¿cabe resolver si no se dan esas garantías en un plazo razonable?) como jurisprudenciales.

El resultado de esta revisión por el Comité Plenario I fue el texto del Borrador de 1978<sup>210</sup> que contenía el antiguo artículo 47 como artículo 62 dividido en tres diferentes apartados<sup>211</sup>.

### 3.2.2.3 Conferencia Diplomática

#### i. Trabajos de la Primera Comisión

##### (i) Introducción

Una vez más, el primer apartado de este artículo fue objeto de modificación después de ser objeto de gran discusión en la Conferencia mientras que los dos últimos permanecieron, en esencia, inalterables en la Conferencia de Viena. El gran cambio que introdujo la Conferencia fue admitir que los motivos para suspender pudiesen existir *antes* pero fuesen solo manifiestos *después* de haber contratado, con lo que, de este modo, se limitaban enormemente las causas para

---

<sup>210</sup> Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. IX: (New York: Naciones Unidas, 1980), p. 54. Documento A/CN.9/SER.A/1978 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1978\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1978_s.pdf)

<sup>211</sup> “1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si resulta razonable hacerlo debido a que, con posterioridad a la celebración del contrato, un grave deterioro de la capacidad de la otra parte para ejecutarlo o de su solvencia, o su comportamiento al prepararse para ejecutar el contrato o al ejecutarlo efectivamente, constituyen buenos motivos para inferir que esa otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones.

2) Si el vendedor ha expedido la mercadería antes de que sean evidentes los motivos descritos en el párrafo 1 del presente artículo, podrá oponerse a la entrega de la mercadería al comprador, incluso si éste es tenedor de un documento que le permita obtenerla. El presente párrafo se refiere únicamente a los derechos del comprador y del vendedor sobre la mercadería.

3) La parte que, antes o después de expedida la mercadería, difiera la ejecución del contrato deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá continuar la ejecución del contrato si esa otra parte otorga garantías suficientes de cumplirlo.”

la suspensión<sup>212</sup>. Dada la gran importancia que estas discusiones tienen para tener un correcto entendimiento del significado último de este artículo, nos extenderemos en su análisis detallado.

De forma similar a lo que ya había ocurrido en el origen de los trabajos en UNCITRAL y como muestra de lo problemático que era el contenido de este artículo, desde antes del inicio de la Conferencia este artículo 62 fue objeto de observaciones y propuestas por parte de varios países y organizaciones<sup>213</sup>, principalmente en lo referente a su primer párrafo. Estas propuestas se centraron en dos aspectos, dejar en claro que el deterioro puede haber ocurrido antes de la celebración del contrato pero la otra parte debe haber tenido conocimiento de él con posterioridad a la celebración del contrato (propuestas de la República Federal Alemana y los Países Bajos), y, por otro lado, tratar de objetivar las obligaciones (propuesta de la Cámara de Comercio Internacional) al sugerir la sustitución de "*constituyen buenos motivos para inferir*" por "*hacen evidente*".

Asimismo, la Oficina Central de Transportes Internacionales por Ferrocarril (OCTI) solicitó que se considerase si no convendría reservar expresamente en la primera oración del párrafo segundo la aplicación del derecho de transporte y completar la segunda oración con el texto que figura en el párrafo primero del comentario. Por último, la República Federal Alemana también recomendó la inclusión de ejemplos en el párrafo tercero de lo que se entienden por garantías<sup>214</sup>.

### **(ii) Primeras Sesiones: 26ª y 27ª**

Una vez reunida la Conferencia y en su 1ª sesión plenaria, la misma encargó<sup>215</sup> a la Primera Comisión el estudio de los artículos 1 a 82 del Borrador de 1978, estudiando el artículo 62 en sus sesiones 26ª, 27ª, 34ª, 35ª, 37ª y 38ª.

Antes de la 27ª Sesión, presentaron enmiendas al artículo 62 la República Federal Alemana, Canadá y Australia<sup>216</sup>, tal y como ya habían anunciado.

---

<sup>212</sup> Por ello, el Comentario de la Secretaría al artículo 62.1 del Borrador de Proyecto de 1978 no es de utilidad ya que el texto sufrió importantes modificaciones posteriores en la Conferencia.

<sup>213</sup> Documentos de la Conferencia y Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de los Comisiones Principales (Nueva York: Naciones Unidas, 1981), p. 87. Documento A/CONF.97/19 disponible en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg\\_conference\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg_conference_s.pdf)

<sup>214</sup> Como veremos más adelante (*vide infra* nota 478 y, también relacionado, 221), este asunto de las garantías y qué se entiende por tales acabó por devenir especialmente importante en los países de lengua alemana.

<sup>215</sup> *Ibid.* p. 89, párr. 1.

<sup>216</sup> *Ibid.* p. 139.

La enmienda de la República Federal Alemana se debatió a lo largo de la 26ª sesión<sup>217</sup> y en ella se solicitaba la modificación del párrafo primero en el siguiente sentido:

*"1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si resulta razonable hacerlo debido a que, con posterioridad a la celebración del contrato, resulta evidente que un grave menoscabo de la capacidad de la otra parte para ejecutarlo o de su solvencia, o su comportamiento al prepararse para ejecutar el contrato o al ejecutarlo efectivamente, constituyen buenos motivos para inferir que esa parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones."*

El Sr. Klingsporn, representante de la República Federal Alemana, alegó en favor de su enmienda que el texto presentado por su delegación recogía mejor el resultado de las deliberaciones habidas en el seno del Grupo de Trabajo ya que, en su interpretación del artículo 62.1, una parte puede diferir el cumplimiento de sus obligaciones *solamente cuando, con posterioridad a la celebración del contrato*, la capacidad de la otra parte para ejecutarlo o su solvencia experimentan un grave deterioro. Ahora bien, durante las reuniones del Grupo de Trabajo se había decidido que este artículo sería aplicable *si, en el momento de la celebración de contrato, una parte no estuviera en condiciones de cumplir sus obligaciones y la otra parte no lo supiera*.

Diversos representantes (Noruega, Países Bajos) observaron que la propuesta alemana estaba en consonancia con el espíritu del artículo 73 de la LUCI, estableciéndose además la discusión sobre la sustitución de la palabra "*menoscabo*" por "*deterioro*". En este último sentido fue de destacar la aguda observación del representante de Estados Unidos de Norteamérica<sup>218</sup>, Sr. Honnold, quien hizo notar que el cambio de la palabra "*deterioro*" suponía algo más que un cambio semántico, era un cambio de fondo ya que implica un cambio de la situación con respecto a un punto de partida que es el momento de perfeccionamiento del contrato. Esta sugerente opinión fue secundada por Canadá.

Por otro lado, países como Italia, México o Francia, consideraban que la propuesta de la República Federal Alemana no podía ser aceptada en cuanto se olvidaba de un principio básico de la contratación que es que antes de la celebración de un contrato cada parte tiene el deber de cerciorarse de la situación de su contraparte. Este grupo de países entendían que la propuesta alemana iba en contra de la seguridad de las transacciones internacionales.

---

<sup>217</sup> *Ibid.* p. 401, párr. 40 a 70 para ver las discusiones generadas por esta enmienda.

<sup>218</sup> *Ibid.* p. 402, párr. 51.

En contra de esta opinión, otro grupo de países (Australia, Dinamarca, Noruega) entendían que en el comercio internacional es muy complicado a veces saber quién es tu contraparte además de que hay transacciones que por su complejidad hacen muy difícil estimar los riesgos de un posible incumplimiento; adicionalmente, estimaban estos países, no hay que perder de vista que el objetivo de la Convención es fomentar el comercio internacional y este objetivo difícilmente se cumplirá si cada parte ha de investigar en profundidad la situación de la otra parte antes de contratar.

Finalmente, la enmienda alemana fue aprobada<sup>219</sup> con la única modificación apuntada por el Sr. Honnold en el sentido de sustituir la palabra "menoscabo" por "deterioro".

En esta misma 26<sup>a</sup> sesión se aprobó sin discusión el párrafo segundo<sup>220</sup> y se estudió y rechazó<sup>221</sup>, en relación con el párrafo tercero, otra enmienda de la República Federal Alemana que tenía por objeto el delimitar las seguridades de cumplimiento ya que, según el parecer de su delegación, la referencia a seguridades era demasiado genérica; por el contrario, la opinión mayoritaria era que debía de ser genérica precisamente para dar más flexibilidad en las opciones a ofrecer a la parte que tiene que despejar la sospecha creada. De este modo, ambos párrafos quedaron definitivamente aprobados sin modificaciones.

Sin embargo, en la 27<sup>a</sup> sesión<sup>222</sup> la discusión en torno al primer párrafo fue creciendo. En ella, fue rechazada la enmienda conjunta de Canadá y Australia que proponía un nuevo artículo 62 bis y que estaba encaminada a autorizar la resolución del contrato si una petición de seguridades no es atendida en tiempo razonable<sup>223</sup> (es decir, no se quería que la falta de aportación de seguridades supusiese el ejercicio automático del derecho de resolución). En las discusiones

---

<sup>219</sup> *Ibid.* p. 403, párr. 70.

<sup>220</sup> *Ibid.* p. 403, párr. 71.

<sup>221</sup> *Ibid.* p. 403, párr. 73 a 80. La propuesta alemana tenía su razón de ser en su propia legislación interna que regulaba esta cuestión, pero ni siquiera llegó a ser siquiera sometida a votación en base a los razonamientos expuestos por diferentes países durante su discusión. Así, Suecia o el Reino Unido entendían que no por casualidad el texto a debate no indicaba ejemplos ya que al individualizar las garantías se obligaba a las partes a seguir lo establecido en el Convenio cuando recurrir a, p.ej., un aval bancario o un crédito documentario debería ser algo excepcional; además, como apuntó la delegación italiana supondría un fuerte desequilibrio a favor de la parte más fuerte económicamente. Es decir, su redacción genérica no fue fruto de un fallo de redacción, sino que fue buscada expresamente con un sentido abierto, no de *numerus clausus* de tipos de garantías.

<sup>222</sup> *Ibid.* p. 405, párr. 5-12.

<sup>223</sup> Suponía volver a introducir una discusión superada pero su insistencia venía motivada porque en el *common law* es habitual, como es lógico, regular ese supuesto, *vide v. gr.* U.C.C. 2-609.

conjuntas se puso de manifiesto por la mayoría<sup>224</sup> que la resolución de un contrato sólo podía tener lugar cuando hubiese un incumplimiento esencial (y teniendo en cuenta que la misma Convención da una definición de que se entiende por esencial) o en el específico caso contemplado en el artículo 63 para el incumplimiento anticipado. Fuera de estos casos, y dada la gravedad del remedio, no cabe la resolución.

### **(iii) La reapertura egipcia: Sesiones 34ª y 35ª**

El representante de Egipto, el profesor Moshen Shafik, presentó<sup>225</sup> conjuntamente dos enmiendas a los artículos 62 y 63 en la 34ª sesión por entender que ambos artículos estaban íntimamente relacionados y eran de vital importancia para los países en desarrollo ya que, a su entender, se daba demasiado poder a la voluntad subjetiva de una de las partes.

Según el parecer del Sr. Shafik, la redacción dada al artículo 62 otorgaba demasiado poder a las partes al poder decidir en base a su estimación subjetiva cuándo podían suspender el cumplimiento de sus obligaciones y sin tener ninguna supervisión de un tribunal; del mismo modo, y aunque el artículo 63 se basa en un criterio más claro al establecer que es necesario que "*resulte patente*" que una parte va a incurrir en incumplimiento para que se dé la consecuencia jurídica de la norma, no parece razonable que el único remedio jurídico propuesto sea la resolución del contrato sin que quepa a la parte incumplidora la posibilidad de restablecerse. Como ejemplo, el delegado egipcio explicó la posibilidad existente en caso de suspensión de pagos de que sea el interventor el que cumpla el contrato.

Para solucionar este problema, el Sr. Shafik propuso combinar el artículo relativo a la suspensión (artículo 62, actual artículo 71) con el artículo sobre resolución por incumplimiento anticipado (artículo 63, actual artículo 72)<sup>226</sup>, es decir, aplicar al artículo 62 el criterio empleado en el artículo 63: se le permite a una parte dar aviso de que va a suspender sus obligaciones si resulta patente que la otra parte va a incurrir en un incumplimiento esencial; si la parte que ha recibido el aviso

---

<sup>224</sup> Esta discusión también es clave para la futura interpretación de este artículo.

<sup>225</sup> *Ibid.* p. 449, párr. 53-62.

<sup>226</sup> La enmienda de Egipto consistía en sustituir el artículo 62 por el siguiente texto:

"1) Si, con anterioridad a la fecha de ejecución del contrato, resulta claro que una de las partes va a incurrir en incumplimiento esencial, la otra parte podrá comunicarle su intención de diferir el cumplimiento de sus obligaciones si esa otra parte no otorga, en un plazo razonable, garantías suficientes de cumplir las suyas.

"2) Si la parte a quien se ha dirigido la notificación no otorga las garantías a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato."

no da garantías suficientes, entonces cabría la resolución. Se trataría, por tanto, de una solución en línea con lo dispuesto en la § 2-609 del U.C.C. De este modo, la delegación egipcia estimaba que se podría encontrar un compromiso entre las aspiraciones de los países desarrollados y las de los en vías de desarrollo. La Comisión decidió finalmente estudiar conjuntamente ambas enmiendas en su 35ª sesión junto a una enmienda presentada por Italia.

En las discusiones mantenidas durante la 35ª sesión<sup>227</sup>, se puso de manifiesto una vez más la existencia de dos grupos con intereses contrapuestos. Por un lado, el encabezado por países como Noruega o la República Federal Alemana que entendían que se estaba mezclando dos conceptos distintos, suspensión como remedio temporal y resolución como remedio definitivo, por lo que ambos remedios debían de estar regulados de forma separada, y aunque la enmienda egipcia preservaba la distinción se veía como demasiado complicada; además, consideraban que hacer la suspensión condicional a la realización de un aviso previo podía convertirse en algo muy gravoso en determinadas circunstancias donde es necesario actuar con rapidez. Por otro lado, el encabezado por Egipto, Iraq o Turquía que buscaban un mayor grado de certeza a la hora de definir el modo de ejercitar los recursos a disposición de la parte cumplidora del contrato. En medio de ambas posiciones, se encontraban países de formación civilista como Francia o Bélgica que también entendían que había que buscar una mayor concreción del texto.

Finalmente hubo igual número de votos a favor que en contra (19) y esta propuesta egipcia no fue adoptada, pero la preocupación que surgió al evidenciarse la ruptura de las discusiones en dos grandes bloques con visiones opuestas hizo que en la 35ª sesión se aprobase<sup>228</sup> establecer un grupo de trabajo especial constituido por diez países<sup>229</sup> que se encargase de redactar un nuevo texto y que se encargaría también del examen de la enmienda italiana.

---

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 450, párr. 1 a 24. El delegado egipcio mantuvo los argumentos ya esgrimidos anteriormente durante la presentación de sus enmiendas y que, en resumen, consistían en que esta redacción permitía un equilibrio más justo entre los intereses de ambas partes porque permitía, por un lado, a la parte económicamente más débil la oportunidad de dar garantías suficientes antes de otorgar el derecho a su contraparte a suspender o resolver el contrato, y, por otro lado, el uso de la expresión “resulta claro” facilitaba un test objetivo al tribunal. Por su parte, la delegación italiana defendió su texto basándose en que recuperaba el texto original aprobado por el Grupo de Trabajo y rechazó el texto egipcio al entender que en caso de incumplimiento esencial no cabe diferir el cumplimiento ya que este remedio, la suspensión de las propias obligaciones, sólo puede tener lugar de manera temporal, teniendo un mero carácter preventivo.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p.452, párr. 23.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 452, párr. 23. El Grupo de Trabajo *ad hoc* estaba formado por las delegaciones de Argentina, Egipto, los Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, el Iraq, México, la República de Corea, la República Democrática Alemana y la República Federal de Alemania.

#### (iv) El compromiso: Sesiones 37<sup>a</sup> y 38<sup>a</sup>

En la 37<sup>a</sup> sesión el grupo de trabajo especial propuso<sup>230</sup> el siguiente texto para reemplazar al párrafo primero:

*"1) Cualquiera de las partes podrá, si resulta razonable hacerlo, diferir el cumplimiento de sus obligaciones cuando, con posterioridad a la celebración del contrato, sea evidente que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones como resultado de:*

*a) un grave menoscabo de su capacidad para ejecutarlo o de su solvencia, o*

*b) su comportamiento al prepararse para ejecutar el contrato o al ejecutarlo efectivamente."*

Este texto difería poco del texto del Comité de Redacción ya que se partía de que sólo había que tomar en consideración los hechos anteriores a la celebración del contrato de los que se ha tenido conocimiento con posterioridad a dicha celebración<sup>231</sup>, por lo que únicamente se trató en él de determinar el mecanismo jurídico por el que se reglamentaba el derecho a suspender la ejecución del contrato reconocido a una de las partes cuando corre el riesgo de no cobrar la cantidad que se le adeuda.

La discusión surgió entonces, una vez más, con relación al alcance de las expresiones utilizadas en la redacción de forma que no pareciese un derecho demasiado subjetivo. De este modo, se aprobaron diversas enmiendas orales<sup>232</sup> en las que (i) se suprimieron del texto propuesto por el Grupo de Trabajo especial las palabras *"si resulta razonable hacerlo"*, (ii) se sustituyeron las palabras *"cuando, con posterioridad a la celebración del contrato"* por las palabras *"si, con posterioridad a la celebración del contrato"*, y (iii) se sustituyeron las palabras *"sean evidentes"* por *"resulten evidentes"*<sup>233</sup>. Por lo demás, el texto del grupo de

---

El hecho de que se incluyese a Egipto en el grupo es indicador del espíritu de compromiso existente.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p.461, párr. 94 a 108.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p.462, párr. 99. El Presidente del grupo de trabajo especial recordó que desde hacía varios años la controversia se centraba en saber cuál es la situación prevista en este artículo: la primera tesis es que una de las partes está en mala situación financiera, la otra parte lo ignora, y resulta evidente, después de la celebración del contrato, que la primera parte no podrá cumplirlo; la otra tesis es que cada una de las partes debe informarse, antes de la antes de la celebración del contrato, de la solvencia de la otra parte. Y, en este sentido, recordó que el grupo de trabajo había elegido la primera tesis, de ahí el lenguaje expresamente elegido.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p.463, párr. 1 a 23.

<sup>233</sup> De este modo, se sustituyeron las palabras *"lorsque existe de serieuses raisons de penser"*, demasiado subjetivas, por *"lorsque apparait, posterieurement it la conclusion du contract"*, puntualizando el delegado de Francia, como ponente del grupo de trabajo especial, que en el

trabajo especial fue aprobado<sup>234</sup> y la propuesta de Italia retirada. En la 38ª sesión se aprobaron los párrafos segundo y tercero de UNCITRAL.

## ii. Sesiones Plenarias

El debate sobre el texto del artículo 62 fue reabierto de nuevo en la 9ª sesión plenaria cuando el representante de Ghana introdujo de nuevo (y a pesar de las largas discusiones mantenidas anteriormente sobre el tema) una propuesta<sup>235</sup> en relación con la necesidad de mantener o no la frase "*si fuere razonable hacerlo*". En las discusiones que siguieron volvieron a establecerse claramente dos grupos diferenciados, por un lado, los países industrializados y, por otro, el resto de los países no industrializados que buscaban asegurar la objetividad del texto. La propuesta de Ghana fue finalmente rechazada.

También se puso de manifiesto en esta sesión de nuevo una discrepancia entre los textos en inglés y francés de los artículos 62 y 63 que sirvió para plantearse el alcance de dichos artículos<sup>236</sup>.

En la 10ª sesión plenaria, el representante de España, el profesor Garrigues, expuso<sup>237</sup> su opinión sobre los defectos que presentaba la redacción del artículo 62. Según Garrigues, dicho texto carecía de *conceptualidad* ya que seguía la

---

lenguaje jurídico y judicial francés la expresión "*il apparait*" tiene un claro significado objetivo y es sinónimo de "*il est établi*". El grupo de trabajo decidió también traducir la expresión "*il apparait*" por la expresión inglesa "*it appears*".

<sup>234</sup> La existencia de diferentes expresiones para matizar este artículo frente a las que se usaron para matizar el artículo 72 es un ejemplo claro de la necesidad de acudir a la historia legislativa para entender bien lo que sus legisladores quisieron decir y así poder interpretarlo correctamente. De este modo tenemos que en el artículo 71 se utilizó la expresión "*il apparait*" frente a "*il est manifeste*" del artículo 72, en castellano se usó "*manifiesto*" (artículo 71) frente a "*patente*" (artículo 72) y en inglés se usó "*it becomes apparent*" (artículo 71) frente a "*it is clear*" (artículo 72). Comprobamos así que la Conferencia rechazó expresamente la propuesta de asimilar la suspensión del artículo 71 a la resolución regulada en el artículo 72 y se esforzó en buscar una terminología diferente para determinar acciones y derechos diferentes, tal y como el Profesor Honnold recordó en la 9ª sesión plenaria. El problema surgiría en idioma alemán, donde al no haber una traducción oficial la expresión usada ha dado lugar a diferentes interpretaciones judiciales que han de entenderse, únicamente, desde esta perspectiva local motivada por el azar histórico de no ser considerada lengua oficial de la Convención.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 237, párr. 38 a 59.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 237, párr. 59. En efecto, en el texto en lengua inglesa, tal y como manifestó el Sr. Honnold, representante de los Estados Unidos de América, se establece claramente una distinción porque resultan supuestos distintos, siendo el del artículo 63 más estricto ya que su consecuencia lo es también, la resolución del contrato frente a la suspensión propia del artículo 62. De ahí, que no quepa utilizar la misma expresión para ambos supuestos por lo que se acordó remitir el texto al Comité de Redacción a fin de armonizar las redacciones inglesa y francesa.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 239, párr. 13.

técnica legislativa anglosajona de poner ejemplos sin cerrar una lista exhaustiva de casos. Ello conllevaría a que un juez que se encargase del caso se tuviera que hacer preguntas demasiado subjetivas para evaluar la situación de la parte cuya conducta pudiera invocar la otra parte para diferir el cumplimiento de sus obligaciones. Como alternativa a ese modelo de redacción, Garrigues propuso el de la Convención de 1964. Esta opinión fue secundada por Francia en boca de su representante Sr. Plantard quien estimó que el contrato ha de ser respetado siempre.

Finalmente, en dicha sesión plenaria la propuesta de texto presentada por el Comité de Redacción fue finalmente aprobada<sup>238</sup> por 29 votos a favor, 5 en contra y 12 abstenciones, lo que dejó ya anunciada la opinión contraria de muchos países a la redacción y sentido dado al texto del artículo 62<sup>239</sup>. En este sentido, la opinión del profesor Garrigues fue profética porque anticipó perfectamente los problemas que en el futuro iban a tener los tribunales a la hora de aplicar este artículo.

Los párrafos 2 y 3 no fueron objeto de debate posterior durante la Conferencia.

---

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 239, párr. 15.

<sup>239</sup> Véase el alto número de abstenciones y las opiniones manifestadas en contra de Pakistán y Ghana, aunque por razones diferentes a las mencionadas de España y Francia. Como hemos visto en detalle en el histórico de las discusiones, este texto no fue admitido por los países no industrializados debido al elevado grado de subjetividad que contenía por lo que propusieron un modelo de texto que objetivase la posibilidad de suspender su actuación. Hubo críticas también a la ausencia de cualquier requisito por el que una parte deba notificar a la contraparte antes de suspender la ejecución de sus obligaciones y al hecho de que el incumplimiento anticipado fuese sólo sustancial y no esencial.

La desconfianza de los países no industrializados hacia la redacción del artículo 62.1 del Borrador de 1978 nacía de su débil posición en el comercio internacional que conlleva que sus tribunales no estén tan acostumbrados como los de los países industrializados a resolver sobre complicadas transacciones internacionales. Esta falta de praxis jurídica lleva por ende a una falta de desarrollo de los conceptos jurídicos asociados al comercio, por lo que sus tribunales prefieren tener más claros los términos de las leyes a aplicar.

A lo anterior hay que añadir que, en la práctica, todos los contratos internacionales contienen una cláusula de sumisión impuesta por la parte más fuerte contractualmente (típicamente, la empresa europea, norteamericana o japonesa) a un tribunal de un país industrializado o a una organización arbitral también de un país industrializado. De este modo, la mera posibilidad de que desde un punto de vista subjetivo quepa suspender las obligaciones, supone en la práctica dejar un amplio campo de discrecionalidad para que, en base a los criterios occidentales, se suspenda una obligación contractual.

La lucha de los países del tercer mundo por buscar unos parámetros objetivos desde los que valorar su actuación supuso algo más que una simple discusión académica, fue la muestra palpable de la diferente posición en la economía mundial de dos grandes bloques con intereses contrapuestos: por un lado, el primer mundo industrializado, comprador de materias primas y vendedor de productos manufacturados; por otro lado, los países en vía de desarrollo y los del tercer mundo, que ocupan la posición opuesta, siendo vendedores de materias primas y compradores de las manufacturas de los países industrializados.

### 3.2.3 Finalidad y alcance del artículo 71

Para solventar las incertidumbres que los comerciantes podían tener frente a la correcta ejecución de la prestación de su contraparte en un contrato de compraventa internacional de mercancías (para el vendedor, que se le pague; para el comprador, que la mercancía cumpla con las especificaciones y en el tiempo solicitados) se desarrolló en la práctica de los negocios el sistema de créditos documentarios en el que no se transmite la propiedad de las mercancías en forma de documentos hasta que se haya producido el pago de las mismas.

Ahora bien, este sistema funciona cuando una de las partes ya ha cumplido sus respectivas obligaciones (esto es, remitir las mercancías o efectuar el pago), impidiendo que se entreguen las mercancías si no se ha recibido el pago o, al revés, que se pague por mercancía no entregada. Pero no sirve para atacar las incertidumbres que puedan surgir antes del momento de cumplir con el contrato.

Precisamente para ese supuesto fue redactado el artículo 71 de la Convención, con el objeto de proteger el principio entrega contra pago ofreciendo soluciones que surtan efecto antes de que cualquiera de las partes cumpla<sup>240</sup>, de que el vendedor remita las mercancías o el comprador pague por ellas (artículo 71.1)<sup>241</sup> o, incluso, mientras las mercancías están en tránsito (71.2)<sup>242</sup> y siempre que se le comunique a la contraparte al objeto de que aporte seguridades suficientes para el cumplimiento de sus obligaciones ya que se espera que las partes

---

<sup>240</sup> “It is a logical condition for the suspension of performance of an obligation that the obligation to perform is already due. . . . What are required are not only acts of performance of the contract, but also those in preparation of performance which, therefore, can also be suspended.”, F. Enderlein and D. Maskow, *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Commentary*, (1992), p 283; “The CISG thus appears to be based on the general principle that, in the event of contracts that do not provide for simultaneous performance by both parties, the party bound to perform first deserves protection if it is likely that the other party will commit a breach of contract.”; Franco Ferrari and Marco Torsello, *International Sales Law-CISG-in a Nutshell* West Academic, (2014), pp. 450 – 451; “Article 71 entitles the creditor to suspend its performance if the fulfilment of a substantial part of the debtor’s duties is uncertain. It protects the creditor from knowingly exposing itself to the risk of not receiving anything in return for what it has performed.”; Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth ed. (Munich: Oxford University Press, 2016), p. 1003.

<sup>241</sup> *Right of hold back.*

<sup>242</sup> *Right of stoppage in transit.*

ejecuten sus obligaciones una vez extinguidos los motivos que dieron lugar a la suspensión<sup>243</sup>.

Se crea así un vínculo sinalagmático “ficticio”, en el sentido de que realmente el factor de distancia típico de las transacciones internacionales hace imposible el cumplimiento del principio “entrega contra precio”, pero el artículo 71 establece este sinalagma como prerequisite para su aplicación. Esta ha sido tradicionalmente la forma en que se ha entendido este derecho a diferir, referido a obligaciones sinalagmáticas y principales, de manera que solo se podía suspender aquella obligación principal que fuese la contrapartida de otra en peligro, y siempre que la obligación debida no haya sido todavía ejecutada. Sin embargo, en los últimos años tanto la doctrina como la jurisprudencia han abogado por la existencia de un derecho general a suspender en la Convención que afectaría tanto a obligaciones no recíprocas y principales como a situaciones donde el incumplimiento ya ha tenido lugar y se prevé que pueda ocurrir en prestaciones futuras debidas por la contraparte bajo sospecha.

La facultad de suspender el cumplimiento es un supuesto de aplicación muy habitual en la práctica comercial internacional y tiene como finalidad el fomentar el diálogo y cooperación entre las partes ya que su interés mutuo, una vez celebrado un contrato, es que el mismo se cumpla por lo que, antes de resolverlo y siempre que no nos encontremos ante un incumplimiento esencial<sup>244</sup>, intentarán buscar medios que posibiliten su cumplimiento<sup>245</sup>. Pueden darse muchos supuestos donde, y en especial en las transacciones internacionales, un comprador tenga dudas de que (por ejemplo, por un problema de logística o de materias primas) el vendedor pueda entregar o fabricar la mercancía. O, al revés, que sea el vendedor el que tenga dudas de que (por ejemplo, por un problema de divisas o de inestabilidad financiera) el comprador le vaya a pagar la mercancía comprada. En estos casos, el poder acudir al remedio de la suspensión parece una opción más adecuada que resolver directamente el contrato ya que, recordemos, la finalidad última de la Convención es el mantenimiento en vigor del contrato.

---

<sup>243</sup> Jelena Vilus: “Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer, en Petar Šarčević and Paul Volken, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1986), p. 242. (“... since the provisions [of Article 71] give rather broad power.”); M. Gilbey Strub, “The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries,” *International and Comparative Law Quarterly* 38, no. 3 (Jul 1, 1989), p. 496. (“The final assessment of the right to suspend is that it is very broad.”); S. Jacob Ziegel, “The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives: In Galston/Smit Ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*,” (1984), pp. 9 et ss. (“[T]he right to suspend conferred by Article 71 is a very broad one”).

<sup>244</sup> Para el que existe el artículo 72.

<sup>245</sup> Landgericht Kassel, de 21 de septiembre de 1995, CISG-online 192 (“Wooden poles”).

Por ello, cabe decir que el derecho a suspender cumple varias funciones. Sirve para *reforzar el compromiso* de la parte bajo sospecha con el cumplimiento del contrato<sup>246</sup>. Puede *evitar incurrir en costes legales* a la parte inocente al no ser necesario resolver el contrato con lo que ello probablemente pueda implicar en procedimientos contenciosos<sup>247</sup>. También puede ser visto como una forma de *mitigar pérdidas* al no continuar preparándose o ejecutando sus obligaciones contractuales<sup>248</sup>.

Y, muy importante, el derecho a diferir del artículo 71 es también *protector*, ya que protege al acreedor que tiene el temor de no recibir nada a cambio de su cumplimiento, pero a la vez protege al deudor dándole la oportunidad de aportar seguridades, promoviéndose la comunicación y cooperación entre las partes de manera que se aumentan las posibilidades de cumplimiento contractual<sup>249</sup>. Como se ha descrito de forma brillante, "*Metafóricamente, el artículo 71 sólo puede ser utilizado como espada, no como escudo*"<sup>250</sup>, es decir, si el acreedor prevé un incumplimiento puede preventivamente atacar el contrato buscando su suspensión, pero no podrá rehusarse a su cumplimiento una vez que reciba una

---

<sup>246</sup> Carter, Suspending Contract Performance for Breach, en Jack Beatson and Daniel Friedmann, *Good Faith and Fault in Contract Law* (Oxford: Clarendon Press, 1995), p. 522.

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> Artículo 77. *Vide* Djakhongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments*. (Oxford: Hart Publishing, 2008), p. 294. Y, más generalmente, Djakhongir Saidov, "Methods of Limiting Damages Under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods," *Pace International Law Review* 14, no. 2 (2002) p. 377.

<sup>249</sup> Oberlandesgericht Karlsruhe, de 20 de julio de 2004, CISG-online 858 (*French shoes II*) donde el Tribunal dice que el propósito del artículo 71 (1) es poner presión a la contraparte para conseguir que cumpla sus obligaciones, aunque en el caso en cuestión no había lugar a ello ya que el período para ejercer el derecho ya había expirado y, por lo tanto, no podía suspender el pago. *Vide* Saidov en *op. cit. supra* nota 142, en p. 817.

<sup>250</sup> "*The nonbreaching party receiving defective delivery must fully perform its counter-obligation and is restricted to the remedies granted by Article 45, 61 [on present breach]. Metaphorically speaking, Article 71 can only be used as a sword, not as a shield: the creditor will be able to prevent performance of the contract by way of suspension but has no possibility to refuse its own performance if it has received defective performance.*" Fountoulakis en Schlechtriem/Schwenzer, *op. cit. supra* nota 178, artículo 71, Rn. 11.

prestación defectuosa<sup>251</sup>. El contrato queda “*a la espera*”<sup>252</sup>, el acreedor se encuentra parado hasta que (i) las condiciones que han dado lugar al diferimiento dejen de existir<sup>253</sup>, (ii) el deudor decida cumplir o dar seguridades suficientes<sup>254</sup> de conformidad con el artículo 71.3, o (iii) el incumplimiento pueda ser considerado esencial y no existan seguridades suficientes (y así poder aplicar el artículo 72.1<sup>255</sup>).

En todo caso, el acreedor podrá reclamar todos los daños que le haya causado diferir su cumplimiento debido o al detener las mercancías, ya que de lo contrario el ejercer el derecho supondría incurrir en grandes riesgos<sup>256</sup>.

### 3.2.4 ¿Derecho general a suspender el cumplimiento?

Aunque la facultad de suspender se otorga siempre en la Convención como medio de presión en relación con las mercancías a entregar o su pago, la literalidad del texto de la Convención no da a una parte una posibilidad general

---

<sup>251</sup> Existe abundante jurisprudencia que sostiene que el artículo 71 no prevé el derecho a suspender una prestación ya vencida. *Vide v. gr.*, ICC International Court of Arbitration, julio de 1999, CISG-online 707 (“*Roller bearings*”) donde el tribunal arbitral encontró el artículo inaplicable ya que el comprador no intentaba suspender el cumplimiento por causa de un incumplimiento futuro, sino que intentaba retener el pago de los envíos ya recibidos.; Hof van Beroep Gent, 26 Abril 2000, CISG-online 1316 (“*Plastic Bags*”) donde se realizó igual razonamiento que el caso anterior; Rechtbank Utrecht, 18 de julio de 2007, CIG-online 1551 (“*Prodema S.A. v. Michon B.V.*”); MKAC, 24 de mayo de 2004, Arbitraje núm. 97/2004, disponible en <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/russian-federation-may-24-2004-translation-available> en el que se sostuvo que el precio de compra no puede ser retenido en caso de entrega defectuosa; y OLG Karlsruhe “*French shoes II*”, *supra* nota 249.

<sup>252</sup> *Ibid.*

<sup>253</sup> Tribunal Supremo de Columbia Británica, Canadá, 21 de agosto de 2003, CISG-online 1017 (“*Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH et al.*”) donde el vendedor difirió el cumplimiento debido a que el comprador no había emitido una carta de crédito, pero no cumplió cuando el incumplimiento se hubo corregido.

<sup>254</sup> Landgericht Stendal, Alemania, de 12 de octubre de 2000, CISG-online 592 (“*Natural stone*”) donde además se manifiesta que el aplazamiento del cumplimiento de las obligaciones no es un incumplimiento, sino el ejercicio de un derecho a cambiar el momento del cumplimiento.

<sup>255</sup> Esta solución de CISG es sólo una de las posibles por las que se podía haber optado. Así, la § 2-609 (3) U.C.C. permite también diferir el cumplimiento cuando el pago o parte de las mercancías son defectuosos y asume razonablemente que el resto de las entregas serán también defectuosas: “(3) *Acceptance of any improper delivery or payment does not prejudice the aggrieved party's right to demand adequate assurance of future performance.*”

<sup>256</sup> Los artículos 45.1.b y 61.1.b, se considera que deben ser interpretados como un principio general, aunque no sean directamente aplicables, porque ya no hay incumplimiento del deudor en el momento en que la obligación se vuelve exigible.

de suspender su propia obligación si su contraparte no cumple con su obligación, aunque contiene arreglos de suspensión limitados en sus artículos 58<sup>257</sup> y 71.

En este sentido, el artículo 71 ha sido tradicionalmente entendido<sup>258</sup> como aplicable sólo en caso de obligaciones recíprocas interdependientes (esto es, en el caso más simple, entrega contra precio) reflejando el principio recogido en el aforismo romano "*quid pro quo*", de tal manera que la parte acreedora puede suspender la obligación que es la contrapartida de la que tiene que ejecutar la parte bajo sospecha, pero ninguna otra obligación. Sin embargo, esta interpretación no es corroborada por los trabajos preparatorios de la Convención ya que se centraron en determinar el grado de certeza con que debe ser previsible el incumplimiento y no se llegó siquiera a plantear la cuestión de la necesidad de que las obligaciones fuesen interdependientes.

Esta tesis tradicional ha venido siendo puesta en cuestión en los últimos años tanto por la doctrina (sobre todo la alemana<sup>259</sup>, pero no sólo ella<sup>260</sup>) como por

---

<sup>257</sup> Contiene la opción para el comprador de diferir el pago hasta que haya tenido la oportunidad de comprobar las mercancías entregadas.

<sup>258</sup> ICC International Court of Arbitration, 23 enero de 1997, CISG-online 236, ("*Industrial equipment*"); Oberlandesgericht Düsseldorf, 24 de abril de 1997, CISG-online 385 ("*Calzaturificio Piceno di Roberto Catinari & Uvaldo Raccosta v. Vivace Mode GmbH*"); Oberlandesgericht Dresden, 27 de diciembre de 1999, CISG-online 511, ("*Ethyl acetate*"); Landgericht Darmstadt, 29 de mayo de 2001, CISG-online 686, ("*Swedish furniture*"); OLG Karlsruhe "*French shoes II*", *supra* nota 249; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 6 de octubre de 2004, CISG-online 996, ("*Cosmetic and perfume products*"). En doctrina, *vide per omnia* Strub, *op. cit. supra* nota 243 en p. 494, citando los Comentarios de la Secretaria en su página 57.

<sup>259</sup> Peter Schlechtriem, "Interpretation, Gap-Filling and further Development of the U.N. Sales Convention," *Pace International Law Review* 16, no. 2 (2004), p. 306.; Peter Schlechtriem and UN-Kaufrecht Internationales, "Ein Studien-Und Erläuterungsbuch Zum Übereinkommen Der Vereinten Nationen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf (CISG)," *Tübingen: Mohr* (2003), pp. 134-136. W. Witz, Zurückbehaltungsrechte im Internationalen Kauf - Eine praxisorientierte Analyse zur Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs in Ingeborg Schwenzer and Peter Schlechtriem, *Festschrift Für Peter Schlechtriem Zum 70. Geburtstag* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), p. 293 *et seq.*

<sup>260</sup> *Vide* en este sentido, Opinión no 5 del Consejo Asesor de la CCIM, El derecho del comprador a resolver el contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no conformes. 7 Mayo 2005, Badenweiler (Alemania). Ponente: Profesora Dr. Ingeborg Schwenzer, disponible en [https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish\\_Opinion\\_5.pdf](https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish_Opinion_5.pdf) que en su punto 4.D), "*El derecho del comprador a suspender el cumplimiento*", se hace eco de la doctrina dominante favorable a esa interpretación: "**4.19** La CCIM reconoce un derecho a suspender el cumplimiento en varios artículos. El artículo 58 CCIM expresa el principio del pago contra entrega como condiciones simultáneas. Según el artículo 71 CCIM, una parte también puede suspender su propio cumplimiento si el cumplimiento de la otra parte es inseguro. Otros derechos sobre la suspensión del cumplimiento se encuentran en los artículos 81.2 segunda frase CCIM, 85 segunda frase y 86(1) segunda frase CCIM. La doctrina dominante deriva de ellos un principio general de derecho a suspender el cumplimiento conforme al artículo 7.2 CCIM. **4.20** La primera consecuencia que se extrae de ese principio general es que el

algunos tribunales (de nuevo, sobre todo del entorno cultural e influencia alemán<sup>261</sup> pero no sólo ellos<sup>262</sup>) que ha sostenido que, de los artículos que

---

*comprador puede retener el pago del precio de compra; sin embargo, este derecho debe ser limitado al alcance de la falta de conformidad y del detrimento esperado. Si el alcance de la falta de conformidad no puede ser fácilmente evaluado, debería concedérsele al comprador el derecho a retener la totalidad del precio de compra durante el tiempo razonable necesario para inspeccionar las mercaderías y estimar el alcance del detrimento esperado. 4.21 Además de la posibilidad de retener el precio de compra, el derecho general a suspender el cumplimiento permite al comprador suspender su obligación de aceptar la entrega en el sentido de los artículos 53, 60 CCIM durante un plazo razonable. (...)*

<sup>261</sup> Es muy relevante la decisión del Oberster Gerichtshof, Austria, 8 de noviembre de 2005, CISG-online 1156 (“*Glass recycling machine*”) ya que ha sido seguida por una gran variedad de tribunales al establecerse en ella una decisión fundada en el repaso detenido del estado de la cuestión a nivel doctrinal (y terminar alineándose con las tesis de Schlechtriem/Schwenzer y Magnus frente a las de Schnyder/Straub) partiendo del hecho de que la Convención no contiene ninguna disposición explícita que permita a una de las partes suspender su cumplimiento en caso de que la otra parte incumpla el contrato. El litigio oponía al vendedor italiano de una máquina de trituración y cribado de vidrio a un comprador austriaco. Como la máquina entregada no funcionaba como se esperaba, el comprador retuvo el saldo del precio a la espera de que el vendedor la reparara. Al tener que decidir sobre la existencia de un derecho a retener el cumplimiento en CISG, el Tribunal Supremo austriaco sostuvo que esta cuestión no estaba explícitamente contemplada en el texto y que podía tratarse adecuadamente haciendo referencia al mecanismo de subsanación de lagunas del artículo 7(2) que permite que las cuestiones no resueltas en ella se diriman en base a los principios en los que se basa la Convención (es la elocuentemente denominada “*general gap-filling provision*”). Refiriéndose a los artículos 58 y 71, el Tribunal consideró que el principio del cumplimiento simultáneo subyace en CISG y que un comprador, que exige la entrega sustitutoria y reparaciones en virtud del artículo 46, tiene fundamento para retener el cumplimiento hasta que el vendedor cumpla de conformidad (en el caso *ad hoc*, se concedió al comprador el derecho a retener el pago del precio de compra al ser las máquinas entregadas defectuosas en muchos aspectos; la decisión no aborda explícitamente la cuestión del alcance del incumplimiento). Sin embargo, al referirse no sólo al derecho del comprador que exige una nueva entrega en virtud del apartado 2 del artículo 46, que requiere la prueba de un incumplimiento esencial, sino también al derecho del comprador que exige reparaciones en virtud del apartado 3 del artículo 46, que no exige tal requisito, el Tribunal da a entender que no se requiere un incumplimiento esencial. La decisión no aborda explícitamente la cuestión de la proporcionalidad de las obligaciones a la hora de ejercer el derecho a diferir y, de los hechos del caso, no puede extraerse ninguna otra conclusión (la suma retenida por el comprador ascendía al 10% del precio del contrato, lo que, a la luz de los defectos de la máquina, presumiblemente se habría considerado una reacción proporcionada). De este modo, el tribunal se posiciona claramente en favor de la existencia de un derecho general a diferir el cumplimiento para imponer un cumplimiento adecuado de la contraparte en base al principio de cumplimiento simultáneo

<sup>262</sup> Esta sentencia ha sido seguida en los años siguientes, además de por el propio Tribunal Supremo austriaco, 31 de agosto de 2010, CISG-online 2236 (“*Vintage wood case*”), por otros tribunales tanto en favor del comprador como del vendedor, *vide, v. gr.*, Bundesgerichtshof, Alemania, 21 de enero de 2015, CISG-online 2596 (“*X-ray tubes case*”); Sąd Najwyższy, Polonia, 11 de mayo de 2007, CISG-online 1790 (“*Shoe leather*”) en el que el comprador que, en ejercicio de su derecho, insista en que se entreguen las mercaderías en sustitución tiene derecho a diferir el cumplimiento; HK St. Gallen, 14 de junio de 2012, CISG-online 2468 (“*Bio-Suisse certified organic juices and oils*”); Kantonsgericht Schwyz, 17 de octubre de 2017, CISG-online 4593 (“*Collection of antique Chinese porcelain figures*”), el Rechtbank Arnhem, 29 de julio de 2009, CISG-online 1939 (“*Minibuses case*”) en el que el vendedor podía retener el microbús cuyos defectos había reparado mientras el comprador no pagara el precio del

recogen el derecho a suspender el cumplimiento y en base al mecanismo de subsanación de lagunas del artículo 7.2, se deriva un principio general de derecho a que la prestación propia puede ser suspendida en caso de incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, incluso si ha vencido el momento de la prestación y esta ha sido ejecutada por la parte bajo sospecha aunque no lo haya sido, en partes esenciales, en conformidad con el contrato<sup>263</sup>.

En particular, en el caso del artículo 71(1) este principio general a suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones sin necesidad de que las obligaciones afectadas sean recíprocas se deduciría de la referencia en su texto a “*que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones*”, ya que en él se hace referencia a lo que el acreedor entienda como sustancial, no a la obligación equivalente a la suspendida o a proporcionalidad alguna.

De este modo, pueden existir diferentes tipos de obligaciones de la parte bajo sospecha (por ejemplo, de confidencialidad, de cooperación, facilitar garantías) que pueden ser muy relevantes para la parte acreedora y, por tanto, las

---

segundo microbús que ya había entregado; el Rechtbank Midden-Nederland, 2 de noviembre de 2016, CISG-online 4725 (“*Plastic labels*”), en el que el Tribunal da por buena la tesis pero no la aplica porque en el caso *ad litis* se trataba de dos obligaciones independientes, no sinalagmáticas; Rechtbank Overijssel, 23 de marzo de 2016, CISG-online 2736 (“*Garlic powder*”) en el que se da por buena la tesis pero no la aplica, por entender que en el caso *ad litis* se descubrió muy tarde la falta de calidad del producto y el artículo 58 no serviría como medida de presión sino como medio de liquidar el contrato; Audiencia Provincial de Navarra, 27 de marzo de 2000, CISG-online 575 (“*Elkay Manufacturing Co. v. Compañía de Aguas Belnature, SL*”) en el que un mal funcionamiento de las calderas le permite al comprador retener el precio de acuerdo al artículo 71.1. Cfr. Shanghai No. 1 Intermediate People’s Court, 29 de junio de 2005, CISG-online 1656 (“*Yiwu Majiali Import & Export Co., Ltd. v Y & Q International Trade (Group), Inc.*”), donde no se admitió el derecho a suspensión si el incumplimiento se relaciona a obligaciones que nacen de un segundo contrato; MKAC, 24 de mayo de 1994, CISG-online 1210 donde no se admitió la posibilidad de suspender el pago del precio en el supuesto de entrega de mercaderías defectuosas; y Oberlandesgericht Koblenz, 5 de febrero de 2014, CISG-online 2754 (“*Natural stone tiles case*”) donde no se admitió la posibilidad de suspender después de que la entrega defectuosa de 1/5 de la mercancía haya sido realizada al no considerarla como una “parte esencial”. La cuestión se dejó sin resolver en *supra* nota 258, Oberlandesgericht Düsseldorf, “*Calzaturificio Piceno di Roberto Catinari & Uvaldo Raccosta v. Vivace Mode GmbH*”. La sección 42 de las Leyes escandinavas de compraventa de mercaderías (Finlandia, Noruega y Suecia) también reconocen un derecho explícito de suspensión; para comentarios *vide* Jan Ramberg and Johnny Herre, *Köplagen*, 1. uppl. ed. (Stockholm: Fritze, 1995), pp. 455-459. Véase también artículo 7.1.3 Principios de UNIDROIT 2004.

<sup>263</sup> Además del 71, el artículo 58.1 expresa el principio del pago contra entrega como condiciones simultáneas y, aunque difiriendo en su detalle en lo relativo al alcance del ejercicio de este derecho y sus requisitos, otros artículos de la Convención reflejan la idea general de que el acreedor puede tener derecho a diferir su cumplimiento más allá de lo estipulado para las obligaciones recíprocas y aunque el momento de la prestación haya vencido y la ejecución haya sido defectuosa, como es el caso de los artículos 80, 81.2 segunda frase, 85 segunda frase y 86.1 segunda frase.

considere como “sustanciales” pero no necesariamente equivalentes a sus obligaciones debidas (por ejemplo, realizar el pago o entregar las mercaderías, que son las dos típicas obligaciones sustanciales)<sup>264</sup>. Esta interpretación se ve también corroborada por el hecho de que el artículo 71 tiene como objetivo el procurar que, de forma extrajudicial, las partes se conminen a cumplir adecuadamente el contrato (“*self-help*”). La cuestión de qué puede ser considerado como “sustancial” es tratada más adelante en la sección 3.2.5.2.

Se produciría así, en el caso particular del artículo 71, una extensión del derecho general a suspender a las obligaciones no sinalagmáticas y que sería posible ejercerlo aunque el incumplimiento no sea esencial o haya vencido en aspectos no esenciales.

### 3.2.5 El ejercicio del derecho de suspensión. Artículo 71.1

#### 3.2.5.1 Presupuesto del ejercicio: Situación de peligro o amenaza.

Puede haber innumerables circunstancias que hagan para una parte muy difícil poder determinar con seguridad en qué situación se encuentra la contraparte a pesar de saber que su contrato puede peligrar. En los tiempos recientes, la pandemia del COVID-19 ha creado a las partes una gran incertidumbre, no sólo por la situación generada directamente por la pandemia (cierres obligatorios de fronteras o de actividad motivado por regulaciones obligatorias internas de cada país) sino por las consecuencias indirectas creadas por la misma como problemas de logística, de suministros o financieros que se unen a otros más tradicionales como una huelga propia o del transporte, nuevos controles de aduanas, problemas financieros o logísticos, todos ellos eventos<sup>265</sup> que, más allá

---

<sup>264</sup> Ejemplos de aplicación en este sentido del artículo 71 CISG son los casos China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 27 de diciembre de 2002, CISG-online 2205, (“*Medicine manufacturing equipment*”) donde se trataba de la revelación por el comprador a un competidor del vendedor de información recibida en el curso de su relación contractual y sujeta a una obligación de confidencialidad; Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, 5 de diciembre de 1995, CISG-online (“*Containers case I*”) donde se admitió que el vendedor pudiese suspender sus obligaciones relacionadas con la reparación de las mercancías. *Vide* en ese sentido Joshua Karton, “Contract Law in International Commercial Arbitration: The Case of Suspension of Performance,” *International & Comparative Law Quarterly* 58, no. 4 (2009), pp. 884 *et ss*, donde se comenta que, debido a un principio general de suspensión de la ejecución de las obligaciones derivado de CISG, los PICC, y PECL, es cada vez es más irrelevante en el arbitraje internacional el hecho de que tengan que ser equivalentes la obligación cuyo cumplimiento es incierto y la obligación suspendida.

<sup>265</sup> Algunos de ellos podrían entrar dentro de lo regulado en el artículo 79 sobre “exoneración” donde cabe la liberación de responsabilidad por daños si el incumplimiento se debe a un

de los muchos detalles que se puedan dar en cada caso concreto, son habituales en el mundo de los negocios y que ejemplifican las dificultades a la hora de valorar si se da una situación de peligro o amenaza para el contrato, o como expresa el artículo 71.1 situaciones en las que “(...) resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones”.

Estas circunstancias que dan lugar a la previsibilidad del incumplimiento fueron discutidas y acotadas como *numerus clausus* en los trabajos previos de la Convención en un intento de objetivar el ejercicio del derecho de suspensión. El problema que se ha visto con el tiempo es que ni son realmente limitativos ya que dentro de ellos cabe (como veremos más adelante) un amplio abanico de supuestos, ni evitan el factor subjetivo del juicio valorativo del ejerciente del derecho sobre si se está o no dentro del supuesto recogido en la norma, al ser una mera abstracción.

Es, por tanto, sobre estas dos circunstancias recogidas en los apartados a) y b) del artículo 71 sobre las que se tiene que realizar un juicio de probabilidad en relación con la previsibilidad del incumplimiento. Las vemos a continuación.

**(i) El concepto de “grave menoscabo de su capacidad (de la otra parte para cumplir sus obligaciones) o de su solvencia”**

En el apartado a) se hace referencia a dos supuestos diferentes. En primer lugar, a los impedimentos genéricos que afecten a la *capacidad* de una parte para cumplir sus obligaciones que, a su vez, pueden ser generales y objetivos<sup>266</sup> o particulares y subjetivos<sup>267</sup>. De esta manera, se cubren todo tipo de situaciones

---

impedimento fuera de su control, de manera similar a un supuesto de “*rebus sic stantibus*” y, de esta manera, dar por terminado el contrato (a diferencia de lo que ocurre si se invoca la suspensión, lo cual es posible hacerlo conjuntamente en base al artículo 79.5). De hecho, algún autor ha considerado el artículo 71 como una concreción normativa de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, vide Peter Schlechtriem, *Internationales UN-Kaufrecht: Ein Studien- Und Erläuterungsbuch Zum Übereinkommen Der Vereinten Nationen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf (CISG)* (Tübingen: Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), (1996), p. 141.

<sup>266</sup> El Comentario de la Secretaría al artículo 62 incluye en su párr. 4 (p. 57) supuestos como el estallido de una guerra o la imposición de un embargo y la doctrina incluye fácticos como fenómenos naturales, huelgas e incendios y aquellos derivados de causas jurídicas como prohibiciones de exportación o de pago de divisas al exterior. Vide v. gr., Fountoulakis en Schlechtriem/Schwenzer, *op. cit. supra* nota 178, artículo 71, *Rn.* 22-26; Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en pp. 841-842, artículo 71, *Rn.* 24; comentario al artículo 71, párr. 7 en Rolf Herber and Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht: Kommentar Zu Dem Übereinkommen Der Vereinten Nationen Vom 11. April 1980 Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf* (München: Beck, 1991), p. 318.

<sup>267</sup> Vide v. gr., OLG Karlsruhe “*French shoes II*”, *supra* nota 249, donde existían problemas en una línea de producción; Oberlandesgericht Hamm, 23 de junio de 1998, CISG-online 434,

que puedan afectar a la ejecución del contrato. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en conformidad con el artículo 80, no se admiten como impedimentos bajo este artículo las situaciones que hayan sido causadas por la propia conducta del acreedor, por lo que este perderá su derecho de suspensión<sup>268</sup>.

En segundo lugar, se hace referencia a los impedimentos económicos que afecten a la *solvencia* y que pueden afectar tanto al comprador por su falta de capacidad de pago como al vendedor en relación con su obligación de obtener las mercancías<sup>269</sup>, y tanto en uno como otro caso puede tratarse de una insolvencia<sup>270</sup> o una mera cesación de pagos<sup>271</sup>, es decir, no tiene

---

(“*Hungarian Furniture Case*”), donde el vendedor en administración concursal ya no disponía de la mercancía que tenía que entregar porque había desaparecido de su almacén: Higher People’s Court Zhejiang Province, 18 de abril de 2011, CISG-online 3908, (“*Korean waste paper*”) donde la falta de calidad en dos entregas previas hacen dudar al comprador de la capacidad del vendedor de realizar futuras entregas en conformidad a la calidad pactada en contrato.

<sup>268</sup> Landgericht München I (District Court Munich I), 6 de abril de 2000, CISG-online 665, (“*Furniture case IV*”) donde se negó el derecho al vendedor a suspender entregas ante la revocación del pago por el comprador porque el mismo estaba causado por las deficiencias en entregas previas.

<sup>269</sup> Diferentes países lo limitan al caso de insolvencia del comprador. Sin embargo, los sistemas legales de Alemania y de Estados Unidos, países ambos principales impulsores de la inclusión de este supuesto en la Convención, amplían su uso a ambas partes y no lo limitan a casos de insolvencia, es decir, a un supuesto estrictamente objetivo. En ambos casos, la idea central de su regulación es permitir que una parte suspenda sus obligaciones hasta que se despejen las dudas sobre el futuro cumplimiento de la contraparte, bien porque se da garantía o se ejecuta la obligación debida (en el caso alemán) o se reciben seguridades suficientes de que se cumplirá debidamente la obligación (en el caso norteamericano). Como se aprecia, el artículo 71 recuerda a ambos sistemas legales ya que el derecho a diferir se le concede a ambas partes y su aplicación no se limita al caso de insolvencia, pero las arduas discusiones mantenidas durante los trabajos de los Grupos de Trabajo y en la Conferencia buscaron, debido a la presión de los países del denominado “tercer mundo” encabezados por Egipto, mejorar sus precedentes buscando objetivar su aplicación pero a la vez dejando margen a que el derecho a suspender pudiera ser usado. De este modo y como ya hemos vistos anteriormente en la parte histórica de esta tesis, el artículo 71 es fruto de un consenso entre dos mundos económicos antagónicos, el de los países industrializados y de los países en desarrollo.

<sup>270</sup> Vide supra nota 267, OLG Hamm, caso “*Hungarian Furniture*”, citado en aplicación al artículo 73 por Peter Schlechtriem, Ulrich Magnus and Gesellschaft für Rechtsvergleichung, *Internationale Rechtsprechung Zu EKG Und EAG: Eine Sammlung Belg., Dt., Ital., Israel. U. Niederländ. Entscheidungen Zu D. Haager Einheitlichen Kaufgesetzen* Nomos-Verlag-Ges, (1987), pp. 384-387.

<sup>271</sup> Vide v. gr., Rechtbank van Koophandel, Hasselt, 1 de marzo de 1995, CISG-online 373, (J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV), en el que un retraso en el pago de 7 meses da derecho a suspender el cumplimiento porque, de forma razonable, se puede asumir que el comprador vaya a tener más problemas económicos en el futuro; U.S. District Court for the Western District of Pennsylvania, 10 de septiembre de 2013, CISG-online 2490, (“*Roser Technologies, Inc. v. Carl Schreiber GmbH*”) donde se admitió que, después de que el seguro de crédito del vendedor rechazase la cobertura del comprador, la falta de aportación de una garantía por el

necesariamente que darse una situación concursal para que se aplique este supuesto<sup>272</sup> ya que lo que se busca es asegurar su capacidad de cumplir con el contrato en concreto, y no realizar un juicio sobre su solvencia económica general. Igualmente, no bastaría con un atraso en realizar un pago, pero sí podrá acabar convirtiéndose en un motivo para diferir el cumplimiento si dentro de la relación más general entre las partes el deudor se ha retrasado con regularidad o se unen otras circunstancias<sup>273</sup>.

### (ii) Comportamiento de la parte obligada

El apartado b) también da relevancia a la conducta de la parte obligada a cumplir, bien sea en la parte preparatoria de la ejecución de las obligaciones del contrato

---

comprador equivalía a un rechazo a cumplir con sus obligaciones contractuales. *Cfr. supra* nota 268, LG München I, “*Furniture case IV*”, donde la falta de pagos por un mobiliario entregado debido a la no conformidad con el mismo no constituye una cesación de pagos que permita al vendedor ejercer el artículo 71.1.

<sup>272</sup> El Grupo de Trabajo rechazó expresamente el intento de limitar su aplicación al supuesto concursal, *vide* Honnold, *op. cit. supra* nota 84, en p.184. *Vide v. gr.*, U.S. District Court for the Southern District of New York, 29 de mayo de 2009, CISG-online 1892, (“*Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al.*”) donde la falta de capacidad de pago del comprador se derivaba de sus impagos de entregas anteriores o de su incapacidad de abrir una carta de crédito en la fecha contractual comprometida.

<sup>273</sup> *Vide v. gr.*, Cour de Cassation, Francia, 20 de febrero de 2007, CISG-online 1492, (“*Mimusa C.A. v. Yves Saint Laurent Parfums S.A.*”), donde existía una situación de posible insolvencia del comprador por sus reiterados (“*de manière habituelle... en retard*”) atrasos en el curso de sus relaciones comerciales; *supra* nota 258, OLG Frankfurt am Main, “*Cosmetic and perfume products*”, en el que la falta de pago por el comprador unido a una situación de insolvencia da derecho al vendedor a retener la entrega de mercancías; *Cfr.* Oberster Gerichtshof, Austria, 12 de febrero de 1998, CISG-online 349, (“*Umbrellas*”), en el que un atraso en un pago o tardanzas generales (“*singular delayed payments or a sluggish mode of payments*”) en el pago de varias entregas se entendió que no son generalmente motivos para presumir con un grado suficiente de probabilidad una deficiencia grave en la solvencia del comprador y suspender su obligación de entrega en base al artículo 71.1. a). Esta decisión fue objeto de severas críticas al haber interpretado muy estrictamente los criterios del apartado a) del artículo 71.1 al exigir el comienzo de un procedimiento concursal cuando los retrasos en los pagos suponen un incumplimiento significativo del contrato y, además, haberse olvidado totalmente del apartado b), esto es, “*su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato*”, lo que ponía de “manifiesto” que el comprador no iba a cumplir “*una parte sustancial de sus obligaciones*” y, por lo tanto, el vendedor tenía derecho a suspender sus obligaciones de entrega en base al derecho general de retención, *vide v. gr.*, Saidov en “*Anticipatory Breach and Instalment Contracts*” en Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis and María del Pilar Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed. (München: C.H. Beck, 2018), art. 71, Rn. 20; Brunner/Hurni en su comentario al artículo 71.1, Rn. 22, en Heinrich Honsell et al., *Kommentar Zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen Der Vereinten Nationen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf (CISG)* Springer-Verlag, 2009), pp. 969-970.

por parte del comprador<sup>274</sup> o del vendedor<sup>275</sup>, o en la misma fase de ejecución, siendo de nuevo esencial el tiempo.

La doctrina y los tribunales han aportado abundantes ejemplos de situaciones que podrían caer dentro de este supuesto, el reiterado impago previo<sup>276</sup>, el uso de una materia prima defectuosa<sup>277</sup> o la imposibilidad de obtenerla<sup>278</sup>, la falta de licencias o permisos de exportación en plazo<sup>279</sup>, falta de embalaje o transporte adecuados<sup>280</sup>, o una injustificada negativa a cumplir da derecho a diferir el pago<sup>281</sup>. Por el contrario, una entrega o un pago tardío sin mayores consecuencias que den lugar a indicios sobre futuros incumplimientos<sup>282</sup> no da derecho a suspender, al igual que meros rumores sobre la capacidad para cumplir con sus obligaciones de la parte bajo sospecha o incluso hechos relacionados con incumplimientos de contratos con terceras partes.

En la práctica, muchas veces es difícil saber cuándo se está ante una situación encuadrable en el párrafo (a) o (b) del artículo 71.1, pero la diferencia no es realmente relevante ya que la consecuencia jurídica es la misma<sup>283</sup>, lo que es

---

<sup>274</sup> *Vide* artículos 54 (adopción de medidas necesarias para el pago) y 65 (especificación de las características de las mercancías)

<sup>275</sup> *Vide* artículos 32 (identificación de las mercancías, conclusión de los contratos necesarios para la entrega, suministro de toda la información disponible necesaria para el contrato de transporte) y 34 (entrega de los documentos relacionados con las mercancías)

<sup>276</sup> Oberlandesgericht Rostock, 15 de septiembre de 2003, CISG-online 920 (“*Ketchup bottles*”) en el que se permitió al vendedor suspender entregas posteriores porque el comprador había incumplido su obligación de pago con respecto a entregas anteriores.

<sup>277</sup> Comentario de la Secretaría al artículo 62, párr. 6.

<sup>278</sup> ICC International Court of Arbitration, enero de 1997, CISG-online 749 (“*Clothing*”) donde no se entregaron muestras de tela antes del envío de la mercancía como era obligación por contrato y se consideró válida su terminación ya que se ponía en peligro la fabricación de una colección de temporada.

<sup>279</sup> Oberster Gerichtshof, Austria, 6 de febrero de 1996, CISG-online 224, (“*Propane gas*”).

<sup>280</sup> *Vide v. gr.*, Bundesgerichtshof, 27 noviembre 2007 (“*Glass Bottles*”), CISG-online 1617, donde la conducta del comprador había dejado claro que no aceptaría la entrega de resto de las mercancías, luego existía un derecho a suspender la obligación del pago debido; Landgericht Berlín, 15 de septiembre de 1994, (“*Italian shoes case XV*”), CISG-online 399 en el que la conducta del vendedor rechazando una modificación de la mercancía defectuosa da derecho a suspender la obligación de pago.

<sup>281</sup> *Supra* nota 280, BGH, “*Glass Bottles*”, en el que se admitió que el vendedor puede suspender su obligación de pago en base a la declaración del comprador de que no cumpliría con su obligación de recepcionar la mercancía, por lo que no ha incumplido y, por lo tanto, el comprador no tiene derecho a resolver el contrato.

<sup>282</sup> Gerechtshof Leeuwarden, 31 de agosto de 2005, CISG-online 1100 (“*Auto-Moto Styl S.r.o. vs. Pedro Boat B.V.*”)

<sup>283</sup> *Vide v. gr.*, *supra* nota 276, OLG Rostock, “*Ketchup*”, en el que se presume por la falta de pago que no se pagarán entregas futuras luego el comprador tiene derecho a suspender entregas; Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden, 10 de marzo de 2003, CISG-online 852,

relevante es que las interferencias en la preparación de las obligaciones contractuales pongan en peligro su ejecución. De igual modo, para el ejercicio del derecho de suspensión no es relevante el que haya habido negligencia o dolo en el actuar de la parte incumplidora, o que la causa del incumplimiento derive de fuerza mayor o *hardship* (artículo 79.3 CCIM), pero, por el contrario, el artículo 80 de la Convención establece que una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

### (iii) Juicio de probabilidad: el concepto de “manifiesto”

La existencia de las dos circunstancias que acabamos de examinar es necesaria para que se pueda dar un supuesto de incumplimiento previsible, pero no es suficiente.

El artículo 71 exige además para su aplicación que “*resulte manifiesto*” que la contraparte no cumplirá. Es decir, se le pide (subjctivamente) que realice un juicio de valor, una opinión fundada, sobre el grado de probabilidad de que, dados esos hechos, la otra parte no va a cumplir sus obligaciones contractuales.

Para determinar cómo hay que realizar ese juicio de valor hay que acudir al criterio de razonabilidad de los artículos 8.2 y 8.3 de la Convención, es decir, observar qué consideraría como “*manifiesto*” un tercero observador objetivo y razonable<sup>284</sup>, de la misma condición de la parte que lo invoca y teniendo “*debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso*”<sup>285</sup>. Corresponde a la parte inocente estar al corriente y familiarizado con los usos y la información de conocimiento general del sector comercial pertinente, pero no se le puede pedir que realice una investigación de la parte bajos sospecha más allá de lo que sea habitual en su sector de actividad en las mismas circunstancias. Con los datos que resulten de su investigación se tendrá que hacer un juicio de valor a futuro, habiendo determinado la jurisprudencia que no basta un mero temor subjetivo<sup>286</sup>, sino que es necesario que, sin exigir certeza, se llegue a la conclusión de que es altamente probable que una de las partes no

---

(“*Used Machine case*”), en el que se daban tanto la circunstancia del apartado a) como del b) para otorgar el derecho a suspender el cumplimiento de las obligaciones de la parte demandante; LG Kassel, caso “*Wooden poles*”, *vide supra* nota 245, donde el comprador no proporcionó la confirmación del banco de que la carta de crédito se abriría tan pronto como se examinara la mercancía tal y como tenía obligación por contrato, lo que daba lugar a que se pensase que no se realizaría el pago debido.

<sup>284</sup> Artículo 8.2

<sup>285</sup> Artículo 8.3

<sup>286</sup> Saidov en Kröll/Mistelis/Perales, *op. cit. supra* nota 273, en artículo 71, Rn. 19-26.

llegue a cumplir una parte sustancial de sus obligaciones<sup>287</sup>. Por tanto, situaciones como la existencia de meros rumores sobre una posible falta de cumplimiento del deudor o sobre la situación o desarrollo del mercado no dan derecho a suspender.

De este modo, certeza para aplicar este estándar sólo la podremos obtener cuando haya una clara voluntad rebelde por parte del deudor a la hora de cumplir sus obligaciones<sup>288</sup>, en línea con el concepto de “*anticipatory repudiation*” de la § 2-610 del U.C.C. Para poder hacer un juicio de valor en base al comportamiento hay que ir al caso concreto admitido por los Tribunales, algunos relativos al *comprador* y sus obligaciones relacionadas con el pago como, por ejemplo, abrir o renovar una carta de crédito o aportar una garantía<sup>289</sup>, o la falta de pago por

---

<sup>287</sup> *Vide supra* nota 273, OGH, “*Umbrellas*”, que es el caso paradigmático en esta cuestión, donde se establece que “*Ni el hecho de que el comprador no hubiese pagado el precio de compra correspondiente a una serie de entregas ni la cancelación de la orden de pago indicaban con un grado de probabilidad suficiente que existiese un grave menoscabo de la capacidad del comprador para cumplir el contrato ni de su solvencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 1) a) de la CIM. Así pues, no se había demostrado el derecho del comprador a diferir el cumplimiento*”

<sup>288</sup> *Vide v. gr., supra* nota 280, BGH, “*Glass Bottles*”; *supra* nota 278, ICC, “*Clothing*”; *supra* nota 283, KS Appenzell Ausserrhoden, “*Used Machine case*”. Sin embargo, esa voluntad rebelde puede cambiar en el futuro y las partes mantener conversaciones que puedan hacer que no se justifique la suspensión, *vide* ICC International Court of Arbitration, de 1 de septiembre de 1996, CISG-online 1293, (“*Metal concentrate*”), en el que la cuestión fue si el comprador tenía derecho a retener el pago del último envío y, en caso contrario, se le permitía al vendedor suspender las entregas de las mercancías. El demandado (vendedor) contrató la entrega de una cantidad fija anual de concentrado de metal al demandante (comprador) pero el comprador rescindió el contrato cuando el vendedor no realizó la entrega durante el tercer año y sometió la disputa a arbitraje solicitando daños y perjuicios por las compras de reemplazo realizadas. El tribunal decidió que el comprador había incumplido sus obligaciones de notificar para poder ejercer la suspensión ya que las compras de reemplazo no suspendían sus obligaciones, ni la emisión de la resolución del contrato fue emitida claramente dentro de un tiempo razonable después de que se produjeran las circunstancias que dan derecho a la resolución”.

<sup>289</sup> *Vide v. gr., supra* nota 253, Supreme Court of British Columbia, “*Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH*”, donde el tribunal rechazó la pretensión del vendedor de suspender su obligación de entregar la mercancía por la falta de pago al no haber facilitado a tiempo una carta de crédito, limitándose a aceptar la suspensión sólo de manera temporal; *supra* nota 272, U.S. District Court for the Southern District of New York, “*Doolim Corp. v. R Doll, LLC et al.*”, donde la falta de capacidad de pago del comprador se derivaba de sus impagos de entregas anteriores o de su incapacidad de abrir una carta de crédito en la fecha contractual comprometida; China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), Beijing, 27 de febrero de 1996, CISG-online 1033, (“*Wool case*”) donde no se cumplió la obligación contractual de abrir cartas de crédito; *vide supra* nota 245, LG Kassel, “*Wooden poles*”, donde el comprador no proporcionó la confirmación del banco de que la carta de crédito se abriría tan pronto como se examinara la mercancía tal y como tenía obligación por contrato, lo que daba lugar a que se pensase que no se realizaría el pago debido; Arbitration Court Hungarian Chamber of Commerce and Industry, de 17 de noviembre de 1995, CISG-online 250 (“*Hungarian mushrooms case*”) donde se aportó la garantía debida; U.S. District Court for the District of Delaware, 9 DE septiembre de 2016, CISG-online 2859 (“*Syral Belgium*”

entregas previas<sup>290</sup>, pero siempre viendo el conjunto de los hechos<sup>291</sup>. En el caso del *vendedor*, la jurisprudencia ha considerado como manifiesto su incumplimiento en casos en los que había problemas con la entrega de las mercancías, bien por considerar que no se habían entregado las mercancías y era manifiesto que no lo haría en el futuro, bien porque no se estableció si el comprador no cumplió una parte sustancial de sus obligaciones<sup>292</sup>. La falta de conformidad de las mercancías también ha dado lugar a supuestos variados que hagan manifiesto que futuras entregas no serán conforme a contrato, tales como la negación de la existencia de defectos que hacía prever que se repetirían en el futuro o problemas con la fuente del origen de la mercancía que hacen pensar que se volverán a producir deficiencias de calidad<sup>293</sup>.

Por último, cabe mencionar que un problema adicional que ha surgido a la hora de realizar este juicio de probabilidad es su relación con el artículo 72 en el uso de los respectivos adjetivos porque llama la atención que, en puridad lingüística, la diferencia de significados entre el estándar “manifiesto”<sup>294</sup> del artículo. 71 y el “patente”<sup>295</sup> del artículo 72 no sea ni manifiesta ni patente, ya que, realmente, son sinónimos<sup>296</sup>.

---

*N.V. v. U.S. Ingredients Inc.*”) donde no se habían dado pruebas suficientes de que se había pagado el precio por el comprador.

<sup>290</sup> *Vide v. gr., supra* nota 264, Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, “*Containers case I*”, donde se admitió que el vendedor pudiese suspender sus obligaciones por la falta de pago de entregas previas; *supra* nota 271, RvK Hasselt “*J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV*”, un retraso de siete meses en el pago podría llevar a pensar razonablemente que no vayan a darse pagos futuros en otros envíos.

<sup>291</sup> *Vide v. gr., supra* nota 268, LG München I, “*Furniture case IV*”, donde se negó el derecho al vendedor a suspender entregas porque la práctica de las partes era que vendedor esperase a que el comprador verificase la conformidad de las mercancías (lo que fue en el caso en cuestión); *supra* nota 273, OGH, “*Umbrellas*”.

<sup>292</sup> *Vide v. gr., respectivamente, supra* nota 267, OLG Hamm, caso “*Hungarian Furniture*”, porque los muebles habían desaparecido de su lugar de almacenaje en Hungría; Rechtbank 's-Hertogenbosch, 2 de octubre de 1998, CISG-online 1309 (“*Malaysia Dairy Industries Pte. Ltd. v. Dairex Holland BV*”) donde el vendedor no impugnó que el comprador se hubiera ofrecido a recibir el polvo después de que el vendedor le hubiera informado de su preocupación por su posible destrucción.

<sup>293</sup> *Vide v. gr., supra* nota 280 LG Berlin “*Italian Shoes XV*”; Netherlands Arbitrage Institut Rotterdam, 15 de octubre de 2002, CISG-online 740, (“*Rijn Blend Oil*”) donde el pozo del que procedía el petróleo tenía un nivel de mercurio superior al especificado en el contrato pero que no impedía su utilización.

<sup>294</sup> R.A.E.: 1. adj. Descubierta, patente, claro.

<sup>295</sup> R.A.E.: 1. adj. Manifiesto, visible.

<sup>296</sup> Lo mismo ocurre en otros idiomas. Si observamos la lengua inglesa, lengua principal de las discusiones mantenidas en la elaboración de la Convención, “*apparent*” and “*clear*” son también palabras sinónimas (<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/apparent?q=apparent>)

Sin embargo, la propia génesis histórica de estos artículos demuestra cómo fue intención de sus redactores el buscar diferentes niveles de objetividad<sup>297</sup> por lo que se decidió separarlos en dos artículos diferentes en la Convención donde cada estándar se expresa de forma diferente en función del remedio jurídico a aplicar y la doctrina tradicionalmente así lo ha reflejado<sup>298</sup>. La razón es que el remedio de la resolución de los artículos 72 y 73 es de naturaleza más drástica que el de la suspensión del artículo 71 que es de naturaleza temporal, por lo que se requiere un mayor grado de certeza<sup>299</sup>, sobre todo porque las precondiciones para invocarles son más estrictas<sup>300</sup>.

De este modo, la mayoría de los autores entienden que los estándares de aplicación del artículo 71 son menos rigurosos que los del artículo 72, se requiere

<sup>297</sup> John O. Honnold and Harry M. Flechtner, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 4ª ed. (Norwell: Wolters Kluwer Law & Business, 2009), p. 552 (“*The conference took pains to preserve different language authorizing these different remedies.*”). Para ver generalmente, un análisis detallado de las discusiones históricas que llevaron a utilizar un lenguaje diferente, *vide* Strub, *op. cit. supra* nota 243, o Honnold *op. cit. supra* nota 84.

<sup>298</sup> Peter Schlechtriem and Petra Butler, *UN Law on International Sales : The UN Convention on the International Sale of Goods* (Berlin, Heidelberg: Springer, 2009), p. 185. (el umbral de Artículo 71.1 no es “*as high as for an anticipatory breach under Article 72.1 CISG*”); Schwenger *op. cit. supra* nota 260, Rn. 18 (“*[T]he threshold in Article 71 is lower. (...) Otherwise, Article 72, which allows for avoidance of the contract in cases of fundamental anticipatory breach, would be redundant.*”); Mercédeh Azeredo da Silveira, “*Anticipatory Breach Under The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,*” *Nordic Journal of Commercial Law*, no. 2 (Jan 1, 2005), p.18. (“*These distinctions in terminology convey substantive differences between the two provisions.*”); Trevor Bennett en “*Suspension of performance*” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 522 (“*This different wording was deliberately adopted by the Vienna Conference on the basis that . . . a difference of meaning was involved.*”); Larry A. DiMatteo et al., “*The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence,*” *Nw.J.Int’L L. & Bus.* 24 (2003), p. 411. (“*The narrowness of the preconditions for suspension of performance is designed to prevent abuse of anticipatory breach*”); Calvo Caravaca, Alfonso Luis: “*Comentario al artículo 71*”, en Luis Diez-Picazo y Ponce de Leon and Antonio Cabanillas Sánchez, *La Compraventa Internacional De Mercaderias*, 1. ed. (Madrid: Ed. Civitas, 1998a), p. 563.

<sup>299</sup> *Vide per omnia* Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, en p. 286 (“*[T]he standards of Article 71 are less strict than those of Article 72.*”); Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 553 (“*[t]he two standards are not the same, that the “substantial part” standard in article 71 would be satisfied by something less than a threat of a fundamental breach*”); Azeredo, *op. cit. supra* nota 298, en p. 5–6 (“*[T]he degree of certainty that a breach will be committed, required under article 71 CISG, is lower than the degree of certainty required under article 72 CISG . . .*”); Strub, *op. cit. supra* nota 243, en p. 494 (“*the criterion entitling a party to suspension be less stringent than that of avoidance since suspension was the less severe remedy.*”). Por el contrario, Schlechtriem no vio tal diferencia entre ambos estándares en algunos de sus primeros trabajos, Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* Manz, 1986), p. 96. (“*In my opinion, the different formulations do not require different degrees of certainty—such a requirement would hardly be practicable anyway.*”). De parecida opinión es Saidov en Kröll/Mistelis/Perales, *op. cit. supra* nota 273, en artículo 71, Rn. 15.

<sup>300</sup> *Vide* Saidov en Kröll/Mistelis/Perales, *op. cit. supra* nota 273, en artículo 71, Rn. 15.

una “certeza virtual” o una “probabilidad sustancial”<sup>301</sup> o indican que, cuando comparado con el requerimiento de “patente” del artículo 72, el estándar del artículo 71 es “algo más fácil” o “ligeramente menos probable”<sup>302</sup>.

En la práctica, la jurisprudencia ha seguido esta distinción<sup>303</sup> pero, salvo que cuando se deduzca de las propias palabras o hechos de la parte deudora, es muy complicado usarla más que viendo caso a caso las circunstancias concretas. Lo que es cierto es que, como hemos examinado, del examen detallado de la jurisprudencia se deduce que se han establecido estándares muy altos para el artículo 71, de manera que la línea separadora entre el estándar de “manifiesto” del artículo 71 y el de “patente” del artículo 72 es, en la práctica, muy fina<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, en p. 285 (“*high degree of probability of non-performance*”); Ferrari & Torsello, *op. cit. supra* nota 240, en p. 452 (“[T]he prevailing view requires that the likelihood of a breach amount to a virtual certainty by normal business standards.”); Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 553 (“*something less than a threat of a fundamental breach*”); Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3. ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2010), pp. 957-958 (“*Although virtual certainty cannot be required, a high degree of probability is essential in order to prevent the creditor relying on Article 71 based on rash allegations.*”); Azeredo, *op. cit. supra* nota 298, en p. 4 (“*substantial probability*”); Trevor Bennett en “*Suspension of performance*” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 522 (“*Strictly construed, the language of the article seems to require that the likelihood of the apprehended non-performance amount to a virtual certainty by normal business standards.*”); Koch, en *op. cit. supra* nota 132, en p. 305, (“*high degree of probability*”); Saidov en *op. cit. supra* nota 142, en p. 895 (“*requiring a ‘high’ or ‘substantial’ degree of likelihood*”); Strub, *op. cit. supra* nota 243, en p. 494 (“*the suspending party need not establish non-performance with absolute certainty*”).

<sup>302</sup> Chengwei Liu and Marie Stefanini Newman, *Remedies in International Sales: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL* Juris Publishing, Inc., 2007), p. 269. (“*somewhat easier to suspend than avoid*”); Lookofsky *op. cit. supra* nota 111, en p. 147 (“*Although the degree of probability required under the (becomes apparent) suspension test in paragraph (2) seems ‘lower’ than that required for avoidance...*”)

<sup>303</sup> *Vide supra* nota 278, ICC, “*Clothing*”, donde, en relación con la aplicación del artículo 72, se decide que no es necesario comunicar a la otra parte la resolución porque esta ya había anunciado que no cumpliría en la fecha acordada debido a un retraso que, en esas concretas circunstancias, podía ser considerado un incumplimiento esencial; Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, 10 de diciembre de 1997, CISG-online 351, (“*Austrian summer malting barley*”), donde, en relación a la cuestión de la resolución en base al artículo 73.2, se menciona que hay que aplicar un estándar menos estricto al nivel de probabilidad exigido para la resolución frente al del artículo 72. *Cfr.* Bezirksgericht der Saane, 20 de febrero de 1997, CISG-online 426, y Handelskammer (Cámara de Comercio) Zürich, 31 de mayo 1996, CISG-online 1291, (“*Soinco SACI et al. v. NKAP*”), se descartó la aplicación del artículo 72 porque no quedó probado que hubiese una intención de rechazar el cumplimiento (no era “patente”);

<sup>304</sup> El caso más relevante y citado a la hora de marcar ese umbral del grado de probabilidad es el resuelto en Landgericht Berlin, 30 de septiembre de 1992, (*Italian shoes VIII*), CISG-online 70, ya con relación al artículo 72 definió las palabras “es patente” (“*offensichtlich*”) en términos de probabilidades de que se cometa un incumplimiento esencial, al establecer que (“*Sin*

Por ello, en caso de duda, la parte obligada a cumplir debe ser prudente y optar por la suspensión ya que muchas veces las situaciones serán poco claras porque, recordemos, se trata de hacer un juicio a futuro con los hechos conocidos en ese momento y la falta de motivos fundados a la hora de ejercer el derecho a diferir dará lugar a que esa misma parte esté en incumplimiento del contrato<sup>305</sup>.

### 3.2.5.2 Incumplimiento previsto: sustancial

La Convención no contiene una definición de qué se entiende por “*parte sustancial*” aunque tradicionalmente<sup>306</sup> se ha interpretado en el sentido de una cierta importancia en relación con el conjunto de obligaciones pendientes<sup>307</sup>. Se trata de un concepto que, estrictamente como tal, sólo aparece en otro artículo de la Convención<sup>308</sup>.

Sin embargo, el *concepto* de “*sustancialidad*” sí aparece en otro artículo fundamental de la Convención, en su artículo 25, a la hora de definir el criterio de cuándo considerar un incumplimiento como esencial: “*cuando cause a la otra*

---

*embargo, no es necesario demostrar un grado de probabilidad cercano a la certeza. Más bien se requiere una probabilidad muy alta, evidente para todos*) frente a *supra* nota 273, OGH, “*Umbrellas*” (“*Ni el hecho de que el comprador no hubiese pagado el precio de compra correspondiente a una serie de entregas ni la cancelación de la orden de pago indicaban con un grado de probabilidad suficiente que existiese un grave menoscabo de la capacidad del comprador para cumplir el contrato ni de su solvencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 71.1.a, de la CIM. Así pues, no se había demostrado el derecho del comprador a diferir el cumplimiento*”), o *supra* nota 282, GL, “*Auto-Moto Styl S.r.o. vs. Pedro Boat B.V.*”, donde el tribunal mantuvo que el comprador no podía suspender su obligación a pesar de que el vendedor no había transferido la propiedad y no había demostrado haber sufrido daños por el retraso.

<sup>305</sup> *Vide* el Comentario de la Secretaría al artículo 62, párr. 5, *op. citada supra* nota 177, y Bundesgericht, Suiza, 17 de julio de 2007, CISG-online 1515 (“*Kickboards*”) donde la falta de prueba de la falta de solvencia del comprador después de la compra llevó a que no se admitiese la suspensión del comprador y a la responsabilidad del comprador.

<sup>306</sup> *Vide* tanto el Comentario al Borrador del 76 al artículo 47 (*vide op. citada supra* nota 177, en p. 142, párr. 5) como el Comentario al Proyecto de Convención al artículo 62 (*vide op. citada supra* nota 89, en p. 57, párr. 3), en el que se habla de “... *una parte considerable*”. También, Calvo Caravaca, *op. cit.*, *supra* nota 298, en “Comentario al artículo 71”, p. 563, citando a Herber/Czerwenka, *op. cit. supra* nota 266 en p. 317.

<sup>307</sup> Oberlandesgericht Hamm, 22 de septiembre de 1992, (“*Bacon case I*”), CISG-online 57 donde se estableció que “*la mala entrega de sólo una pequeña cantidad parcial de una entrega urgente (420 kg de 22.400 kg) - incluso en vista del total de 200.000 kg vendidos en total - no puede considerarse el incumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones del vendedor que, de acuerdo con el artículo 71.1.b de la CISG, autorizaba al demandado a rechazar la aceptación de la cantidad de entrega pendiente.*”

<sup>308</sup> El artículo 3.1 donde se regula: “*Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción*”

*parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato*". Y este artículo, como veremos más adelante<sup>309</sup>, está ligado al estándar aplicado en el artículo 72 para permitir a la parte cumplidora resolver el contrato<sup>310</sup>.

Pero, por otro lado, como se deduce de la mera literatura de los artículos 71 y 72<sup>311</sup>, el incumplimiento de una "*parte sustancial*" no equivale a un incumplimiento esencial<sup>312</sup>, tal y como está definido en el artículo 25, y que da lugar a la aplicación de la resolución del contrato en base al artículo 72<sup>313</sup>. Es más, los

<sup>309</sup> *Infra* 3.3.4.1: El incumplimiento esencial.

<sup>310</sup> En circunstancias que "*fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato*", es decir, el estándar del artículo 25.

<sup>311</sup> Fruto de una clara voluntad de distinguir supuestos, *vide* Schlechtriem *supra* nota 299 en p. 93 ("*Even though, in practice the difference between an (expected) violation of a 'substantial part of the obligations (article 71.1) and a 'fundamental breach' (see article 72.1 and 73.2) will hardly be distinguishable, it must be assumed that such a differentiation is, in principle, possible: for one, the Egyptian motion to make the expectation of a 'fundamental breach' the prerequisite for suspending performance under article 71.1 was rejected. Above all, the differences in remedies under articles 7.1 and 72.2 may justify including les important breaches under article 71.1*"); Trevor Bennett: "Suspension of performance" en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 519 ("*The separateness of these two provisions is significant.*"); Saidov en Kröll/Mistelis/Perales, *op. cit. supra* nota 273 en artículo 71, Rn. 4 ("*The only guideline that can be inferred from the Convention itself is that an anticipated failure to perform 'a substantial part of the obligations' does not have to amount to a 'fundamental breach' as defined by article 25 and referred to in article 72.*"); Flechtner: *Several Texts, op. cit. supra* nota 127 en p. 190 ("*[T]he drafters would not have used two different phrases ('fundamental breach' as opposed to non-performance of 'a substantial part of his obligations'), and in particular, two different adjectives describing the seriousness of the breach ('fundamental' as opposed to 'substantial'), had they not intended to distinguish the seriousness of the threatened breach that would satisfy the standards of the respective articles*")

<sup>312</sup> Es reseñable que, aunque en las versiones en lengua inglesa y castellana los términos son claramente distintos (y hay que recordar que el inglés fue la lengua principal en la que tuvieron lugar las discusiones de la Conferencia), no es así en francés donde se habla de incumplimiento de "*une parte esentielle*" y de una "*contravention esentielle*" y ello ha dado lugar a interpretaciones equivocadas sobre una supuesta incompatibilidad de los artículos 71 y 72: *vide* John O Honnold: "The Sales Convention: From idea to Practice" en "Symposium-Ten Years of the United Nations Sales Convention." *The Journal of Law and Commerce* 17, no. 2 (1997-, 1998), pp. 184-185. Se trata, por tanto, de una polémica artificial similar a la que ocurre en lengua alemana con el concepto de garantías (*vide infra* nota 486). En este caso, incluso más notoria dado que el concepto de "*fundamental breach*" es un concepto (valga la redundancia) fundamental en *common law* y en todo momento de las discusiones estuvo claro el uso exclusivo de este término para la resolución (como ocurre en países de esta familia jurídica) frente al término "*substantial*" para indicar un incumplimiento de un nivel inferior.

<sup>313</sup> *Vide supra* nota 280 LG Berlin "*Italian Shoes XV*" donde, en un contrato de compraventa de zapatos el comprador suspendió el pago del precio por la falta de conformidad de parte de las mercancías y procedió a vender las que parcialmente había aceptado para mitigar daños, sosteniendo el tribunal que el vendedor no tenía derecho a cobrar intereses sobre el pago del precio suspendido porque, en opinión del Tribunal, la falta de cumplimiento de una parte sustancial de sus obligaciones en base al artículo 71.1 no equivale necesariamente a un

requisitos para suspender son, lógicamente, menores que para resolver, no siendo necesaria una notificación previa sino sólo una vez ejercido el derecho. Y, como hemos visto, la historia de la Convención nos dice que en realidad se buscó con la diferencia de términos que el grado de incumplimiento previsible exigido fuese menor en el artículo 71 en línea con la menor gravedad del remedio<sup>314</sup>. Sin embargo, es evidente que hay una relación entre los dos conceptos que hace que, en la práctica, la aplicación de los mismos sea en muchos casos cercana. En ambos artículos está claro que la legítima expectativa de una parte contratante es que la otra parte cumpla las obligaciones contraídas en el contrato y, tanto el artículo 25 (y, por tanto, el artículo 72 mediante el uso del término “incumplimiento esencial” definido en el mismo) como el artículo 71 se refieren a los incumplimientos que suponen una privación sustancial de esas expectativas contractuales. Por lo tanto, aunque las normas establecidas en los artículos 71 y 72 utilizan términos diferentes, en realidad tienen un trasfondo común. El artículo 72 aplica el artículo 25 utilizando el término definido como norma para la resolución, mientras que el artículo 71 utiliza la esencia de esa definición (que “*la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones*”) como requisito para la suspensión ya que es, precisamente, la base de las expectativas contractuales de la parte inocente. Y, en realidad, nada impide en principio que ambos artículos regulen acciones diferentes derivadas de un mismo incumplimiento previsible.

Esto ha llevado a que, y al igual que hemos visto con los términos manifiesto y patente<sup>315</sup>, la jurisprudencia poco ayuda a la hora de delimitar estos conceptos<sup>316</sup> ya que en varios casos se ha reconocido el derecho a la suspensión en circunstancias en las que el impedimento subyacente podría haber constituido fácilmente un incumplimiento esencial<sup>317</sup>, como son, por ejemplo, en el caso de

---

incumplimiento esencial para lo que, adicionalmente y en apoyo de esta tesis, se citaba abundante doctrina; y Trevor Bennett en “Suspension of performance” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 521.

<sup>314</sup> *Vide* en este sentido la intervención de Honnold en respuesta a la enmienda presentada por Egipto en la Conferencia Diplomática que buscaba hacer la suspensión condicional al rechazo de un incumplimiento esencial (*supra* nota 84, p. 642); y Strub, *op. cit. supra* nota 243, en p. 457.

<sup>315</sup> *Vide supra* 3.2.5.1 (iii): Juicio de probabilidad: el concepto de “manifiesto”.

<sup>316</sup> “*Muy pocos de los casos proporcionan una visión de cómo los juzgados y tribunales están analizando la cuestión de la inseguridad y el posible incumplimiento*”. Mark S. Walter: “Drafting Contracts to Deal with Insecurity and Prospective Breach (articles 71, 72, 73.2)”, en Mark Walter, Harry Flechtner and Ronald Brand, *Drafting Contracts Under the CISG* (Oxford University Press, 2008), p. 421.

<sup>317</sup> *Vide v. gr.*, *supra* nota 279, OGH, “*Propane gas*”, donde el comprador podía suspender la obtención de una carta de crédito porque tenía la certeza de que el vendedor no podía cumplir su obligación de entregar la mercancía, ya que no podía obtener la aprobación de su proveedor para exportar el gas licuado a Bélgica); *supra* nota 271, RvK Hasselt “*J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV*”, en el que el pago de sólo una parte de la mercancía entregada en el primer

situaciones que afecten al *comprador*, la realización de un pago incompleto desde la primera entrega, una situación de insolvencia unido a impago, o, incluso, su negativa a recepcionar en el futuro la mercancía: por su parte, en el caso del *vendedor* se han admitido supuestos como tener la certeza de la imposibilidad de realizar la entrega de la mercancía pactada o en la fecha pactada, no facilitar la apertura de una carta de crédito. Estos casos, por supuesto, no son útiles para entender cuándo se permite la suspensión en ausencia de la satisfacción de los requisitos del artículo 72.

Por ello, el concepto “sustancial” debe ser dejado al examen fáctico del contrato en su conjunto<sup>318</sup>. En este sentido, la expectativa del acreedor es decisiva pero siempre que sea conocida por el deudor<sup>319</sup>, para lo que habrá que ver la importancia que el contrato otorgue a ciertas obligaciones en particular, a los usos y prácticas del sector o a lo que las partes hayan manifestado en función de la situación generada por un posible incumplimiento futuro. Así, por ejemplo, es normal que en cierto tipo de contratos el plazo, el lugar de entrega o la calidad de una primera entrega de las mercaderías sea un elemento esencial para el

---

pedido justificó que el vendedor suspendiera la entrega de la mercancía en el segundo pedido; *supra* nota 253, Supreme Court of British Columbia, “*Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH*”, donde el tribunal rechazó la pretensión del vendedor de suspender su obligación de entregar la mercancía por la falta de pago al no haber facilitado a tiempo una carta de crédito, limitándose a aceptar la suspensión sólo de manera temporal; *supra* nota 258, OLG Frankfurt am Main, “*Cosmetic and perfume products*”, en el que la falta de pago por el comprador unido a una situación de insolvencia da derecho al vendedor a retener la entrega de mercancías; *supra* nota 280, BGH, “*Glass Bottles*” donde se afirmó que el vendedor puede suspender su obligación de pago en base a la declaración del comprador de que no cumpliría con su obligación de recepcionar la mercancía, por lo que no ha incumplido y, por lo tanto, el comprador no tiene derecho a resolver el contrato; *supra* nota 267, OLG Hamm, caso “*Hungarian Furniture*”, en el que el vendedor ya no disponía de la mercancía que tenía que entregar; *supra* nota 249, OLG Karlsruhe “*French shoes II*” donde el comprador no podía cumplir con sus obligaciones de entrega porque su suministrador solo podía entregar la mercancía después de la fecha acordada de entrega; *supra* nota 271, U.S. District Court for the Western District of Pennsylvania, “*Roser Technologies, Inc. v. Carl Schreiber GmbH*”, en el que un vendedor tenía derecho a suspender el cumplimiento de su entrega después de que, al pedir garantías en base al contrato entre las partes, el comprador le enviase una carta diciendo que adquiriría las mercancías de un suministrador alternativo.

<sup>318</sup> Fountoulakis en Schlechtriem/Schwenzer, *op. cit. supra* nota 178, artículo 71, Rn. 20: Dependerá de circunstancias fácticas variadas como, p.ej., de la importancia que el contrato atribuya a una determinada obligación, de las negociaciones entre las partes, de las prácticas y/o usos comerciales, así como de la conducta de las partes con posterioridad a la aparición de los motivos que dan lugar a la expectativa de incumplimiento.

<sup>319</sup> *Ibid.* Debe tenerse en cuenta que el remedio de la suspensión tiene por objeto lograr un resultado equilibrado entre los derechos de las partes. Y el artículo 8.1 CISG establece que “*las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención*”.

comprador<sup>320</sup> y que, pasado un cierto momento, las mismas puedan no ser ya de su interés (por razones que pueden ser tan variadas como, por ejemplo, que formen parte de una cadena de producción que tenga que mantener un estándar de calidad, que haya que integrarlas en una pieza o máquina más compleja o por, simplemente, un cambio de mercado), pero pueden existir otro tipo de obligaciones (de confidencialidad, de información) donde es necesario realizar un análisis de si son realmente importantes para la parte acreedora de la prestación debida.

De este modo, parece que la suspensión en la Convención queda limitada prácticamente a los casos en los que también se admite la resolución como recurso de última instancia, configurándose así, muchas veces, como un recurso alternativo a la resolución en virtud del artículo 72 en caso de incumplimiento esencial<sup>321</sup>. De hecho, sería un *safe harbour* para situaciones donde, ante la más mínima duda del carácter que un tribunal pudiera dar a un incumplimiento, la parte acreedora pueda acogerse de forma preventiva para acometer a continuación la resolución sin arriesgarse a que sea ella la que acabe siendo tenida por incumplidora del contrato.

---

<sup>320</sup> “*Time is of the essence*” es la expresión común utilizada en los contratos internacionales de venta de mercancías para estos supuestos. International Arbitration Court of the Belarusian Chamber of Commerce and Industry, 5 de enero de 2016, CISG-online 3875, (“*Machinery component*”); *supra* nota 267, OLG Hamm, caso “*Hungarian Furniture*”; *supra* nota 249, OLG Karlsruhe, “*French shoes II*”, donde el comprador no podía cumplir con sus obligaciones de entrega porque su suministrador solo podía entregar la mercancía después de la fecha acordada de entrega; *supra* nota 283, KS Appenzell Ausserrhoden, “*Used Machine case*”; *supra* nota 267, Higher People’s Court Zhejiang Province, “*Korean waste paper*”. donde se admitió que el comprador chino suspendiese la emisión de una carta de crédito con relación a un tercer contrato por existir serios problemas de calidad en los dos anteriores y no haber enviado un certificado de calidad ni dado garantías suficientes en un tiempo razonable.

<sup>321</sup> Tal y como han subrayado diferentes autores que entienden que, dándose los presupuestos de aplicación de ambos, la relación entre ellos es alternativa, será el comprador o el vendedor, según sea el caso, el que decida qué remedio aplicar, pero evitando siempre el peligro que ello conlleva. *Vide ad.ex.*, en este sentido Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 550 (“*[I]f the aggrieved party is hopeful of obtaining performance or if grounds for avoidance are not clear, the aggrieved party will prefer a less drastic approach such as suspension of its own performance.*”); Liu, *supra* nota 302, en p. 294 (“*[I]t remains advisable for the threatened party to decide to wait and first suspend the performance, especially when there are still doubts as to the seriousness of the conditions impeding performance.*”); Eiselen en “Artículos 71/72 CISG–PECL” en *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, ed. John Felemegas (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p. 210 (“*It is the safer option because the giving of notice of avoidance in terms of Article 72.2 under circumstances in where it is not warranted may in itself constitute an anticipatory breach entitling the other party to avoid the contract.*”). De Igual modo, *vide* el Comentario de la Secretaría al artículo 63, párr. 3, *op. citada supra* nota 89.

### 3.2.5.3 Momento en que debe existir la situación de peligro

Si se da un incumplimiento del contrato, la parte inocente debe buscar en el texto de la Convención los remedios aplicables y, en el caso del artículo 71, sólo entra en funcionamiento antes de que el cumplimiento sea debido y, por tanto, antes de que pueda llegar a ocurrir un incumplimiento<sup>322</sup>. Más allá de ese momento la parte inocente debe recurrir a otros derechos y acciones previstos en la Convención<sup>323</sup>.

Adicionalmente, y tal y como deja claro la literalidad del artículo 71.1, los impedimentos a la ejecución del contrato que dan derecho a diferir sólo pueden existir “*después de la celebración del contrato*”, y, aunque puede ser que sean anteriores o posteriores al mismo, sólo deben ser “*manifiestos*” después<sup>324</sup>.

La razón de ser de este requerimiento no es otra que hacer una correcta distribución de los riesgos entre las partes, ya que el hecho de conceder el remedio de suspensión sólo puede justificarse por una falta de información previa sobre las circunstancias en que tuvo lugar el contrato, en especial aquellas que afectan a la capacidad de ejecución de las partes. Por ello se considera que, adicionalmente a aquellos casos en que una parte ha tenido conocimiento de la situación de peligro antes o al tiempo de conclusión del contrato, tampoco pueden alegar la aplicación del artículo 71 aquellas partes que, objetivamente, no podían ignorarla al momento de la celebración del contrato<sup>325</sup>, y en base a la aplicación del principio de buena fe contenido en el artículo 7.1. Situación diferente es que ese peligro que ya existiese aumente con posterioridad a la celebración del contrato y, en este caso, sí sería de aplicación el artículo 71<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> En palabras de Honnold, el artículo 71 sólo está disponible para casos de posibles amenazas de cumplimiento, *vide op. cit. supra* nota 297, en p. 549.

<sup>323</sup> *Vide supra* nota 256 y Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Zúrich, Suiza, 1 de julio de 1999, CISG-online 707, en el que el comprador no tenía derecho a diferir el cumplimiento de su obligación de pagar tras haberse hecho cargo de las mercaderías, aunque se habían entregado menos mercaderías que las estipuladas en el contrato.

<sup>324</sup> La delegación alemana fue la que luchó (y consiguió por un estrecho margen) que se tuviese en cuenta una falta de capacidad anterior al perfeccionamiento del contrato, pero conocida con posterioridad, tal y como se había discutido originalmente en el Grupo de Trabajo. *Vide* en detalle la intervención del Sr. Klingsporn durante la Sesión 26ª de la Conferencia Diplomática.

<sup>325</sup> *Vide v. gr., supra* nota 258, LG Darmstadt, “*Swedish furniture case*”, donde el comprador no podía retener el pago de una entrega en base a deficiencias de una entrega de fecha posterior; *supra* nota 305, BGH, “*Kickboards*”; Herber/Czerwenka, *op. cit. supra* nota 266 en p. 317; Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 839, artículo 71, *Rn.* 15.

<sup>326</sup> *Cfr. supra* nota 273, Cour de Cassation, “*Mimusa C.A. v. Yves Saint Laurent Parfums S.A.*”, donde se sostuvo que, aun conociendo el vendedor de forma previa la existencia de una posible situación de insolvencia, el Tribunal entendió que a lo largo del tiempo transcurrido

En este sentido, cabe recordar lo manifestado anteriormente sobre las obligaciones y limitaciones de informarse sobre la situación de la contraparte en las transacciones internacionales<sup>327</sup>. Su límite está en la regla contenida en el artículo 8.2, en lo que cabría esperar de una persona razonable de su sector en la posición del acreedor.

De este modo, el concepto crítico a determinar es el *momento* en que resulten “*manifiestos*”, es decir, es relevante el momento cognitivo (dato subjetivo) y no el momento causal (dato objetivo)<sup>328</sup>. Obviamente, nada cambia si en la contratación ha existido error, dolo, u otras figuras similares que caen fuera del ámbito de aplicación de la Convención pero que no impiden su aplicación.

Esta solución contrasta con la adoptada por el § 2-609 del U.C.C. que tiene mucha más lógica práctica en los negocios ya que se limita a hablar de que “surjan motivos razonables de inseguridad” sin determinar nada más respecto a su momento temporal, y ello porque, además de dejar qué se entienda por tales al estándar comercial de su sector, se evita (tal y como señala su “*Official Comment*”) el comenzar litigios mediante el mecanismo de solicitar seguridades adecuadas, incluso dando al acreedor también la posibilidad de suspender su obligación en el supuesto de que se haya recibido parcialmente una entrega y se tenga la sospecha de las futuras sean defectuosas. Por ello, en los últimos años, y conforme hemos descrito anteriormente en el apartado 3.2.4, se ha desarrollado una corriente doctrinal y jurisprudencial en favor de la existencia de un derecho general a suspender que incluye a situaciones donde la obligación debida ha sido ya cumplida pero no de forma acorde al contrato en sus aspectos esenciales, y ello con el objetivo de acomodarse mejor al sentido económico de las transacciones y facilitar su cumplimiento. Así, por ejemplo, el *comprador* ha sido autorizado a retener el pago del precio porque las maquinas entregadas son defectuosas en aspectos esenciales o unas calderas no funcionaban adecuadamente; por su parte, el *vendedor* fue autorizado en un caso a retener un minibús reparado en tanto en cuanto el comprador no pagase el precio de un segundo minibús ya entregado<sup>329</sup>.

---

desde la firma del contrato (entre 1995 y 2002) la situación se había deteriorado de tal forma que el vendedor tenía derecho a la suspensión.

<sup>327</sup> Comentarios de las delegaciones danesa y noruega durante la Sesión 26ª de la Conferencia Diplomática.

<sup>328</sup> Calvo Caravaca, *op. cit.*, *supra* nota 263, en p. 564.

<sup>329</sup> Para el caso del comprador, *vide v. gr. supra* nota 261, OGH, “*Glass recycling machine*”, y *supra* nota 261, Audiencia Provincial de Navarra, “*Elkay Manufacturing Co. v. Compañía de Aguas Belnature, S.L.*”, y *supra* nota 271, RvK Hasselt “*J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV*”; para el caso del vendedor, *vide v. gr. supra* nota 262, Rb Arnhem “*Minibuses*”. En contra, *vide supra* nota 263 OLG Koblenz, “*Natural stone tiles*”.

### 3.2.6 El supuesto especial de oposición a la entrega de la posesión de la mercancía. Artículo 71.2.

Partiendo del presupuesto de aplicación del párrafo (1)<sup>330</sup> y de forma similar a lo recogido en países del *common law*<sup>331</sup>, el artículo 71.2 extiende el derecho a diferir a las denominadas ventas con expedición (artículo 31) donde el vendedor no entrega las mercancías directamente al comprador, sino que lo hace a través de un tercero transportista que podrá ser contratado por él o por el vendedor en función de los términos de su acuerdo contractual de compraventa. De este modo, el vendedor podrá interrumpir la entrega al comprador de las mercancías que están en tránsito hacia él o hacia el lugar de destino señalado por el comprador<sup>332</sup>. Es el llamado derecho de detención o retención (*right of stoppage*,

---

<sup>330</sup> Aunque en el párrafo (2) se use el término “*resulten evidentes*” frente al “*resulta manifiesto*” del párrafo (1), los antecedentes de la Convención demuestran que ambos tienen el mismo significado, vide Trevor Bennett en “*Suspension of performance*” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 524.

<sup>331</sup> *V. gr.*, en el caso de EE.UU, en U.C.C. § 2-705 y en el Reino Unido la Sale of Goods Act 1979, Sections pp. 44-46.

<sup>332</sup> El concepto de tránsito incluye todos los supuestos de la venta con expedición a través de un tercero transportista incluso si las mercancías tienen que ser recogidas en el establecimiento del vendedor o el comprador solicita que sean entregadas directamente a sus clientes. Es un hecho a valorar especialmente que apenas hay jurisprudencia sobre el artículo 71.2, al igual que no lo ha habido durante décadas en derecho inglés. *Vide* M. G. Bridge, *The International Sale of Goods*, Fourth Edition ed. (Oxford: Oxford University Press, 2017), nota 170, p. 574. Hasta la fecha sólo hay un caso del Tribunal Supremo noruego que lo trata, *Noregs Høgsterett*, de 6 de febrero de 2019, CISG-online 4318 (“*Genfoot Inc. v. SCHENKERocean Ltd.*”) por lo que nos extenderemos en él. El mismo día de la llegada de la mercancía al puerto de destino, el comprador noruego informó al vendedor de que su banco había rescindido el contrato y, en consecuencia, no podía pagar la mercancía. Inmediatamente después, el vendedor dio instrucciones al transportista para que retuviera los contenedores hasta nuevo aviso. El transportista no estuvo de acuerdo con la petición del vendedor y presionó al comprador para que pagara los derechos, el IVA, los alquileres portuarios y los alquileres de los almacenes, amenazando con que, de no pagar, vendería la mercancía a terceros. El comprador acabó pagando la cantidad reclamada y el transportista le entregó los contenedores. Una semana después, el comprador entró en concurso de acreedores y el vendedor demandó al transportista por no haber cumplido las instrucciones de paralización. En cuanto al fondo, el Tribunal rechazó la alegación del transportista de que el vendedor no tenía derecho a efectuar la interrupción del tránsito porque ya conocía las dificultades financieras del comprador antes de que se enviara la mercancía, ya que la incapacidad de pago del comprador sólo se hizo evidente para el vendedor cuando recibió la notificación de que el banco había rescindido el contrato. El Tribunal tampoco aceptó el argumento del transportista de que la mercancía ya había sido entregada al comprador cuando el vendedor cursó su orden de paralización, basándose en que el agente noruego del transportista había actuado como transitario y representante del comprador desde el momento en que este último les había presentado los conocimientos de desembarque. En opinión del Tribunal, si bien es cierto que un agente del transportista puede convertirse, en un momento dado, en representante del comprador, es esencial que este momento esté claramente identificado, ya

*stoppage in transitu, Anhalterrecht*) *stricto sensu* de la mercancía. Supone un supuesto especial dentro del capítulo V ya que sólo puede ser ejercido por el vendedor, aunque durante las discusiones de redacción también fue analizado el derecho del comprador a detener un pago<sup>333</sup> que, finalmente, fue descartado por su problemática. Se le reconoce así al vendedor lo que se ha denominado un *derecho de retención prolongada*<sup>334</sup> y que, por lo demás, tiene los mismos requisitos de aplicación que el derecho de suspensión (esto es, los contemplados en sus apartados a y b del artículo 71.1, del que no es más que una extensión.

Para que el vendedor pueda ejercer este derecho no ha podido haber despacho de las mercancías contra pago del precio (estaríamos entonces en el supuesto del artículo 58.2). Porque, de forma lógica, sólo entra en juego cuando el vendedor no conoce los motivos que provocan la incertidumbre sobre la perfección del contrato (por ejemplo, que la capacidad del comprador ha disminuido) y procede a remitir las mercancías, ya que, si lo supiese, el vendedor debe evitar expedir las mercancías en base al artículo 71.1 porque, una vez

---

que afecta al derecho de paralización del vendedor. En el presente caso, no existía ninguna circunstancia que sugiriera que se había acordado tal representación; por lo tanto, el transportista había permanecido en posesión de las mercancías y ejerció su derecho de retención frente al comprador. Por último, rechazó también el argumento de que el derecho se había perdido al no notificarse ya que el Tribunal consideró que la disposición no establece explícitamente el efecto de la falta de notificación, pero la falta de notificación puede dar lugar a la responsabilidad por los daños causados a la otra parte. Además, el Tribunal entendió que la redacción de la disposición y el hecho de que el deber de notificación sólo se sitúe en el tercer párrafo parecen sugerir que el vendedor no está obligado a notificar antes de que la paralización haya concluido. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal consideró que la jurisprudencia sobre la materia, tal como la presentó el transportista, no era concluyente en cuanto a la cuestión de si la falta de notificación daría lugar a la pérdida del derecho de la parte a suspender un contrato; además, la doctrina jurídica está dividida sobre la cuestión. Habiendo finalmente concluido que la notificación al comprador no era una condición para el ejercicio del derecho de suspensión y que el vendedor había ejercido válidamente tal derecho, el Tribunal consideró entonces que la cuestión de si el transportista estaba obligado a cumplir la orden del vendedor debía ser resuelta por la ley aplicable (es decir, la ley noruega).

Adicionalmente, lo más aproximado es un caso alemán, Amtsgericht Frankfurt am Main, de 31 de enero de 1991, CISG-online 34 ("*Italian shoes case V*"), pero en él no fue necesario decidir si había o no derecho a ejercer este derecho porque el vendedor no comunicó la suspensión de la entrega, que se considera un prerrequisito absolutamente necesario.

<sup>333</sup> *Vide supra* nota 208.

<sup>334</sup> Se trata de una afortunada expresión de Audit en Bernard Audit, *La Vente Internationale De Marchandises: Convention Des Nations-Unies Du 11 Avril 1980* (Paris: LGDJ, 1990), p. 155, que tiene su justificado origen en el alcance de los artículos 58.2 y 71.2 CCIM y en la complementariedad que tienen los mismos. En base al artículo 58.2 el vendedor puede expedir las mercancías, pero estableciendo que las mismas (o los documentos representativos) no se pongan en manos del comprador si no es contra el pago del precio. El artículo 71.2 va más allá y permite al vendedor oponerse a la entrega cuando no hubo la previsión del 58.2, bien sea porque no se fijó el momento del pago (contra entrega), bien sea porque se fijase un plazo para el pago del que se beneficiaría el comprador, que mediante el artículo 71.2 ya no podrá invocarlo.

despachadas con ese conocimiento, la Convención no dispone de mecanismos de control que obliguen a los transportistas a detener su envío<sup>335</sup>. O, en otras palabras, el vendedor debe actuar antes de que la obligación sea exigible, no después de que la misma sea exigible<sup>336</sup>. Si la obligación es exigible (por ejemplo, porque la mercancía ha llegado defectuosa), estamos entonces en un supuesto regulado en los artículos 45 y 61 y la parte cumplidora deba cumplir plenamente su contraprestación<sup>337</sup>.

Por ello, este derecho del vendedor ha sido definido acertadamente como una “*suspensión del cumplimiento después del cumplimiento*”<sup>338</sup>, ya que considera que un vendedor no ha incumplido un contrato de compraventa cuando, en las circunstancias enumeradas en el artículo 71.2, impide que el transportista entregue la mercancía comprada al comprador en destino. La Convención sólo se ocupa de la autorización del vendedor al transportista para que se realice una entrega<sup>339</sup>, pero no autoriza al transportista para que no se produzca. Obviamente, si el transportista ha sido contratado por el comprador, nada puede hacer el vendedor para oponerse a la entrega del transportista, ya que no es parte de su contrato de transporte.

En este sentido, es importante señalar que se trata de un *derecho limitado* ya que, tal y como establece de forma expresa la segunda oración del artículo 71.2<sup>340</sup>, es ejercido exclusivamente entre vendedor y comprador. El artículo 71.2 no afecta a los derechos y obligaciones del vendedor respecto a terceros como pueden ser los transportistas, los depositarios o los clientes finales. Y no regula tampoco si, y en qué condiciones, puede el vendedor ejercer este derecho conforme al contrato de transporte u otras las leyes internaciones, ya que esto a su vez dependerá de lo establecido en otras leyes (derechos de propiedad, de transporte, de insolvencia) que dependerán de las normas de conflicto aplicables.

---

<sup>335</sup> Caslav Pejovic, "Stoppage in Transit and Right of Control: 'Conflict of Rules'?" *Pace International Law Review* 20, no. 1 (Mar 22, 2008), p. 140.

<sup>336</sup> ICC International Court of Arbitration, 1 de julio de 1999, CISG-online 707.

<sup>337</sup> Federación Rusa, 24 de Mayo de 2004, Arbitraje núm. 97/2004, disponible en <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/russian-federation-may-24-2004-translation-available> (el precio de compra no puede ser retenido en caso de entrega defectuosa).

<sup>338</sup> Alexander Von Ziegler, "The Right of Suspension and Stoppage in Transit (and Notification Thereof)," *Journal of Law and Commerce* 25, no. 1-2 (Sep 22, 2005), p. 366. Esta expresión surge del caso más habitual en el que el vendedor cumple, de acuerdo con el artículo 31.a CISG, al poner las mercancías en posesión del primer porteador.

<sup>339</sup> *Ibid.*

<sup>340</sup> “Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.”

Y adicionalmente, se trata también de un *derecho de relativa eficacia* porque, en el caso de los INCOTERMS C y D<sup>341</sup>, el vendedor no tendrá problemas en detener la mercancía al haberse hecho él cargo de contratar al transportista y los costes de transporte, pero en otros supuestos será la ley aplicable la que determinará si el transportista puede o debe seguir las instrucciones del vendedor cuando el comprador es titular del documento de transporte<sup>342</sup>. En estos supuestos, el vendedor tendrá que acudir a un tribunal local y solicitar una medida cautelar basada en la legislación nacional del tribunal, aunque respecto al fondo los requisitos del artículo 71.2 deberán cumplirse. Por su parte, el comprador podrá ejercer limitaciones exigiendo la entrega de las mercancías al porteador o depositario en base a los documentos de transporte o las garantías depositadas, pero ello le puede conllevar una indemnización de daños y perjuicios<sup>343</sup>.

Por último, cabe recordar que la Convención no resuelve “*los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas*”<sup>344</sup> sino que lo será la ley aplicable al contrato respectivo en función de las normas de derecho internacional privado aplicables<sup>345</sup> o las normas de derecho convencional aplicable<sup>346</sup>. De este modo, la titularidad de la mercancía no es relevante ni lo es tampoco si el comprador tiene un documento (por ejemplo, un conocimiento de embarque) que le otorgue derecho a requerir la entrega de los bienes<sup>347</sup>. Sin embargo, el derecho se pierde si el comprador ha transmitido a título oneroso ese título a un tercero de buena fe.<sup>348</sup> Cabe comentar también que la norma es de utilidad en caso de concurso, ya que evita que los bienes queden dentro de la masa activa<sup>349</sup>.

---

<sup>341</sup> En los supuestos regulados por el INCOTERM D (DAP, DPU y DDP), el vendedor cumple cuando entrega en el establecimiento del comprador, con lo que será de vital importancia el momento en que el vendedor descubra el incumplimiento ya que, en función de este, será de aplicación el artículo 71.1 o 71.2.

<sup>342</sup> Vide el Comentario de la Secretaría al artículo 62, párr. 12, op. citada supra nota 89; Magnus en Staudinger, op. cit. supra nota 179 en pp. 850-851, artículo 71, Rn. 54a.

<sup>343</sup> En base al artículo 61.1.b.

<sup>344</sup> Artículo 4.b CISG.

<sup>345</sup> Audit, op. cit. supra nota 125 en p. 155, Trevor Bennett en “Suspension of performance” en Bianca & Bonell, op. cit. supra nota 120, en p. 520-521, Herber, op. cit. supra nota 266, en pp. 319-320.

<sup>346</sup> V. gr. artículo 12 y 13 del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (“C.M.R.”)

<sup>347</sup> Artículo 71.2 final de la primera oración, “... aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas”.

<sup>348</sup> Vide el Comentario de la Secretaría al artículo 62, párr. 11, op. cit. supra nota 89.

<sup>349</sup> Honnold, op. cit. supra nota 84, en p.442-443.

### 3.2.7 Obligaciones de las partes en el ejercicio del derecho de suspensión. Artículo 71.3

#### 3.2.7.1 De la parte acreedora: el deber de comunicar

Debido a que en el comercio internacional se pueden dar situaciones donde no haya tiempo de realizar una comunicación<sup>350</sup>, la parte que suspende su obligación lo puede hacer sin comunicarlo previamente a la contraparte, pero una vez suspendida la ejecución debe inmediatamente<sup>351</sup> comunicarlo a la otra parte con el objeto de hacerle saber su supuesto incumplimiento y darle la oportunidad de aportar seguridades suficientes de que cumplirá con su obligación<sup>352</sup>.

La forma y transmisión de la comunicación vienen reguladas en el artículo 27 de la Convención. No se necesita de ningún requisito especial formal, puede ser oral o escrita (“*por medios adecuados a las circunstancias*”), habiendo delimitado la jurisprudencia que puede ser implícita, aunque con ciertos límites<sup>353</sup>, la falta de

---

<sup>350</sup> Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, p. 288, y Trevor Bennett en “Suspension of performance” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p.519.

<sup>351</sup> “La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte (...)” CISG artículo 71.3. De forma similar, la falta de notificación fue la razón esgrimida por un laudo y un arbitraje que negaron a los compradores el poder utilizar a posteriori el artículo 71 para suspender sus pagos debidos una vez recibida la mercancía: China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), de 1 de enero de 1989, (“*Thai-made emulsion case*”), CISG-online 1230 (aunque el contrato parece haber sido gobernado por la ley china con artículos de CISG citados por ser “*en principio similares*”, merece la pena considerar que el tribunal consideró que la falta de notificación del comprador impedía suspender su obligación de pago del 50% del precio por adelantado), y *supra* nota 258, LG Darmstadt, “*Swedish furniture case*”, donde el comprador no notificó al comprador la suspensión de su obligación de pago por adelantado de forma previa a la entrega, sino que se limitó a emitir una queja cuando llegó la mercancía.

<sup>352</sup> La parte que difiere “... *deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones*”. CISG artículo 71.3.

<sup>353</sup> *Vide v. gr.*, *supra* nota 253, Supreme Court of British Columbia, “*Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH*”, donde el tribunal rechazó la pretensión del vendedor de suspender su obligación de entregar la mercancía por la falta de pago al no haber facilitado a tiempo una carta de crédito, limitándose a aceptar la suspensión sólo de manera temporal donde se admite que, aunque un fax no decía explícitamente que el vendedor suspendería el cumplimiento de sus obligaciones, sí se consideró por el tribunal que era suficiente para transmitir el mensaje de que el equipo en cuestión no se enviaría hasta que se hiciera el pago final y, por lo tanto, se admite como comunicación de suspensión de sus obligaciones hasta ese momento; también de forma implícita *supra* nota 267, OLG Hamm, caso “*Hungarian Furniture*”. En sentido contrario, LG Stendal, *supra* nota 254, (“*Natural stone*”) donde la simple no ejecución de las obligaciones de pago del comprador no supe el requisito de la notificación de la suspensión; *supra* nota 288, ICC, “*Metal concéntrate*”, donde el tribunal decidió que el

pago de parte del precio o la realización de compras de reemplazo no se considera una comunicación adecuada. Por otro lado, aunque el texto de la Convención no especifica cuál debe ser el contenido de la comunicación, parece razonable y consecuente con la regla de buena fe de la Convención<sup>354</sup> pensar que la misma deba contener los fundamentos de la parte inocente para diferir el cumplimiento o parar la mercancía en tránsito, ya que de lo contrario el deudor no podrá aportar seguridades suficientes para atajar esa incertidumbre del comprador.

En cuanto a la transmisión, la Convención sigue el principio de expedición<sup>355</sup> que establece que el retraso, el error en su transmisión o el hecho de que no llegue a su destino no puede privar a la parte que ha realizado la comunicación de su derecho a invocarla.

Ahora bien, la gran cuestión en relación con la comunicación es saber si esta obligación de comunicar es una condición precedente, *formal*, cuya falta conlleva que se pierda el derecho a suspender o, por el contrario, sólo da derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados.

Y, aunque la mayoría de la doctrina entiende que la falta del cumplimiento del deber de comunicación sólo debe dar lugar a recibir una indemnización por daños<sup>356</sup> ya que entiende que no se le puede dar más protección a la parte bajo sospecha en base a esa formalidad que a la parte cumplidora que busca la

---

comprador había incumplido sus obligaciones de notificar para poder ejercer la suspensión ya que las compras de reemplazo no suspendían sus obligaciones, ni la emisión de la resolución del contrato fue emitida claramente dentro de un tiempo razonable después de que se produjeran las circunstancias que dan derecho a la resolución.

<sup>354</sup> Audit, *op. cit. supra* nota 125, en p. 156. Cfr. Trevor Bennett en “*Suspension of performance*” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 521 que, aunque lo considera deseable para saber sobre qué tiene que actuar para dar garantías suficientes y el artículo 7.2 relativo a la buena fe tiene que ser considerado en este sentido, recuerda que el párrafo 3 expresamente no lo menciona. *Vide v. gr.*, *supra* nota 253, Supreme Court of British Columbia, “*Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH*”; Landgericht Stuttgart, 11 de noviembre de 2009, CISG-online 2018, (“*Packaging machines case I*”), y LG Stendal, *supra* nota 254, (“*Natural stone*”).

<sup>355</sup> Artículo 27 CCIM: “*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 medios 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.*”

<sup>356</sup> Fountoulakis en Schlechtriem/Schwenzer, *op. cit. supra* nota 178, artículo 71 Rn. 39, donde entiende que la solución de la indemnización es más acorde con las necesidades del comercio internacional, ya que un mal uso del derecho a diferir le puede traer importantes consecuencias en base a los artículos 74 *et ss*; A favor de la no necesidad de enviar comunicación se encuentra, p.ej., la mayoría de la doctrina en lengua alemana, *vide v. gr.*, Fountoulakis en Schlechtriem/Schwenzer, *op. cit. supra* nota 178, artículo 71 Rn. 39; Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, en p. 289; Brunner/Hurni en Honsell, *op. cit. supra* nota 273 en p. 971, artículo 71, Rn 27.

protección de los artículos 71.1 y 71.2, la jurisprudencia mayoritaria<sup>357</sup> se inclina por considerarla como un requisito necesario para poder diferir su obligación de cumplir.

Esta última solución parece ser más consistente con el fin último del artículo que es mantener vivo el contrato mediante la posibilidad de que el deudor aporte garantías suficientes, lo que se une al hecho de que el derecho a diferir sólo se puede ejercer si es “*manifesto*” que existen motivos justificados, es decir, no basta con meras sospechas o temores, con lo que amparar la falta de comunicación equivaldría a que el acreedor lo pueda hacer sin tener siquiera motivo alguno.

La mayor duda puede surgir en aquellas situaciones donde, de forma objetiva, es indiferente el realizar o no la comunicación por la imposibilidad de la contraparte de aportar seguridades suficientes<sup>358</sup> por ejemplo, incendio de las instalaciones, imposibilidad de exportar por restricciones gubernamentales, imposibilidad de remitir divisas al exterior). Dado que el sentido de la necesidad de comunicar es dar oportunidad a la contraparte dar garantías, si es evidente

---

<sup>357</sup> *Vide supra* nota 320, International Arbitration Court of the Belarusian Chamber of Commerce and Industry, “*Machinery component*” donde el comprador se había retrasado en los pagos anticipados pero finalmente había cumplido, y eso no justificaba ni la suspensión de la entrega de los bienes comprados ni la falta de notificación de sus obligaciones contractuales; *supra* nota 332, AG Frankfurt am Main, “*Italian shoes case V*”, donde el aviso es un absoluto prerrequisito para ejercer el derecho a suspender (aquí manifestado a través de la retención de la mercancía que fue considerado indebido) a pesar de existían datos que hacían sospechar de la solvencia del comprador; *supra* nota 293, Netherlands Arbitrage Instituut Rotterdam, “*Rijn Blend Oil*”, donde se considera que, aunque el comprador discutió la cuestión de suspender futuras entregas con un tercero (al que los vendedores habían dado autoridad expresa en relación con algunos asuntos comerciales, pero que no podía ser considerado ni agente expreso ni implícito de los vendedores) dicha comunicación no equivalía de hecho a una notificación en virtud del artículo 71.3; laudo 302/1996 del Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 27 de julio de 1999, CISG-online 779, (“*Swiss-Russian sales contract case*”), donde el tribunal negó la posibilidad de suspender porque el vendedor nunca notificó al comprador de la suspensión debido a la falta de emisión de una carta de crédito; ICC International Court of Arbitration Paris, Francia, 2003, CISG-online 1421, (“*Fashion products*”), en el que la falta de prueba de la notificación impide ejercer el derecho de suspensión; *supra* nota 258, LG Darmstadt, “*Swedish furniture case*”, donde el comprador no notificó al comprador la suspensión de su obligación de pago por adelantado de forma previa a la entrega, sino que se limitó a emitir una queja cuando llegó la mercancía. En sentido contrario, *vide supra* nota 332, Noregs Høgsterett, “*Genfoot Inc. v. SCHENKERocean Ltd.*”, donde el Tribunal Supremo noruego entendió que la notificación al comprador no era una condición para el ejercicio del derecho de suspensión ya que consideró que la disposición no establece explícitamente el efecto de la falta de notificación, aunque su falta puede dar lugar a la responsabilidad por daños causados.

<sup>358</sup> Luis Díez-Picazo, Antonio Cabanillas Sánchez and Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, (1980, Viena), *La Compraventa Internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena* (Madrid: Civitas, 1998).

que no va a ser posible, entonces la necesidad de comunicar parece que debería decaer como obligación. Sin embargo, hay autores y jurisprudencia que discrepan fuertemente de esta posición<sup>359</sup> aunque con los modernos medios de comunicación actuales esta discusión ha dejado de tener interés práctico.

### 3.2.7.2 De la parte deudora: aportar garantía del cumplimiento de sus obligaciones. El concepto de “seguridades suficientes”

El derecho a diferir o retener cesa cuando la parte bajo sospecha otorga seguridades suficientes de que cumplirá con sus obligaciones. Es decir, la parte que suspende no tiene, de manera sorprendente y en contra de la lógica de los negocios, derecho a solicitar seguridades suficientes, sino que es la parte sobre la que se centra la incertidumbre la que tiene el derecho a aportarlas para evitar el ejercicio del derecho de suspensión de la parte inocente. Lo único que puede hacer el acreedor es limitarse a esperar hasta que el deudor cumpla o decida aportar seguridades suficientes de que va a cumplir con su obligación, o, si quiere tomar la iniciativa, correr el riesgo de resolver el contrato en conformidad con los altos estándares del artículo 72. Se trata evidentemente de una situación muy complicada en la práctica para la parte inocente que, por las necesidades de su actividad, puede verse urgida a tomar una decisión antes que permanecer inactivo.

Adicionalmente y para crear más incertidumbre a la parte acreedora en este importante aspecto, el párrafo 3 del artículo 71 omite regular varios aspectos cruciales para su buen ejercicio ya que no explicita qué se entiende (i) por “*seguridades suficientes*” (que a su vez puede desglosarse en la misma pregunta para ambos conceptos), (ii) qué ocurre si no se aportan seguridades suficientes, ni (iii) el momento en que deben darse. Trataremos cada uno de estos aspectos por separado.

Con relación al primer aspecto a aclarar, el concepto de “*seguridades*” dependerá de la causa de la suspensión, tratándose de un concepto autónomo propio de la Convención que no se identifica necesariamente con el concepto de “*garantía*” propio de los derechos nacionales<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> *Vide per omnia*, un estudio comparativo en Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem and Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law* (Oxford: Oxford: Oxford University Press, 2012), párr. 42.27 *et seq.*

<sup>360</sup> *V. gr.*, artículos C.c. 1.155 (cláusula penal), 1.454 (arras), 1.822 (fianza solidaria). La delegación de la República Federal Alemana intentó de forma repetida definir este concepto, pero fueron rechazadas las iniciativas en aras a mantener la libertad de las partes a la hora de poder ofrecer cualquier tipo de seguridades que pudiesen satisfacer a la contraparte, *vide supra* nota 221.

Las seguridades o garantías ofrecidas para el cumplimiento de sus obligaciones deberán ser, además, “suficientes” para que el acreedor pueda estimar que el contrato será realmente cumplido o de que será compensado por las pérdidas sufridas si sigue adelante con el cumplimiento de su obligación<sup>361</sup>. Esta suficiencia, y este es un punto importante que señalar, debe serlo para la parte que espera el cumplimiento, es decir, no basta con que se le reasegure contractualmente de que cumplirá<sup>362</sup>, sino que es necesario algo más y lo que quizás valga en una determinada situación (por ejemplo, un aval bancario) quizás no sea suficiente si lo que se quiere es asegurar llegar a una determinada fecha de entrega y existen dudas de, por ejemplo, la capacidad de obtener la materia prima necesaria para cumplir el suministro.

Por lo tanto, dentro del concepto de “suficientes” caben tanto las garantías reales como las financieras<sup>363</sup> y, en general, cualquier medio que haga desaparecer la preocupación del acreedor de que se puede dar un futuro incumplimiento del contrato<sup>364</sup>. En este sentido, será importante también valorar la rapidez con la que esas garantías pueden ser monetizadas<sup>365</sup>.

Estas seguridades suficientes deberán, por tanto, tener en cuenta el tipo de cumplimiento por realizar, el riesgo específico de que se trate y el contexto. El estándar para valorar si son suficientes o no es el objetivo de una persona razonable contenido en los artículos 8.2 y 8.3 de CCIM<sup>366</sup>, habiéndose determinado que se consideran suficientes si las mismas indican que la obligación será esencialmente cumplida según lo pactado<sup>367</sup>. Aunque se ha argumentado que no cabe pedir mayores seguridades que las exigidas por el

---

<sup>361</sup> Vide el Comentario de la Secretaría al artículo 62, par. 13, *op. cit. supra* nota 89.

<sup>362</sup> Porque esto es algo que realmente ya tiene, no sería más que repetir la obligación ya contraída en el contrato original, *vide* Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 558.

<sup>363</sup> En el comercio internacional las típicas serían, p. ej., cartas de crédito irrevocables, cartas de crédito stand by, garantías a primera demanda.

<sup>364</sup> *V. gr.*, demostrar que se han obtenido nuevas fuentes de suministro o que ha terminado una huelga o se ha restablecido la situación después de un evento de fuerza mayor (inundaciones, ciclón, ...)

<sup>365</sup> Vide el Comentario de la Secretaría al Proyecto en relación con el artículo 62, párr. 13 nota 4, *op. citada supra* nota 89.

<sup>366</sup> Trevor Bennett en “Suspension of performance” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 522.

<sup>367</sup> Vide *supra* nota 268, LG München I, “Furniture case IV”, en el que se consideró que una reducción de precio acordada por la no conformidad de ciertos bienes constituye seguridades suficientes; *supra* nota 293, Netherlands Arbitrage Instituut Rotterdam, “Rijn Blend Oil” donde se afirmó que el vendedor tenía el deber de facilitar una garantía adecuada para probar una mejora sustancial de la calidad de las futuras mercancías.

propio contrato<sup>368</sup>, lo cierto es que la aparición de nuevos hechos de forma posterior puede crear una incertidumbre que no existía y hacer previsible un incumplimiento que antes no lo era. Aunque la literalidad del texto no lo parece indicar y la lógica de las transacciones comerciales internacionales apunta hacia valerse sólo por hechos ciertos cuando se trata de hacer negocios, algunos autores han entendido que también puede valer la mera promesa de cumplir si el deudor tiene una reputación intachable o en las relaciones pasadas entre las partes ha demostrado que cumple sus compromisos<sup>369</sup>. Una vez otorgadas las seguridades suficientes, la parte acreedora deberá cumplir con la obligación suspendida, pero deberá ajustarse el cronograma original de ejecución para reflejar el lapso de tiempo transcurrido. Ahora bien, ¿qué acontece cuando no se aportan seguridades suficientes?

La Convención no menciona esa posibilidad porque, como hemos visto anteriormente, se rechazó expresamente regularla tanto en la etapa inicial de los trabajos preparatorios como durante las sesiones de la Conferencia. La literalidad de la norma parece entonces abocar al acreedor a (i) quedarse esperando a que el deudor cumpla o (ii) se le otorguen seguridades suficientes o (iii) se produzca la resolución del contrato por un incumplimiento esencial<sup>370</sup>.

La forma de resolver este tema dependerá de la actitud del deudor. Dejando aparte el hecho obvio de que las partes siempre pueden acordar una solución al problema (incluida la resolución al contrato), las dudas pueden surgir tanto de una actitud de rechazo expreso como de la no presentación de seguridades por el deudor.

Y es que el destinatario de la comunicación simplemente puede hacer un juicio de valor en relación con la (i) probabilidad requerida de un incumplimiento y la (ii) gravedad de este, para negarse a proporcionar seguridades suficientes por cualquier perjuicio que la parte inocente alegue ya que tomará la posición de que la suspensión era infundada y que, en consecuencia, el artículo 71 no impone ninguna obligación de responder aportando las seguridades solicitadas.

Si este juicio de valor del presunto infractor es correcto, la parte inocente habrá incumplido sus obligaciones contractuales al suspender en lugar de cumplir y, si es lo suficientemente grave, el incumplimiento podría ser incluso esencial. La

---

<sup>368</sup> Trevor Bennett en “*Suspension of performance*” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 522.

<sup>369</sup> Trevor Bennett en “*Suspension of performance*” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 523; Saidov en *op. cit. supra* nota 142, en p. 815; Strub, *op. cit. supra* nota 243, en pp. 495-496.

<sup>370</sup> El Comentario de la Secretaría incluye en el párrafo 14 del artículo 62, (*vide op. cit. supra* nota 89) un cuarto supuesto, que expire el período de limitación aplicable al contrato.

posibilidad de eludir con éxito la prestación de seguridades en estos casos se ve muy reforzada por los requisitos excesivamente elevados para tener derecho a la suspensión en base al artículo 71.1.

Se trata esta de una situación absurda. La razón de ser de esta figura de las seguridades suficientes es dar tranquilidad a la parte inocente, no generarle incertidumbre. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con su modelo original, la § 2-609.4 del U.C.C.<sup>371</sup>, el artículo 71 realmente no trae consecuencias ventajosas para la parte inocente si no se aportan seguridades suficientes, más allá de continuar la suspensión hasta que transcurra el período de prescripción de las acciones que la contraparte le podría reclamar la falta de cumplimiento. No se le permite la resolución y, como mucho, algunos autores consideran la falta de aportación de seguridades como un mero indicio<sup>372</sup> de un rechazo a cumplir y que invitaría a la cautela y que necesitaría ser corroborado por otros elementos para que pueda tener lugar la resolución en base al 72.3<sup>373</sup>, al interpretarse analógicamente que ha habido una declaración implícita de que no se cumplirá con sus obligaciones contractuales. Y en ese caso, nos encontramos ya en el artículo 72.

Es decir, que la parte inocente tiene que contentarse con diferir su obligación y esperar hasta ver que la contraparte mantiene su posición y el incumplimiento se convierte en real<sup>374</sup>. Y, si optamos por la posición más conservadora, esta posición de suspensión sólo se puede mantener durante un cierto periodo razonable de tiempo ya que mantenerla más allá equivaldría a una consecuencia similar a la resolución<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> *Vide supra* nota 144.

<sup>372</sup> Ziegel, *op. cit. supra* nota 243, en pp. 9-13; Audit, *op. cit. supra* nota 125, en pp. 156 y 157, Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 859, artículo 72, Rn. 20 y 21.

<sup>373</sup> Comentario de la Secretaría en el párrafo 2 del artículo 63, *vide op. cit. supra* nota 89: “El fallo de una parte en garantizar adecuadamente que cumplirá cuando se le pida en virtud del párrafo 3) del artículo 62 puede contribuir a aclarar que incurrirá en incumplimiento esencial.” De forma similar, se dice en el párrafo 15 del artículo 62: “Después de transcurrida la fecha en que la otra parte debe cumplir sus obligaciones, la primera parte sólo podrá dar por resuelto el contrato si se satisfacen los criterios establecidos en los artículos 45 ó 60.”

<sup>374</sup> Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, en p. 290 (“He may (...) wait until the time for performance has passed”); Azeredo, *op. cit. supra* nota 298, en p. 17 (“(...), the obligation to perform may remain suspended only until the other party performs his obligations, until this party provides adequate assurance of performance of his obligation, until the first party declares the contract avoided (if the conditions of artículos. 72, 49 or 64 CISG are met) or until the period of limitation applicable to the contract has expired”)

<sup>375</sup> En base a la reflexión de Honnold “[c]ontinued suspension of performance is closely akin to avoidance of the contract,” (*vide op. cit. supra* nota 297, en p. 559), Flechtner comenta que “[p]ermittit indefinite suspension where the threatened breach is not fundamental . . ., would undermine article 72” en Flechtner, *op. cit. supra* nota 182, en p. 95, y añade “In other words, indefinite suspension of performance would relieve the suspending party of its executory

Otros autores, por el contrario, sostienen que esa solución no es acorde con las prácticas comerciales internacionales donde el factor tiempo suele ser un elemento esencial en las transacciones, y consideran que el acreedor deberá esperar un plazo razonable para que el deudor otorgue las seguridades necesarias, y si estas no llegan, su falta debe ser considerada como un incumplimiento esencial anticipado<sup>376</sup> que dará derecho al acreedor a resolver el contrato en base al artículo 72<sup>377</sup>. Esta es una vía muy controvertida<sup>378</sup> que, incluso, algunos autores la rechazan de plano<sup>379</sup>. Como ya hemos visto, ni la

---

*duties under the contract, just as avoidance does.*" De forma similar Rowley, *vide supra* nota 136, p. 634 (citando a Flechtner)

<sup>376</sup> Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 560; Comentario de la Secretaria al Borrador del 76, *vide op. cit. supra* nota 89, en p.143, artículo 47 (actual 71), pár.13; Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, en p.290; Schnyder/Straub en su comentario al artículo 71, Rn. 51, en Heinrich Honsell and Martin Karollus, *Kommentar Zum UN-Kaufrecht : Übereinkommen Der Vereinten Nationen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf (CISG)* (Berlin: Springer, 1997), p. 862, pero no se aplica de manera automática sino que hay que ver caso a caso para determinar la necesaria probabilidad de incumplimiento; Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en pp. 849-850, artículo 71, Rn. 52 y 52a.

<sup>377</sup> Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, en p. 290 ("If the other party provides no assurance, this can be seen as an indication of an anticipatory, fundamental breach of contract, and the party empowered to suspend performance of this obligations can avoid the contract under artículo 72."); Schlechtriem *op. cit. supra* nota 299, en p. 964 ("Therefore, in order to correct the harsh result of article 71, it seems adequate to apply a reasonable period within which the debtor must provide assurance and, if assurance is not provided in time, to allow for an avoidance of the contract")

<sup>378</sup> Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 560 ("A may not need to wait for the time specified in the contract for performance; B's failure to respond with assurances of performance may make it "clear" that B will commit a fundamental breach of contract, a ground for avoiding the contract under article 72".); Trevor Bennett en "Suspension of performance" en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 524 ("Frequently, however, a failure to provide an adequate assurance will justify a conclusion that a fundamental breach will be committed and avoidance for anticipatory breach will be possible")

<sup>379</sup> Azeredo, *op. cit. supra* nota 298, en p. 17 ("If the non-performing party fails to provide assurance of performance and the suspected breach is not of fundamental nature, the innocent party is only entitled to continue to suspend performance of the contract or of obligations that ought to be fulfilled in preparation of performance of the contract."); John W. Carter, "Party Autonomy and Statutory Regulation: Sale of Goods," *J.Cont.L.* 6 (1993), p. 106. ("Surprisingly there is no statement of the consequences of an inadequate assurance, and it should not be presumed that the failure to provide an assurance (or an adequate assurance) is enough to make it "clear" that the other party will commit a fundamental breach. A failure to provide an adequate assurance does not automatically provide a right of avoidance and there is therefore no mechanism by which a party may demand an assurance of performance and treat a failure to respond with an adequate assurance as a fundamental breach"); Flechtner, *op. cit. supra* nota 182, en p. 93 ("Article 71 does not permit a party to treat the contract as repudiated if the others side fails to provide adequate assurances."); Saidov en Kröll/Mistelis/Perales, *op. cit. supra* nota 273, en artículo 71, Rn. 55 ("[T]he question of whether the suspending party has a right to avoid the contract is to be resolved solely to those [Artículo 72] conditions."); Strub, *op. cit. supra* nota 243, en pp. 497-98 ("[T]he refusal to provide adequate assurances 'should not in itself be regarded as "clear" evidence of an impending breach of contract") citando una posición previa mantenida por Schlechtriem diferente a la comentada *supra* nota 299, p. 96 ("On the other hand, the refusal of the obligor

historia legislativa<sup>380</sup> ni el texto ni el Comentario de la Secretaria al artículo 71 (62 en su texto donde no se hace mención a esa posibilidad<sup>381</sup>) parecen favorecer una interpretación en favor de una resolución automática cuando no se aporten seguridades suficientes.

Es evidente que, ante tanta incertidumbre, la mejor solución es que las partes acuerden en su contrato el establecer un plazo razonable, según su sector y prácticas internacionales, para el otorgamiento de unas seguridades suficientes (incluso definiendo qué se entiende por tales) y la consecuencia jurídica de su falta de aportación en el plazo acordado.

Sin duda, la mayor crítica que se le puede hacer a la regulación en la Convención de la doctrina del incumplimiento anticipado es la relacionada con su regulación de la aportación de las seguridades adecuadas o suficientes ya que pervierte todo su sentido al generar incertidumbre a la parte inocente en vez de darle tranquilidad de que el contrato se va a cumplir en sus términos originales.

Por último, el artículo 71 no se pronuncia con relación al momento en que deben darse las seguridades suficientes. Parece lógico y haciendo analogía con lo dispuesto en el artículo 72.2, que sean aportadas en un plazo “razonable”, lo cual es compatible además con el principio general de la Convención de que los derechos deben ser ejercidos dentro de unos límites temporales (tal y como se manifiesta en p.ej., los artículos 39, 43, 46.3, 47, 48.2, 49.2, 63, o 64.2). Como hemos visto antes, no hacerlo así vaciaría de sentido de aplicación de esta disposición, y más aún en el mundo del comercio internacional donde una parte no puede limitarse a esperar sin tener certeza de lo que va a ocurrir ni cuándo.

### 3.2.8 Límite temporal del ejercicio del derecho

El artículo 71 no establece de forma directa un límite temporal al ejercicio del derecho de suspensión, pero, tal y como han recordado los tribunales, el límite

---

*to provide “adequate assurance” following a notice under article 71.3 should not in itself be regarded as “clear” evidence of an impending breach of contract”)*

<sup>380</sup> Vide 3.2.2: Historia Legislativa.

<sup>381</sup> Vide *op. cit. supra* nota 89, en p. 56 *et seq.* De hecho, la redacción anterior del Borrador de 1976 incluía en el párrafo 3 de su artículo 47 posibilidad de resolver si no se ofrecían seguridades suficientes en un plazo razonable y fue descartada en los debates posteriores porque se quería dejar la opción de resolución exclusivamente para el supuesto recogido en el artículo 72.

temporal para su ejercicio se puede establecer de forma indirecta en base al mismo artículo<sup>382</sup>.

Ahora bien, puede ocurrir que el cumplimiento sea defectuoso en su calidad o en su tiempo (o demasiado pronto demasiando tarde) y el acreedor tenga derecho a continuar con la suspensión. De igual modo, diversos autores entienden que, dentro de la flexibilidad necesaria en el comercio internacional, el derecho a diferir o a detener la mercancía en tránsito seguirá existiendo hasta que el deudor no aporte, en un plazo razonable, seguridades suficientes. Esta interpretación es, como hemos visto en el punto inmediatamente anterior, coherente con la Convención ya que en diferentes artículos se fijan límites temporales expresos para ejercer derechos por lo que parece apropiado que en este caso, y en base al mecanismo de subsanación de lagunas del artículo 7.2, que el derecho de suspensión sea ejercido dentro de un período razonable dadas las circunstancias del caso concreto y, en caso de no hacerlo y dada su importancia, dejar que el acreedor resuelva el contrato porque, no hay que olvidar, siempre cabrá la revisión por el tribunal judicial o arbitral en caso de un ejercicio inapropiado de esta facultad.

Una vez que se aporten garantías suficientes, la parte que ha suspendido su cumplimiento debe continuar con su ejecución<sup>383</sup> pero la Convención no dice qué ocurre con el lapso de tiempo transcurrido.

No está claro si el programa original de ejecución sigue en vigor si la fecha o fechas remanentes no han transcurrido, o si el programa comienza de nuevo dentro de un plazo razonable a partir de la finalización de la suspensión, o si todos los plazos de cumplimiento originales se reajustan a la extensión del período de suspensión. Esta última es la posición más lógica y la que se recoge de forma habitual en los contratos ante un evento que cause su suspensión (salvo que haya sido provocado por la parte deudora) y es también la dominante en la doctrina<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> LG Stendal, *supra* nota 254, “*Natural stone*”, donde la simple no ejecución de las obligaciones de pago del comprador no supe el requisito de la notificación de la suspensión: “El derecho a suspender el cumplimiento se mantiene hasta que el incumplimiento [anticipado] deje de existir, hasta que la otra parte cometa un incumplimiento esencial del contrato, o hasta que la otra parte ofrezca seguridades suficientes de cumplimiento conforme al artículo 71.3”

<sup>383</sup> No existen casos bajo este artículo 71.3 en relación con cómo tratar el tiempo transcurrido en caso de ejercicio del derecho de suspensión o retención en tránsito.

<sup>384</sup> Audit, *op. cit. supra* nota 125, en p. 156, Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 559; Trevor Bennett en “Suspension of performance” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 522, que lo equivale a lo que está previsto en U.C.C. 2-611 (3) en relación con la retirada de un rechazo del contrato. Los Comentarios de la Secretaria también lo reflejan así desde el primer Borrador de 1976, *vide supra* nota 89, en p.143, artículo 47 (actual 71), párr.9.

Por último, cabe decir que, desde el mismo modo que la parte acreedora no tiene obligación de ejercitar su derecho de suspensión de manera inmediata una vez conocida la posibilidad del futuro incumplimiento de la parte bajo sospecha, la obligación de mitigar daños establecida en el artículo 77 parece obligarle a que el derecho a diferir se ejerza con rapidez una vez conocidas las circunstancias que pueden dar lugar al riesgo de incumplimiento y mientras la otra parte no aporte seguridades suficientes<sup>385</sup>.

### 3.2.9 Pérdida del derecho a diferir o detener

Existen causas muy diversas para que pueda perderse el derecho a diferir el cumplimiento de sus obligaciones o detener las mercancías en tránsito. Desde que el deudor cumpla con su obligación<sup>386</sup> a que las circunstancias objetivas que dieron lugar al derecho (una huelga, una guerra) desaparezcan pasando por que se produzca una resolución del contrato por haber tenido lugar un incumplimiento esencial anticipado del artículo 72 o 73.2. O, una causa muy habitual que se ha visto en la jurisprudencia es porque se haya ejercido incorrectamente el derecho a diferir de manera que su ejercicio se haya acabado convirtiendo en realidad en un incumplimiento.<sup>387</sup>

### 3.2.10 Carga de la prueba

La jurisprudencia de los tribunales de varios países ha determinado la existencia de varios principios para asignar *in concreto* la carga de la prueba:

(1) Cualquier parte que desee obtener consecuencias jurídicas beneficiosas de una disposición legal tiene que probar la existencia de los prerequisites de

---

<sup>385</sup> De acuerdo con Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 858, artículo 71, Rn. 16, la parte que lo invoca tiene derecho a ejercer durante todo ese tiempo el derecho sin que esté obligada a reaccionar de forma inmediata tras conocer el peligro que exista sobre el contrato.

<sup>386</sup> *Vide supra* nota 253, Supreme Court of British Columbia, “*Mansonville Plastics (B.C.) Ltd. v. Kurtz GmbH*”, donde se afirma que el comprador pierde el derecho a diferir si el vendedor abre la carta de crédito comprometida.

<sup>387</sup> *Vide supra* nota 357, ICC, “*Fashion products*” en el que se dice que “*la circunstancia de que el demandante no estuviera de acuerdo con los precios de la colección no justifica por sí misma la aplicación del artículo 71 de la CIM. De hecho, dicho desacuerdo no se refiere al cumplimiento de una de las obligaciones del demandado, sino al cumplimiento de la propia obligación del demandante de pagar el precio.*”, o *supra* nota 332, AG Frankfurt am Main “*Italian shoes case V*”, donde el fallo en comunicar inmediatamente de la suspensión dio lugar a daños por el vendedor.

hecho de dicha disposición. Debe ser el acreedor el que demuestre que se dan los requisitos para suspender su cumplimiento o para detener las mercancías en tránsito<sup>388</sup>. En caso de que no sea así, estará en incumplimiento del contrato por rechazar su ejecución y el deudor tendrá derecho a reclamar los daños causados en base a los artículos 45.1.b y 61.1.b<sup>389</sup>. De igual modo, el acreedor será responsable si no comunica, aunque podrá exonerarse si se dan los requisitos del artículo 79. De igual modo, deberá ser el deudor, en su caso, quien demuestre que se han otorgado las seguridades suficientes;

(2) Cualquier parte que reclame una excepción tiene que probar la existencia de los prerequisites de hecho de esa excepción; y

(3) Aquellos hechos que son exclusivamente de la esfera de responsabilidad de una parte y que, por lo tanto, son, al menos teóricamente, mejor conocidos por esa parte, tienen que ser probados por esa parte, ya que es esa parte la que ejerce el control sobre esa esfera.

Por último, cabe decir que no está claro, por otra parte, que la diferenciación lingüística entre el “manifiesto” del artículo 71 y el “patente” del artículo 72 esté concebida para introducir un cambio en la carga de la prueba que de otro modo sería aplicable<sup>390</sup>.

---

<sup>388</sup> *Vide supra* nota 305, BGH, “*Kickboards*”; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, núm. 48/2005, nota 4, CISG-online 1372, (“*Austrian-Ukrainian sales contract*”); *supra* nota 251, Rb Utrecht, “*Prodema S.A. v. Michon B.V.*”.

<sup>389</sup> *Vide supra* nota 177, Compendio, artículo 71, nota 2; Oberlandesgericht Köln, 8 de enero de 1997, CISG-online 217, (“*Tannery machines*”); *supra* nota 258, ICC, “*Industrial equipment*”; Audiencia Provincial de Cantabria, 5 de febrero de 2004, CISG-online 837, (“*Ispat Unimetal, SA v. Trenzas y Cables de Acero PSC S.L.*”).

<sup>390</sup> Para ver en detalle las razones doctrinales y jurisprudenciales que consideran que la carga de la prueba es una cuestión de derecho sustantivo y, por tanto, cae implícitamente dentro de CISG y sus principios generales y, en concreto, en su artículo 79 *vide* Franco Ferrari, “Burden of Proof Under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG),” *Int’L Bus.LJ* (2000), p. 665. *Vide* también Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Fourth edition ed. (Munich: Oxford University Press, 2016), pp. 45-6. Como ejemplo jurisprudencial de la cuestión de la carga de la prueba regulada en CISG y que dio lugar a abundantes comentarios doctrinales sobre el tema, Bundesgerichtshof, Alemania, 9 de enero 2002, (“*Milk powder*”), CISG-online 651 donde el Tribunal admite que CISG regula la carga de la prueba en sus artículos, 79.1 o tácitamente en el 2.a pero las normas sobre la carga de la prueba en CISG no pueden ir más allá del ámbito de su aplicabilidad sustantiva establecida en el artículo 4.1 donde se regulan exclusivamente la ejecución del contrato de compraventa y los deberes y responsabilidades del comprador y del vendedor resultantes de dicho contrato. De este modo, en el caso en cuestión donde se estaba dilucidando el valor de una carta reconociendo unos hechos en discusión, el Tribunal sostuvo que estaba fuera del ámbito de CISG el determinar la cuestión de si y hasta qué nivel un reconocimiento de la responsabilidad tiene consecuencias probatorias, ya que lo consideró un aspecto jurídico de tipo general, sin

### 3.2.11 Aplicación concurrente con otros artículos de la Convención

Bajo ciertas circunstancias, una parte puede elegir entre aplicar el artículo 71 o el 72<sup>391</sup>, dependiendo, por ejemplo, de si quiere que se ejecute la obligación pendiente. Ahora bien, en caso de cumplimiento parcial se puede optar entre elegir aplicar el artículo 51 juntamente con el 45 en los casos donde el artículo 51 sea de aplicación, o el artículo 71 (si se busca el cumplimiento total de la obligación) o el artículo 49 (si se quiere resolver el contrato), pero no el artículo 72 que queda sólo para casos en que el incumplimiento previsible haya tenido lugar antes de que la obligación sea debida, y no para aquellos casos en que la obligación haya sido ya incumplida<sup>392</sup>. Sin embargo, en el caso de contratos con entregas sucesivas regulado en el artículo 73, por excepción se le permite a la parte inocente resolver en caso de que desde la primera entrega se aprecie, por ejemplo, un serio problema de calidad (que no de cantidad<sup>393</sup>)

### 3.2.12 Naturaleza dispositiva del Artículo 71.

El artículo 71 es una disposición de naturaleza no obligatoria que las partes pueden libremente acordar modificar directa<sup>394</sup> o tácitamente una obligación de estricto cumplimiento. En este último sentido, por ejemplo, una sentencia alemana<sup>395</sup> concluyó que, al admitir el fabricante holandés la devolución incondicional del equipo para hacer unos ajustes y devolverlo a entregar en unas

---

ninguna relación íntima con los aspectos reales o jurídicos del comercio internacional de mercancías.

<sup>391</sup> Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, en p.286.

<sup>392</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, 18 de noviembre de 1993, CISG-online 92 (“*Key press II*”) y su continuación en el Bundesgerichtshof, 15 de febrero de 1995, CISG-online 149 (“*Key press III*”), donde el Tribunal Supremo alemán afirma que el contrato tenía que haber sido resuelto bajo el artículo 72 antes de la fecha de ejecución de las obligaciones de las partes, no después, ya que en ese caso se regularía la resolución por los artículos 49 y 64 (y en el caso en cuestión tampoco cabe ya que el derecho se ejerció extemporáneamente por el comprador al haber transcurrido cinco meses desde la entrega; Schnyder/Straub en Honsell, *op. cit. supra* nota 376, en p. 876, artículo 72, Rn. 15, recalcando la literalidad de la norma para puntualizar que la falta de cumplimiento debe ser inminente y no haber ocurrido, pero la ocurrencia del incumplimiento se puede determinar con probabilidad suficiente (“*will commit/incurrirá*”). Si ya hubieres ocurrido, estaríamos ante un supuesto del artículo 25.

<sup>393</sup> En este caso, la solución correcta sería aplicar el artículo 51 junto con el 45 o el artículo 71, pero no el 72. *Vide v. gr., supra* nota 303, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, “*Austrian summer malting barley*”, donde al no permitirse al comprador resolver en base al artículo 73.2 y rehusar la entrega, comete un incumplimiento que permite al vendedor resolver en base al artículo 64.1.b.

<sup>394</sup> En virtud de su artículo 6.

<sup>395</sup> *Vide supra* nota 389, OLG Köln, caso “*Tannery Machines*”.

fechas determinadas, el vendedor había aceptado tácitamente hacer una excepción al artículo 71 y por ello no podía diferir el cumplimiento de su obligación de entregar nuevamente el equipo (ejerciendo un derecho de retención de la misma) porque el comprador no hubiera pagado el precio de compra y le reclamase el reembolso de los gastos por haber tenido que contratar a un tercero para tratar sus mercancías de cuero al haberse retrasado el vendedor con la entrega de vuelta de la máquina.

Del mismo modo, esta renuncia tácita se da también de forma rutinaria y sin ser conscientes de ello en las prácticas comerciales internacionales. Así, por ejemplo, cuando han pactado un crédito documentario irrevocable<sup>396</sup> y el comprador continúa obligado a cumplir anticipadamente cuando se le faciliten los documentos contenidos en la carta, y ello independientemente de que las mercancías se presuman defectuosas. De lo contrario, si el comprador pudiese ejercer su derecho a diferir su obligación, la obligación del comprador de cumplir anticipadamente según lo dispuesto en crédito irrevocable carecería de sentido<sup>397</sup>. De modo similar ocurre cuando el comprador acuerda una compraventa CIF en la que asume el riesgo de pago antes de examinar las mercancías o en situaciones similares de pago contra documentos, donde no es lógico que el comprador puede solicitar una garantía adicional<sup>398</sup>.

Por otro lado, cabe preguntarse si dada la naturaleza dispositiva del derecho ello supone que las leyes nacionales pueden ser de aplicación al supuesto aplicando soluciones adicionales en base a las reglas jurídicas sobre el error en la contratación<sup>399</sup>. A este respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina<sup>400</sup> son

---

<sup>396</sup> UCP 600, artículos. 4 y 15.

<sup>397</sup> La única forma de evitar este pago sería a través de una medida cautelar en la jurisdicción civil (en el caso de dolo) o penal (en el caso de fraude), algo que en la práctica suele ser muy complicado de ejercitar en muchas jurisdicciones, ya sea por la rapidez necesaria para su efectividad o porque algunos sistemas judiciales no las admiten.

<sup>398</sup> *Vide* Comentario de la Secretaría artículo 62, párr.7.

<sup>399</sup> En especial en base al denominado error vicio o error propio, artículos 1265 y 1266 del C.c. Para un estudio detallado del error en la contratación, *vide per omnia*, Federico de Castro y Bravo, "De nuevo sobre el error en el consentimiento". *Anuario de Derecho Civil* 41, no. 2 (1988); Antonio Manuel Morales Moreno, *El error en los contratos* (Madrid: Ceura, 1988).

<sup>400</sup> *Vide supra* nota 273, OGH, "Umbrellas". Con Oberlandesgericht Köln, 19 de mayo de 2008, CISG-online 1700 ("Pesticides case"), donde el tribunal también negó el derecho de retención, aplicando el artículo 71 de la CIM. El tribunal sostuvo que el derecho de retención del artículo 71 expresa un "sinalagma funcional" que tiene por objeto asegurar la reclamación y presionar sobre el deudor para que cumpla su obligación en el plazo previsto. En el presente caso, sin embargo, el comprador ya no estaba interesado en el cumplimiento del vendedor al haber realizado compras de sustitución, por lo que la conexión entre el cumplimiento del vendedor y el cumplimiento del comprador ya no existía). En este último caso, se menciona expresamente doctrina alemana (*cf.* Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 846, artículo 71 Rn. 40) para apoyar que el artículo 71 impide aplicar la legislación nacional sobre diferimiento. De forma similar, en el caso seguido ante, *supra* nota 263, el Rb Midden-

unánimes al considerar que las normas de la Convención<sup>401</sup> contiene un régimen exhaustivo de la facultad de suspender, por lo que prevalecen sobre las normas del derecho interno sobre compraventa conforme a las que se permita diferir el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes. Esto significa que no hay margen para la aplicación de las leyes locales además de la Convención.

En este sentido y aunque el artículo 4.a de la Convención excluye la “*validez del contrato*” dentro de su ámbito de aplicación, lo hace “*Salvo disposición en contrario de la presente Convención*” y es evidente que el artículo 71.1 regula un supuesto que en los ordenamientos jurídicos nacionales también es contemplado por las normas relativas al error en los contratos y que regulan la *validez* del contrato. Caso diferente es aquellos supuestos no tratados en la Convención como, *ad.ex.*, el dolo precontractual<sup>402</sup>.

Por último, no es necesario que exista culpa en el riesgo de incumplimiento, en conformidad con los preceptos generales de la Convención. Además, al derecho de diferir le es aplicable lo dispuesto en los artículos 79 sobre la exoneración y 80 en relación con la pérdida del derecho a diferir si una parte es causa por acción u omisión del incumplimiento de la contraparte.

---

Nederland, “*Plastic labels*”, donde el tribunal concluyó que, interpretando los artículos 58 y 71, que la Convención no proporcionaba ninguna base para retener el pago de forma general mientras las mercancías fueran entregadas y pudieran ser examinadas. En cuanto a la concurrencia del pago y la entrega de las mercancías, el tribunal dictaminó que sólo podía ser así si el acuerdo de las partes incluía el cumplimiento simultáneo de las dos obligaciones en cuestión. No se consideró que este fuera el caso con respecto a la devolución de los moldes y el pago del precio. Remitiéndose explícitamente al carácter concluyente de la CISG respecto a esta cuestión, excluyendo así el recurso al derecho nacional, el comprador no tenía derecho a retener el pago.

<sup>401</sup> Además del artículo 71, el artículo 58 contiene la opción para el comprador de diferir el pago hasta que haya tenido la oportunidad de comprobar las mercancías entregadas.

<sup>402</sup> Herber/Czerwenka, *op. cit. supra* nota 266 en pp. 315 y 320-321.

### 3.3 Artículo 72 de la Convención. Resolución del contrato.

El artículo 72 de la Convención regula lo siguiente (énfasis propio añadido):

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.
2. Si *hubiere tiempo para ello*, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá *comunicarlo con antelación razonable* a la otra parte para que ésta pueda dar *seguridades suficientes* de que cumplirá sus obligaciones.
3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte *hubiere declarado que no cumplirá* sus obligaciones.

#### 3.3.1 Visión General

El artículo 72 es un complemento y continuación lógica del remedio temporal de suspensión ofrecido por el artículo 71, ya que en él se facilita un remedio de resolución cuando resulte patente que la contraparte cometerá un incumplimiento esencial antes de la fecha de cumplimiento (párrafo 1) o declara que no cumplirá con sus obligaciones (párrafo 3), siendo en este último caso innecesario proceder a comunicar la resolución. Los dos últimos párrafos fueron dos adiciones finales incorporadas durante la Conferencia como resultado de las presiones de los países en vías de desarrollo quienes veían con preocupación que la parte que quisiera resolver el contrato lo pudiese hacer sin notificar previamente a la otra parte ni dar tiempo a la contraparte a facilitar las seguridades adecuadas. La solución de compromiso fue introducir que "*si hubiera tiempo para ello*" se notificará la resolución para dar la oportunidad a la parte bajo sospecha de aportar seguridades suficientes, aunque no será necesario hacerlo si la misma ha declarado que no cumplirá con sus obligaciones.

### 3.3.2 Historia legislativa

El artículo 72 de la Convención tiene su antecedente remoto en los comentarios de Rabel<sup>403</sup> que estimaba necesario seguir la doctrina anglosajona sobre incumplimiento anticipado que, en aquel momento, se basaba en las situaciones donde una parte declaraba su intención de cometer un futuro incumplimiento esencial del contrato ya que de lo contrario nunca puede asegurarse con certeza que el incumplimiento tendrá lugar.

Posteriormente, el artículo 76 de LUCI reflejó una posición en la que se añadían también razones objetivas (no necesariamente relacionadas exclusivamente con el deudor) que hacían pensar en un futuro incumplimiento esencial del contrato:

*"Cuando con anterioridad a la fecha fijada para el cumplimiento del contrato, resulta claro que una de las partes comete una transgresión esencial del mismo, la otra parte puede declarar la resolución del contrato."*

#### 3.3.2.1 El Grupo de Trabajo (1970-1977)

En su primera sesión de trabajo sobre este artículo, el Grupo de Trabajo convino<sup>404</sup> en suprimir la palabra "*fijada*", se rechazó la propuesta norteamericana de volver a la redacción del artículo 87 del borrador de 1956 de LUCI que se centraba más en el origen de la idea de Rabel (que, lógicamente, concordaba perfectamente con su propia regulación)<sup>405</sup>, y se apuntó la discusión que se reproduciría en el futuro sobre la necesidad de concretar el alcance de la palabra "*clear*"<sup>406</sup> y la necesidad o no de otorgar una seguridad que evitase la resolución.

En el comentario de la Secretaría al Borrador de Proyecto de 1976 se daba cuenta<sup>407</sup> de la estrecha relación existente entre el entonces artículo 49 y el 47 del Borrador (futuro artículo 71 de la Convención) y se recordaba que la

---

<sup>403</sup> Rabel, *op. cit. supra* nota 19, *Recht des Warenkaufs*, pp. 273 *et seq.* Para ver un buen estudio general sobre la doctrina anglo-sajona del incumplimiento anticipado y su relación con derecho francés y alemán, cf. Strub, *op. cit. supra* nota 243, en pp. 479–89.

<sup>404</sup> *Vide supra* nota 183 Anuario V (1974), p. 44, párr. 128 a 134.

<sup>405</sup> En la propuesta del representante de los Estados Unidos en *vide supra* nota 184, Anuario V (1974), p. 72, párr. 5-7, se citaba un ejemplo de la incertidumbre que se podía generar con esa redacción y donde ya se apuntaba a la opción de dar a la contraparte oportunidad de presentar seguridades para remediarla y su necesidad de conciliarse con el entonces artículo 48 (actual 71).

<sup>406</sup> En los documentos oficiales de UNCITRAL el término inglés "*clear*" usado en las negociaciones oficiales aparece habitualmente traducido como "claro", pero es traducido en la versión oficial de CISG como "patente", probablemente con la intención de reforzar la idea que se quiere transmitir de "obvio", "evidente".

<sup>407</sup> *Vide supra* nota 87, Anuario VII (1976), p. 145, párr. 3-5.

diferencia entre ambos estaba en el hecho de que, mientras que en el artículo 47 la parte que tenía "*motivos fundados para concluir*" que la otra parte incumpliría sus obligaciones debía conceder a la otra parte la oportunidad de otorgar seguridades, en el artículo 49 no hacía falta conceder esa oportunidad si resultaba claro que la otra parte va a cometer una transgresión esencial. Para el caso de que hubiese dudas sobre la claridad o no de la posibilidad de una futura transgresión esencial, el Comentario de la Secretaría aconsejaba seguir el procedimiento del artículo 47 ya que, en caso contrario, la parte que hubiese puesto fin al contrato lo habría hecho cometiendo ella misma un incumplimiento de contrato.

### 3.3.2.2 Pleno de la Comisión – Comité Plenario I (1977)

En su estudio sobre el artículo 49 del Borrador, el Comité Plenario I estudió<sup>408</sup> una propuesta de supresión de este artículo en base a una razón ya esgrimida en relación con otros artículos de la Convención: el considerar un error de principio dejar la resolución de un contrato a la voluntad de una de las partes; asimismo, fue sugerido que, en cualquier caso, debía ser fusionado con el entonces artículo 47. Ambas propuestas fueron rechazadas ya que el Comité estimó que el artículo regulaba, adicionalmente a los supuestos del artículo 47, dos supuestos diferentes, la negativa expresa a ejecutar un contrato y la imposibilidad manifiesta de ejecutarlo. Se acordó únicamente alterar el orden de los artículos 48 (50 después de su modificación) y 49, permaneciendo el artículo inalterado en cuanto a su fondo, aunque con leves modificaciones de redacción<sup>409</sup> que se mantuvieron en el artículo 63 del Proyecto de Borrador de 1978.

### 3.3.2.3 Conferencia Diplomática

Como ya se ha comentado anteriormente en detalle<sup>410</sup>, en su 34ª sesión la Primera Comisión aprobó una moción para que se examinara una enmienda de Egipto<sup>411</sup> para la revisión de los artículos 62 y 63 porque entendía que la parte bajo sospecha debía de ser dada la oportunidad de remover las dudas y ofrecer seguridades, para lo que era preciso darle aviso tanto en el caso de suspensión como en el de resolución. Resultado de las discusiones mantenidas durante la 34ª y 35ª sesiones en relación con la propuesta egipcia, el grupo especial

---

<sup>408</sup> *Vide supra* nota 88, Anuario VIII (1977), pp. 62-63, párr. 428-431.

<sup>409</sup> "*Si, con anterioridad a la fecha de ejecución del contrato, resulta claro que una de las partes va a incurrir en incumplimiento esencial, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato.*"

<sup>410</sup> *Vide supra* nota 225, La reapertura egipcia: sesiones 34ª y 35ª.

<sup>411</sup> *Vide supra* nota 232 y la explicación en referencia a esta enmienda.

propuso en la 37ª sesión un nuevo texto en el que, de forma unánime, se consideró que era necesario supeditar la resolución del contrato a la previa notificación a la otra parte<sup>412</sup>. De este modo, se añadieron unos nuevos párrafos 2) y 3) donde, en aras del espíritu de compromiso, se añadió "*si hubiera tiempo suficiente*" para incluir la posibilidad de realizar una comunicación para permitir a la parte bajo sospecha dar garantías suficientes:

*"2) Si hubiere tiempo suficiente, la parte que tenga la intención de declarar resuelto el contrato deberá notificarlo a la otra parte con una antelación razonable, a fin de que esta pueda dar seguridades adecuadas de que cumplirá sus obligaciones.*

*3) El requisito previsto en el párrafo precedente no se aplicará si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones."*

Estos textos se discutieron a lo largo de la 37ª y 38ª sesión donde Egipto objetó que ese añadido también podía dar lugar a abuso y la delegación china propuso mediante una enmienda oral su supresión por considerar que podía servir de excusa a una de las partes para no realizar la notificación<sup>413</sup>, y se aprobó otra enmienda oral consistente en sustituir en el texto inglés "*give notice reasonably in advance*" por "*give reasonable notice*". Para su aprobación final, el representante de Canadá tuvo que aludir, una vez más, al espíritu de compromiso y a las intensas discusiones que les habían llevado hasta allí.

De este modo, se aprobó definitivamente en la 38ª sesión el artículo 63 (junto con el artículo 62) por 35 votos a favor y ninguno en contra con las enmiendas introducidas y el texto original del párrafo 1), a salvo de su posterior modificación por el Comité de Redacción a fin de unificar su lenguaje<sup>414</sup> siendo aprobado por el Pleno de la Conferencia en su 10ª sesión con 44 votos a favor, ninguno en contra y 2 abstenciones<sup>415</sup>.

---

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 461, párr. 96.

<sup>413</sup> Mismo razonamiento de subjetividad que se usó de forma similar por la delegación de Iraq en su propuesta aprobada en la misma sesión de suprimir "si resulta razonable hacerlo" en el párr. 1 del artículo 62. *Vide supra* nota 214, pp. 461 *et ss*, párr. 94 a 108 (37ª sesión) y pp. 463 *et ss* (38ª sesión), párr. 1 a 23.

<sup>414</sup> *Vide supra* nota 214 p. 463, párr. 20.

<sup>415</sup> *Vide supra* nota 214, p. 241.

### 3.3.3 Finalidad y alcance del artículo 72

El artículo 72 es un complemento y lógica continuación de la protección que la Convención da a la parte inocente<sup>416</sup> en su artículo 71, y tiene como finalidad facilitarle un remedio de resolución en casos donde resulta patente que la contraparte cometerá un incumplimiento esencial antes de que llegue la fecha de cumplimiento (párrafo 1) o declara que no cumplirá con sus obligaciones (párrafo 3)

Para su aplicación es necesario que se den tres presupuestos: (i) un incumplimiento esencial, (ii) que sea patente, y (iii) si hubiera tiempo para ello, la necesidad de comunicación a fin de que la contraparte pueda aportar seguridades suficientes y evitar así la resolución. Los requisitos (ii) y (iii) se pueden excepcionar si la contraparte ha comunicado su voluntad de no cumplir.

En caso de que haya cualquier duda sobre si, debido a la conducta de la otra parte o a las circunstancias del caso, se esté o no ante un supuesto de incumplimiento anticipado, la parte acreedora debería optar por la suspensión<sup>417</sup> del artículo 71 y requerir seguridades suficientes antes que proceder a resolver el contrato bajo el artículo 72.2 ya que ello podría dar lugar a su propio incumplimiento si se ha equivocado en su juicio de valor y daría lugar a la resolución del contrato por la contraparte y al resarcimiento de los daños oportunos. Y, aunque la Convención no lo regula expresamente, parece que la lógica de la situación hace que se debiera optar por la misma situación en el supuesto del artículo 73.

En el supuesto de que en vez de una entrega única existan entregas sucesivas, la parte inocente puede elegir entre resolver vía artículo 72 o vía artículo 73 que se ocupa de las normas especiales aplicables en ese supuesto, tal y como la jurisprudencia se ha encargado de resaltar y veremos más adelante<sup>418</sup>.

El remedio del incumplimiento anticipado es muy útil en el comercio internacional, no sólo para el acreedor de la prestación (el vendedor no estará obligado a fabricar o entregar un producto que no se le pagará, o el comprador que no tendrá que esperar a una entrega que no tendrá lugar y podrá buscar una

---

<sup>416</sup> Vide Vilus, *op. cit. supra* nota 243, en p. 244.

<sup>417</sup> Vide Comentarios de la Secretaría al artículo 63, párr. 3; LG Kassel, caso “*Wooden poles*”, *vide supra* nota 245, donde el tribunal declaró que no constituye un incumplimiento esencial del contrato el hecho de que el comprador no proporcionase la confirmación del banco de que la carta de crédito se abriría tan pronto como se examinara la mercancía, aunque sí se consideró suficiente para justificar una suspensión de sus obligaciones.

<sup>418</sup> Vide 3.4.3: Finalidad y alcance del artículo 73.

compra de sustitución) sino también para el deudor, ya que ayudará a mitigar el daño que está obligado a reparar en conformidad con el artículo 77 CCIM.

Pero el derecho de resolución es sólo uno de los remedios por los que la parte acreedora puede optar<sup>419</sup>. El artículo 72 viene a complementar al artículo 71 cuando se den circunstancias que hagan indeseable mantener en vigor un contrato mediante su suspensión. De este modo, el acreedor puede optar por suspender su propia obligación vía artículo 71<sup>420</sup>, o puede esperar a la fecha de cumplimiento y ejercer los derechos que le puedan corresponder según sea su posición en el contrato, sea vía artículo 45 (comprador) o vía artículo 61 (vendedor). Ahora bien, esto es algo que también puede afectar al deudor y debería ser tenido en cuenta a la hora de optar por uno u otro remedio<sup>421</sup>.

### 3.3.4 El ejercicio del derecho de resolución ante un futuro incumplimiento esencial: causas objetivas. Artículo 72.1

#### 3.3.4.1 El incumplimiento esencial

El concepto de incumplimiento<sup>422</sup> esencial es un aspecto fundamental para considerar en relación con el incumplimiento anticipado en la Convención<sup>423</sup>. El objetivo de la Convención es mantener el contrato en vigor, por lo que este sólo

---

<sup>419</sup> Bundesgerichtshof, Alemania, 14 de junio de 2012, CISG-online 2326, ("*Real estate case II*") y *supra* nota 392, BGH, "*Key press II*" donde se afirma que el contrato tenía que haber sido resuelto bajo el artículos 72 antes de la fecha de ejecución de las obligaciones de las partes, no después, ya que en ese caso se regularía la resolución por los artículos 49 y 64 (y en el caso en cuestión tampoco, ya que el derecho se ejercitó extemporáneamente por el comprador al haber transcurrido cinco meses desde la entrega).

<sup>420</sup> *Vide v. gr.* como casos que entran tanto en el ámbito del artículo 71.1.a y 71.1.b como en el del artículo 72.1 los mencionados en relación con el artículo 72 en los Comentarios de la Secretaria, *vide supra* nota 92, p. 58, párr. 2 (destrucción por incendio de la fábrica del vendedor, la imposición de un embargo o controles monetarios) o circunstancias similares como puedan ser una guerra, falta de materias primas o una huelga; Federal Court of Australia, 28 de abril de 1995, CISG-online 218, ("*Roder Zelt- und Hallenkonstruktionen v Rosedown Park Pty Ltd.*") donde la insolvencia inminente del deudor se trató erróneamente como un caso del artículo 25 en lugar del artículo 72.1.

<sup>421</sup> Strub, *op. cit. supra* nota 243, en p. 480.

<sup>422</sup> Merecer la pena recordar aquí que la Convención entiende por incumplimiento la falta de cumplimiento de sus obligaciones salvo que haya exoneración (ex artículo 79). Se trata de un sistema objetivo, no existe el concepto de culpa (*vide* artículos 45 y 61), y cualquier tipo de incumplimiento, en principio, da lugar a uno de los remedios previstos en la Convención.

<sup>423</sup> Sobre este concepto, *vide* en general Koch, en *op. cit. supra* nota 132.

puede darse por resuelto<sup>424</sup> en circunstancias muy gravosas que, en los casos de un deterioro anticipado de las expectativas, sólo puede darse en casos de incumplimiento esencial<sup>425</sup>.

De acuerdo con el artículo 25<sup>426</sup>, un incumplimiento esencial ocurre cuando un acto por una de las partes trae como consecuencia que la contraparte sea *sustancialmente* privada de aquello que espera bajo el contrato<sup>427</sup>. Adicionalmente, se exige que esa pérdida sea previsible, ya que, si no lo era, y una persona razonable en las mismas circunstancias no podía preverla, no hay incumplimiento esencial<sup>428</sup>.

El punto más problemático de este artículo no se encuentra, lógicamente, en aquellos casos donde la parte incumplidora no ha ejecutado ninguna de sus obligaciones o ha mostrado deseo de remediar su incumplimiento, sino en aquellos casos donde la parte incumplidora ha cumplido, pero no del todo, es decir, en determinar qué se entiende por "*sustancial*" de manera que se prive a la contraparte de sus legítimas expectativas contractuales. Y, el problema al que se enfrenta la parte cumplidora es que, si se equivoca en su juicio de valor de qué se entiende por "*sustancial*", ella misma se coloca en incumplidora del contrato. Porque, aunque algún autor ha tratado de definirlo objetivamente como aquella situación en que el incumplimiento sea tan importante como para que "*the purpose of the contract could not be fulfilled anymore*"<sup>429</sup>, lo cierto es que, por esencia de la propia palabra, "*sustancial*" es un término subjetivo, por lo que se considere como tal dependerá del criterio de la propia persona que lo valore.

---

<sup>424</sup> Vide artículos 49.1.a, 51.2, 64.1.a, 72.1, 73.1 y 73.2 CISG. El incumplimiento esencial también puede dar lugar a la exigencia de daños y perjuicios, siendo los efectos de la resolución recogidos en los artículos 81 a 85 CISG.

<sup>425</sup> Este enfoque tiene mucho sentido en general y más en particular en las ventas internacionales, donde las grandes diferencias culturales, económicas, legales, costumbres o de ética empresarial hacen que la probabilidad de que surjan disputas sea mucho mayor.

<sup>426</sup> Artículo 25 CISG: "*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 haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación*".

<sup>427</sup> Vide artículos 46, 49, 51, 64, 70 y 72 CISG, que específicamente se refieren al concepto de "incumplimiento esencial" para determinar la responsabilidad de las partes implicadas.

<sup>428</sup> Sería esta la excepción a la regla general.

<sup>429</sup> Bertram Keller, "Favor Contractus: Reading the CISG in Favor of the Contract," *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries—festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of His Eightieth Birthday*. Wildy, Simmonds and Hill Publishing, London (2008), p. 258.

Y, además, esa consideración dependerá muchas veces de las circunstancias fácticas del caso *ad hoc*, habiendo desarrollado la jurisprudencia diferentes tipos de casos donde ha quedado, en general, bastante claro que se entiende por incumplimiento esencial en base a supuestos relacionados con la aplicación del artículo 25. Una falta de ejecución de la obligación principal (falta de pago o de entrega) o el rechazo a cumplir con el contrato siempre lo son<sup>430</sup>. En el caso de retrasos en la entrega, el mero retraso no lo será salvo que haya sido tratado como “*time being of the essence*” por las partes o por las circunstancias del caso<sup>431</sup>. En el supuesto de que se otorgue un plazo suplementario y este se incumpla, sí habrá incumplimiento esencial<sup>432</sup>. Tampoco se considera esencial que el vendedor remita la mercancía antes de que el comprador le haga llegar la garantía exigida por el vendedor<sup>433</sup>.

En el caso de mercancías que no sean conforme al contrato, los tribunales han determinado que no hay incumplimiento esencial si la mercancía es usable (para autoconsumo o reventa a terceros) o, incluso, si es reparable (por el vendedor o por él mismo)<sup>434</sup>. En caso contrario, obviamente sí hay incumplimiento esencial.

---

<sup>430</sup> Vide MKAC, 5 de octubre de 1998, CISG-online 1831 (“*Consignment contract*”); Oberlandesgericht, 24 de mayo de 1995, CISG-online 152 (“*Used printing machines case I*”); Pretura de Parma-Fidenza, 24 de noviembre de 1989, CISG-online 316, (“*Foliopack AG v. Daniplast S.p.A.*”)

<sup>431</sup> Vide v. gr., Amtsgericht Ludwigsburg, 21 de diciembre de 1990, CISG-online 17 (“*French women’s outer garments case*”) donde se trataba de la entrega tardía de prendas de verano; *supra* nota 278, ICC, “*Clothing*” donde se entregaron tarde las muestras de tela y se ponía en peligro la fabricación de una colección de temporada.

<sup>432</sup> Vide 49.1.b y 64.1.b que expresamente lo reflejan en su redacción.

<sup>433</sup> MKAC, 25 de abril de 1995, CISG-online 206 (“*Chocolate confectionery products case*”)

<sup>434</sup> Bundesgerichtshof, Alemania, 3 de abril de 1996, CISG-online 135, (“*Cobalt sulphate case*”) donde el tribunal declaró incorrecta la terminación del contrato porque, a pesar de que el contrato especificaba que la mercancía tenía que tener origen británico e ir acompañadas de un certificado de origen y calidad, la mercancía había sido entregada y la falta de calidad o de documentación o de diferente origen no se considera como falta de entrega, fallando el comprador en demostrar que la misma no se podía haber vendido u obtenido la documentación correcta por otros medios; Bundesgerichtshof, Alemania, 24 de septiembre de 2014, CISG-online 2545, (“*Hungarian injection moulding tools case*”) donde se consideró que los defectos en los moldes no eran suficientes para considerarlos un incumplimiento esencial ya que los mismos habían podido ser reparados por el comprador y aprovechados en su actividad. Este caso del Tribunal Supremo alemán es también importante porque infiere un derecho general de compensación (“*set-off*”) entre reclamaciones de ambas partes, sean o no del mismo contrato, en base a los artículos 84.2 y 88.3 así como de la relación sinalagmática expresada en la segunda frase del artículo 58.1 (“El vendedor podrá ...”) y del artículo 81.2 en consonancia con el principio general del artículo 7.2. Esta sentencia ha sido seguida por los tribunales supremos de Austria, Suiza y Suecia, así como el CISG Advisory Council Council, Opinion nº 18. Cfr. vide *supra* nota 251 ICC, *Roller bearings*, donde pareció sugerirse que, como en la Convención no se facultaba expresamente al comprador agraviado

Caso especial merecen aquellas mercancías destinadas al consumo humano, donde los estándares son lógicamente más altos<sup>435</sup>. E, igualmente y como parte fundamental del contrato, la falta de certeza respecto a la propiedad de la mercancía vendida también se considera incumplimiento esencial<sup>436</sup>.

La consecuencia de un incumplimiento esencial es que la parte cumplidora tiene derecho a resolver el contrato o requerir la entrega de bienes de reemplazo<sup>437</sup>. En caso de que no se considere esencial, sólo habrá derecho a daños, pero no a la resolución del contrato<sup>438</sup>.

Dado que el criterio de incumplimiento esencial es usado para determinar cuándo se puede resolver en los casos de incumplimiento actual<sup>439</sup>, es lógico que se use el mismo criterio en el artículo 72 para el caso del incumplimiento anticipado y este es uno de los aspectos clave a la hora de diferenciar este artículo respecto al artículo 71, donde el incumplimiento anticipado consiste en el incumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de una parte causada por diferentes razones especificadas en la norma.

---

para ejercitar una acción de compensación, este no tenía derecho a compensar los daños y perjuicios con su obligación de pagar el precio de las mercaderías entregadas.

<sup>435</sup> Bundesgerichtshof, Alemania, 2 de marzo de 2005, CISG-online 999, (*"Frozen pork case I"*) donde el tribunal declaró válida la terminación en caso de que exista una seria sospecha de que la carne de cerdo fuese dañina para la salud, en este caso dioxinas después de tanto el gobierno alemán como el belga declarasen que la carne de cerdo belga no podía ser consumida a menos que existiese un certificado sanitario que lo avalase.

<sup>436</sup> Landgericht Freiburg im Breisgau, 22 de agosto de 2002, CISG-online 711 (*"Fiat Panda"*) donde se probó que el coche vendido era robado.

<sup>437</sup> Como parte de la obligación de mitigar daños ex artículo 77 y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el artículo 75 establece que el comprador o el vendedor pueden realizar una compra o venta de reemplazo, respectivamente

<sup>438</sup> Vide CISG, artículos 49.1, 51.2, 64.1, 72.1 y 73.

<sup>439</sup> Además del incumplimiento esencial como medio para calificar la resolución, los artículos 49.1.b y 64.1.b de CISG también otorgan un derecho de resolución en relación con la denominada notificación "*Nachfrist*", un remedio que tiene origen en el derecho alemán y que consiste en permitir a los compradores y vendedores perjudicados, respectivamente, fijar un plazo adicional razonable para el cumplimiento de la parte incumplidora. Si el vendedor que incumple no entrega las mercaderías en el plazo fijado, el artículo 49.1.b otorga al comprador el derecho a resolver el contrato en el artículo 49.1.b. Si un comprador incumplidor no cumple sus obligaciones de recibir las mercancías o pagar el precio en el plazo señalado, el artículo 64.1.b permite al vendedor declarar resuelto el contrato. Debido a la naturaleza prospectiva del incumplimiento previsible, este tipo de notificación no es necesaria en relación con el artículo 72. En estos casos, la parte inocente sólo puede resolver el contrato cuando es evidente un próximo incumplimiento esencial. Es decir, la diferencia estriba simplemente en los diferentes momentos temporales que regulan, ya que los artículos 49.1.b y 64.1.b tratan de un incumplimiento que ya "*constituye un incumplimiento esencial del contrato*" y el artículo 72.1 requiere que "*fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato*".

Bajo el artículo 72 y siempre que sea patente, toda falta de cumplimiento “*esencial*” sin importar su origen (a diferencia del artículo 71.1 que define los motivos) se considera como un incumplimiento del contrato, independientemente de que fuese o no posible la prestación<sup>440</sup> y de que tal imposibilidad nazca de circunstancias que estén más allá del control del obligado a cumplir.

De este modo, la jurisprudencia en relación con el artículo 72 ha considerado un incumplimiento anticipado esencial tanto la falta de cumplimiento como el cumplimiento defectuoso que, en los ordenamientos de los países civilistas, daría origen a las acciones *redhibitoria* y *quantum minoris*<sup>441</sup>. Así, se ha considerado que existe por el *vendedor* cuando los planos, o los productos de muestra que el acreedor había transmitido al comprador y que no eran conformes con el contrato, permitían concluir que el vendedor sería incapaz de producir y entregar mercaderías conformes<sup>442</sup>, cuando se utilizaban mecanismos de producción que no permitían la entrega de mercaderías conformes a tiempo<sup>443</sup>, cuando se habían entregado en el pasado mercaderías defectuosas que equivalían a un incumplimiento esencial, especialmente porque el vendedor no había cambiado entretanto su fuente de suministro<sup>444</sup>, o cuando el vendedor, que había acordado que su carguero transportaría exclusivamente las mercaderías del comprador, cargó otras mercaderías en su buque, de modo que era previsible que las mercaderías del comprador se mezclaran con las de terceros en el momento de la entrega<sup>445</sup>.

---

<sup>440</sup> Schnyder/Straub en Honsell, *op. cit. supra* nota 376, en p. 857, artículo 71, Rn. 29, y en p. 877, artículo 72, Rn.19.

<sup>441</sup> Schnyder/Straub en Honsell, *op. cit. supra* nota 376, en p. 857 artículo 71, Rn. 29, y en p. 877, artículo 72, Rn.19.

<sup>442</sup> MKAC, 25 de abril 1995, CISG-online 367 (“Trucks case I”) en relación con planos; *supra* nota 278, ICC, “*Clothing*”, en relación a unas muestras de tela.

<sup>443</sup> Gerechtshof Amsterdam, 18 febrero 2020, CISG-online 5116, (“*Rotolito Lombarda S.p.A. v. TCC Global N.V. et al.*”), donde el vendedor, obligado a entregar álbumes referentes a la película Ice Age impresos para una campaña publicitaria de la cadena de supermercados Lidl, utilizó un procedimiento de impresión que podía dar lugar temporalmente a hojas onduladas. El vendedor no podía garantizar que los álbumes estarían en las estanterías de los supermercados en el momento del estreno de la película, por lo que se consideró que el comprador tenía derecho a resolver el contrato basándose en el apartado 1 del artículo 72.

<sup>444</sup> *Vide supra* nota 293, Netherlands Arbitrage Instituut Rotterdam, “*Rijn Blend Oil*”; Helsingin hovioikeus (Court of Appeal Helsinki, 30 de junio de 1998, CISG- online 1304, (“*EP S.A. v. FP Oy*”), aunque en aplicación del artículo 73.2

<sup>445</sup> MKAC, 7 de junio de 1999, CISG-online 2652, (“*Food products*”)

De igual modo, se ha admitido un incumplimiento esencial futuro por parte del *comprador* cuando éste no pagó entregas anteriores ni dio garantía de pago<sup>446</sup>, o cuando no abrió una carta de crédito a pesar de habersele recordado repetidamente que lo hiciera<sup>447</sup>.

### 3.3.4.2 El estándar de previsión: “patente”. Diferencias entre los artículos 71 y 72 del Convenio

El artículo 72(1) de la Convención establece el principal requisito previo para una legítima resolución anticipada de contrato: debe ser “*patente*” (“*manifeste*” en su versión francesa, “*clear*” en su versión inglesa<sup>448</sup>) antes de la fecha de cumplimiento que el deudor (comprador o vendedor) cometerá un incumplimiento esencial.

La Convención no define qué se entiende por “*patente*” y, por ello, el mayor problema para interpretar correctamente el artículo 72 (y, en la parte que le toca, el artículo 71) es establecer correctamente qué grado de certeza es requerido para determinar que un incumplimiento esencial ocurrirá<sup>449</sup> ya que tanto el artículo 71 como el 72 obligan a la parte inocente a predecir que en las circunstancias actuales un incumplimiento ocurrirá.

Para ello, y siguiendo a Calvo Caravaca<sup>450</sup>, es necesario hacer en primer lugar un “*juicio sobre la magnitud de la inseguridad contractual*”.

La apreciación de que el riesgo futuro ocurra e impida el cumplimiento de la obligación contractual no puede basarse en la mera subjetividad de la parte que

---

<sup>446</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, de 14 de enero de 1994, CISG-online 119 (“*Italian shoes XIII*”), que es confirmación de la sentencia del Landgericht Krefeld, 28 de abril de 1993, CISG-online 101.

<sup>447</sup> Supreme Court of Queensland, 17 de noviembre de 2000, CISG-online 587, (“*Downs Investments Pty. Ltd. v. Perwaja Steel SDN BHD*”); *cfr. vide supra* nota 245, LG Kassel, caso “*Wooden poles*”, donde el tribunal declaró que no constituye un incumplimiento esencial del contrato el hecho de que el comprador no proporcionase la confirmación del banco de que la carta de crédito se abriría tan pronto como se examinara la mercancía, aunque sí se consideró suficiente para justificar una suspensión de sus obligaciones.

<sup>448</sup> Trevor Bennett en “*Suspension of performance*” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 522 (“*This different wording was deliberately adopted by the Vienna Convention on the basis that, at least in the French text, a difference of meaning was involved.*”); Azeredo, *op. cit. supra* nota 298, en p. 21 (“*The difference in terminology was . . . consciously drafted and is also found in the French and Spanish versions of the CISG.*”)

<sup>449</sup> *Vide supra* nota 447, Supreme Court of Queensland, “*Downs Investments Pty. Ltd. v. Perwaja Steel SDN BHD*”; Schnyder/Straub en Honsell, *op. cit. supra* nota 376, en p. 880, artículo 72, Rn. 26-28; Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 856, artículo 72, Rn. 7 y 8.

<sup>450</sup> Calvo Caravaca, *op. cit., supra* nota 263, en “*Comentario al artículo 72*” en p. 570.

lo alega, aunque se tengan temores, dudas o sospechas razonables. Debe de existir un indicio razonable<sup>451</sup>, de manera que exista una base objetiva y altamente probable que pueda ser observada por un tercero imparcial y razonable de su mismo sector de actividad en la misma situación<sup>452</sup>. Debe de estar claro bien por palabras o actos que constituyan una repudiación del contrato o bien por hechos objetivos, como puede ser la destrucción por incendio de la fábrica del vendedor o la imposición de un embargo o de controles monetarios que hagan imposible el futuro cumplimiento<sup>453</sup>. Debe de tratarse, por tanto, de una magnitud muy relevante.

En segundo lugar, es necesario hacer un “*juicio sobre la probabilidad de la inseguridad contractual*”.

Una mera sospecha, aunque sea fundada, no es suficiente. Además, tampoco es suficiente si “*resulta manifiesto*” que el deudor cometerá un incumplimiento (esencial) - una norma que sería suficiente en virtud del artículo 71.1 de la Convención. Dado que la consecuencia es la resolución del contrato, es necesario una probabilidad muy alta, casi absoluta<sup>454</sup>, pero sin que se llegue a un nivel de probabilidad que alcance la certeza completa<sup>455</sup>.

---

<sup>451</sup> Herber/Czerwenka, *op. cit. supra* nota 266 en p. 322; Trevor Bennett en “Avoidance for anticipatory breach” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 528.

<sup>452</sup> Artículos 8.2

<sup>453</sup> Vide Comentarios de la Secretaria, *op. cit. supra* nota 92, p. 58, artículo 63, párr 2.

<sup>454</sup> Trevor Bennett en “Avoidance for anticipatory breach” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 528; Herber/Czerwenka, *op. cit. supra* nota 266 en p. 322; Brunner/Hurni en Honsell *op. cit. supra* nota 273 en p. 979, en artículo 72, Rn. 4; Enderlein & Maskow, *op. cit. supra* nota 240, en p. 291 (“*There need not, however, be absolute certainty.*”); Ferrari & Torsello, *op. cit. supra* nota 291, en p. 457–58 (“*Article 72 CISG does not require absolute certainty that a breach will be committed.*”); Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 562 (“*even though such a declaration does not make it absolutely “clear” that the repudiating party will not change his mind and perform by the due date.*”); Azeredo, *op. cit. supra* nota 298, en pp. 24–25 (“*(...).. scholars and courts agree that article. 72 CISG does not require absolute and unshakable certainty that a breach will be committed.*”); Eiselen, *op. cit. supra* nota 321, en p. 209 (“*very high degree of probability*”) citando la decisión del LG Berlin en el caso “*Italian shoes VIII*” *supra* nota 304); Saidov en Kröll/Mistelis/Perales *op. cit. supra* nota 273, artículo 72, Rn. 7, (“*[It] is a probability standard and therefore absolute certainty in prognosis is not required.*”); Strub, *op. cit. supra* nota 243, en pp. 494 y 498 (“*need not establish non-performance with absolute certainty*”) (rebatando la opinión de Schlectriem de que imponer condiciones más allá del contrato original justifica una terminación automática del contrato porque equivale a una repudia al mismo y no hace necesario una notificación: “*[I]f a party’s declared refusal fails to make non-performance absolutely ‘clear,’ a party’s demand for additional or varying terms can hardly be considered to make non-performance ‘clear’ either.*”). Pero vide Vilus, *op. cit. supra* nota 243, en p. 244 (“*The party intending to declare the contract avoided must be absolutely sure that there is indeed a fundamental breach of contract.*”).

<sup>455</sup> Este estándar de probabilidades para definir qué se entiende por “patente” fue famosamente definido por el LG Berlin en el caso “*Italian shoes VIII*” *supra* nota 304, (“*the probability of a future breach of contract has to be very high and obvious to everybody, but did not require*

Sin embargo, esta distinción teórica no es tan clara en la práctica y por eso, como hemos visto anteriormente<sup>456</sup>, la delegación norteamericana (sin duda en base a su propia experiencia con su regulación en el U.C.C.) insistió en que el mejor test era la manifestación contraria a la ejecución de las propias obligaciones contractuales o en acciones que hagan imposible la posterior ejecución del contrato (la “*repudiation*” de derecho norteamericano), hechos que parecen aportar mayor certeza a la hora de poder invocar la resolución. Ciertamente es que, dado que la ejecución del contrato va a tener lugar en el futuro, siempre existirá la posibilidad de que la parte incumplidora cambie de opinión o recobre la capacidad de cumplir con sus obligaciones<sup>457</sup>. Pero la certeza absoluta sería un test imposible de alcanzar en la práctica por lo que nos parece claro que, siguiendo la regulación norteamericana, el mejor estándar es el de los actos propios del incumplidor porque de ellos podemos extraer, al menos, un elevado nivel de certeza, algo que el término “patente”, como hemos visto, *per se* no parece conferir.

Cabe también plantearse si para determinar la existencia del derecho a resolver bajo el artículo 72.1, es relevante el momento en que nace la causa que pone en peligro el cumplimiento contractual. La respuesta es negativa, porque es evidente que si la causa es anterior al perfeccionamiento del contrato y fuese conocida o no pudiese ser ignorada por el acreedor, el principio de buena fe<sup>458</sup> impediría ejercitar esta acción. Es decir, sólo cabe considerar aquellos obstáculos o situaciones de riesgo que nacen con posterioridad a la celebración del contrato, pero antes del cumplimiento de este<sup>459</sup>. Sin embargo, la práctica muestra que hay situaciones grises donde no es tan fácil establecer una línea, como puede ser en el caso de que el comprador en el momento de celebrar el contrato fuese insolvente pero no fuese claro que cometería un incumplimiento esencial (la falta de pago) en el momento de cumplimiento<sup>460</sup>. Adicionalmente, hay que recordar que el estándar de “patente” hay que juzgarlo desde la

---

*almost complete certainty*) y seguido por múltiples tribunales dentro y fuera de Alemania, v. gr., vide supra nota 446, OLG Düsseldorf, “*Italian shoes case XIII*”; vide supra nota 447, Supreme Court of Queensland, “*Downs Investments Pty. Ltd. v. Perwaja Steel SDN BHD*”.

<sup>456</sup> Vide supra nota 402.

<sup>457</sup> Así, p.ej., Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 72, párr. 5.

<sup>458</sup> Artículo 7.1 CISG. Pero no sólo este principio, sino también los principios contenidos en los artículos 80 y 77 lo impedirían, ya que no puede buscar protección quien ha causado el incumplimiento.

<sup>459</sup> Artículo 72.1 CISG: “*antes de la fecha de cumplimiento*”.

<sup>460</sup> Como ocurre, v. gr., en supra nota 305, BGH, “*Kickboards*”, donde el vendedor de motocicletas chino no probó con hechos que el problema de solvencia del comprador suizo fuese posterior a la celebración de su contrato, por lo que el Tribunal entendió que había suspendido erróneamente sus obligaciones de entrega.

perspectiva temporal en la que se toma la decisión, no con los hechos conocidos a posteriori.

Un punto problemático también por determinar es si una parte, en el caso de una terminación anticipada, debe mitigar daños. Bajo la Convención, la mitigación de la pérdida en virtud del 77 podría exigir de la parte que invoque tal incumplimiento, y quiera proceder a la resolución del contrato en virtud del artículo 72, la adopción de medidas para disminuir la pérdida resultante, incluido el lucro cesante, incluso con anterioridad a la fecha de cumplimiento del contrato en un caso apropiado<sup>461</sup>.

Por último, cabe recordar que la parte que resuelva el contrato debe hacerlo con prudencia, ya que, si en el momento previsto para la ejecución del contrato no se hubiera producido realmente un incumplimiento esencial, ello demostraría que la expectativa original no era tan “patente” y, por lo tanto, esa parte que ha resuelto el contrato incurrirá ella misma en incumplimiento por fallar en la ejecución<sup>462</sup>. Por ello, en caso de duda sobre el peligro o su gravedad, es mejor comunicar a la otra parte que se suspende la ejecución en vez de resolver, ya que la consecuencia de una resolución no ajustada a derecho sería la de indemnizar los daños y perjuicios<sup>463</sup>.

### 3.3.5 Obligación de comunicar. Artículo 72.2

#### 3.3.5.1 La comunicación y el tiempo: los conceptos “si hubiere tiempo para ello” y “antelación razonable”.

De forma similar a lo que establece el artículo 71.3 de la Convención para el derecho a diferir<sup>464</sup> y fruto de la presión de los países en desarrollo, el artículo 72.2 obliga a comunicar a la parte que desea resolver a comunicar a la parte incumplidora con el objeto de que pueda aportar seguridades suficientes que

---

<sup>461</sup> *Vide op. cit. supra* nota 89, Comentarios de la Secretaría al artículo 63, p. 58, párr. 4.

<sup>462</sup> *Vide* en ese sentido el Comentario de la Secretaría en *supra* nota 89, en relación con el entonces artículo 63 (actual 72), párr. 3.

<sup>463</sup> *Audit, op. cit. supra* nota 125, en p. 159.

<sup>464</sup> Al igual que en el artículo 71, a la comunicación se le aplica lo establecido en el artículo 27 en relación con el riesgo de la comunicación que lo soporta el destinatario, que no tiene requisitos de forma salvo que los usos o las prácticas comerciales impongan alguno (artículo 9).

despejen las dudas sobre su capacidad para cumplir con el contrato<sup>465</sup>. Se trata esta de una declaración unilateral<sup>466</sup> y no recepticia<sup>467</sup>, que tiene carácter constitutivo.

Esta obligación de comunicar está cualificada por dos excepciones temporales. En primer lugar, por el requisito de “*si hubiere tiempo para ello*” y por el requisito de que sea comunicado con una “*antelación razonable*”<sup>468</sup>.

No está claro qué se puede entender por “*si hubiere tiempo para ello*”<sup>469</sup>, más allá del hecho de que hay que tener en cuenta que tiene que ser antes de que llegue el tiempo de cumplimiento de la obligación debida. Durante la Convención fue rechazada la sugerencia de suprimir esta expresión porque se sugirió<sup>470</sup> que podría haber sido motivo de diferente interpretación por los tribunales de los diferentes países, ya que los hechos de cada caso son los factores determinantes de cara a valorarla. Hoy en día, la inmediatez absoluta de los medios de comunicación<sup>471</sup> ha vuelto arcaizante esta expresión que ha dejado de tener sentido como factor modulador del derecho de resolución.

---

<sup>465</sup> Artículo 72.2 CISG. afirmando “... *la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones*”.

<sup>466</sup> Se busca así evitar el problema que existió con los artículos 61 y 62 LUCI que prevenían la resolución automática en determinadas circunstancias (además de la resolución por declaración del vendedor) ya que creaba gran incertidumbre. *Vide* Comentario de la Secretaría al artículo 60 (actual 64)

<sup>467</sup> Artículos 26 y 27 CISG. Un buen trabajo sobre el deber de notificar en casos de terminación es Christopher M. Jacobs, “Notice of Avoidance Under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability,” *University of Pittsburgh Law Review* 64, no. 2 (2003), 407-429.

<sup>468</sup> *Vide supra* nota 446, OLG Düsseldorf, “*Italian shoes case XIII*”, donde el vendedor, antes de remitir la mercancía fabricada, reclamó una garantía que no estaba prevista en el contrato ante la falta de pago del comprador de una factura anterior. Este tipo de “seguridad” parece ir más allá de la idea expresada en el artículo 72.2 y supone un tipo de derecho de compensación monetaria o retención que la mayor parte de la jurisprudencia considera que no se encuentra recogido en CISG. En este sentido una posición contraria al derecho a compensar en similares circunstancias adopta el Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, 29 de diciembre de 1998, CISG-online 638, (“*Czech cheese*”) donde se establece que el vendedor no podrá, sobre la base de otras reclamaciones legales suyas en virtud de CISG, compensar y retener el pago antes del período de cumplimiento de la obligación del comprador (v.gr., recibir la mercancía).

<sup>469</sup> Los Comentarios de la Secretaría no hacen referencia a este tema ya que el artículo fue modificado durante la Conferencia para añadir este aspecto.

<sup>470</sup> La sugerencia fue rechazada por 18 votos contra 17, lo que nos da idea de lo controvertida que fue la discusión.

<sup>471</sup> UNCITRAL ha elaborado diferentes textos legislativos a fin de permitir y facilitar el uso de medios electrónicos en las actividades comerciales, que han adoptado más de 100 Estados. El texto con una mayor aceptación de países es la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996), que establece las normas para que la información electrónica y la información en

Por su parte, el requisito de la “*antelación razonable*” ha de entenderse en el sentido de dar tiempo a la parte deudora para que aporte las seguridades suficientes. La razonabilidad de la antelación (que es una forma indirecta de fijar el plazo para aportar las seguridades) es un concepto indeterminado, cuya apreciación sólo puede hacerse caso a caso<sup>472</sup>. Obviamente, durante ese tiempo no se puede resolver el contrato. Y, de nuevo, la norma no dice qué pasa si el tiempo dado no es razonable, bien porque la comunicación haya sido dada con un período de tiempo muy corto para poder facilitar las seguridades o contenga un plazo insuficiente para ello. Si no quiere verse posteriormente limitado por sus propios actos, el artículo 8.2 sí parece obligar al deudor a expresar su opinión sobre la falta de “razonabilidad” del tiempo de la comunicación para poder aportar las seguridades.

Esta obligación de comunicar existe sólo en las circunstancias “objetivas” (“patente”) del artículo 72.1, no será necesaria si la otra parte declara que no cumplirá con sus obligaciones, que se rige por lo dispuesto en el artículo 72.3<sup>473</sup>.

### 3.3.5.2 Consecuencias de la falta de comunicación.

Existen diferentes opiniones doctrinales sobre si esta obligación de comunicar es una condición precedente, *formal*, para poder ejercer válidamente el derecho a resolver.

Buena parte de la doctrina, sobre todo alemana y con la misma motivación que hemos visto en relación con esta situación en el artículo 71, considera que la

---

papel reciban el mismo trato y para que se confiera reconocimiento jurídico a las operaciones y procesos electrónicos. También son importantes la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (2001), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005) que toma como punto de partida los textos anteriores de UNCITRAL y se convierte en el primer tratado que da seguridad jurídica a la contratación electrónica en el comercio internacional, y la Ley Modelo sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (2017) que aplica los mismos principios para permitir y facilitar la utilización de documentos y títulos transmisibles en formato electrónico, tales como conocimientos de embarque, letras de cambio, cheques, pagarés y resguardos de almacén.

<sup>472</sup> Debido a una desafortunada traducción al texto no oficial alemán, existe mucha controversia doctrinal en Alemania sobre si el requisito de razonabilidad se refiere sólo a la comunicación o si se refiere también al deber de comunicar. En este sentido, *vide per omnia* Schnyder/Straub en Honsell, *op. cit. supra* nota 376, en p. 886, artículo 72, Rn. 45; Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 859, artículo 72, Rn. 21.

<sup>473</sup> Artículo 72.3 CISG: “Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones” y que es consistente con el artículo 77 relativo a la mitigación de daños.

falta de esta comunicación no impide la resolución del contrato, aunque acarrea la obligación de indemnizar daños y perjuicios<sup>474</sup>.

Sin embargo, esta interpretación debe decaer. Ni la historia legislativa ni la interpretación literal de la norma no parecen avalar esta interpretación<sup>475</sup>. Adicionalmente, no parece haber ninguna razón para no aplicar aquí lo dispuesto en el artículo 26 que establece que la resolución del contrato sólo surtirá efecto si se comunica a la otra parte (en la Convención no existe la denominada *ipso facto* terminación por la que no hace falta comunicar), ya que ese artículo está encuadrado dentro del Capítulo I relativo a las disposiciones generales y, por tanto, plenamente aplicable a un caso particular de resolución como es la anticipada. La comunicación a la que hace referencia el artículo 72.2 no es más que la declaración de resolución del artículo 26 pero condicionada su efectividad a que el deudor aporte seguridades suficientes, en caso contrario será plenamente efectiva. Y aunque el artículo no lo menciona expresamente, la buena fe que debe presidir las prácticas comerciales (artículo 7.1 de la Convención) parece indicar la conveniencia de que (al igual que ocurre en el artículo 71), dada su relevancia y la necesidad expresada en el artículo de dar a la otra parte la oportunidad de otorgar seguridades suficientes, la declaración de resolución debe ser comunicada a la contraparte indicándole los motivos de la misma<sup>476</sup>. Esta es la opinión seguida por la jurisprudencia<sup>477</sup>.

---

<sup>474</sup> Manuel Lorenz recoge en su comentario al artículo 72, Rn. 15, que la doctrina alemana es partidaria de considerar que la falta de notificación no deviene ineficaz la resolución del contrato, pero si da lugar a daños y perjuicios, vide en Wolfgang Witz, Hanns-Christian Salger and Manuel Lorenz, *International Einheitliches Kaufrecht*, 2, neu bearbeitete Auflage ed. (Frankfurt am Main: Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2016), pp. 477-478. De la misma opinión es el China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 31 de diciembre de 1996, CISG-online 1524 ("*Argentinian high carbon tool steel*").

<sup>475</sup> Schnyder/Straub en Honsell, *op. cit. supra* nota 376, en p. 883, artículo 72 Rn. 35 y 36 opinan que es un requisito formal en base a la historia legislativa del artículo donde se aprecia que la razón de incluir esta notificación viene dada por su consecuencia, la resolución del contrato, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 71 que tiene una redacción diferente. *Vide supra* nota 392, BGH, "*Key press II*" donde el Tribunal decidió que, si el comprador de una maquinaria temía que el vendedor no cumpliera como consecuencia de la resolución del acuerdo de distribución entre el vendedor y el fabricante de la maquinaria, debería haber fijado un plazo adicional para el cumplimiento o haber declarado resuelto el contrato de venta inmediatamente después de recibir la notificación de la resolución del acuerdo de distribución.

<sup>476</sup> Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 860, artículo 72, Rn. 22.

<sup>477</sup> *Vide v. gr.*, *supra* nota 332, AG Frankfurt am Main "*Italian shoes case V*"; *supra* nota 346, CIETAC, "*Thai-made emulsions*"; *supra* nota 288, ICC, "*Metal concéntrate*".

### 3.3.5.3 La obligación de comunicar y el concepto de “seguridades suficientes”

En cuanto a la forma y contenido de la comunicación, así como el tipo de seguridad<sup>478</sup> a ofrecer, sirven los mismos criterios que fueron expuestos para el artículo 71.3.

El artículo 72 nada dice de qué ocurre si no se otorgan las seguridades requeridas, o lo hace fuera del tiempo “razonable”. La única sanción que razonablemente se puede esperar dependerá de que, atendiendo a las circunstancias fácticas del caso un tribunal entienda que es “*patente*” que un incumplimiento esencial ocurrirá en el futuro, lo cual se puede deducir por aplicación analógica del artículo 72.3 al tratar su falta como una declaración de su falta de voluntad de cumplir sus obligaciones<sup>479</sup>. Ese juicio de valor debe hacerse situándose en el momento en que la parte cumplidora se encontraba al tomar la decisión razonable de resolver el contrato y con su conocimiento de la situación en ese preciso momento. En este sentido, es fundamental que se haya procedido la comunicación a la otra parte para darle la oportunidad de confirmar su cumplimiento.

En el caso de que no se presten las seguridades requeridas por considerarlas excesivas (por ejemplo, con relación al valor de la mercancía) pero se ofrezcan otras, parece que habrá que estar a las circunstancias del caso, pero el acreedor habría cumplido con su obligación de notificar.

De igual modo, nada se dice en el artículo sobre la posibilidad de que el acreedor suspenda su propia prestación durante el tiempo concedido al deudor para prestar las garantías suficientes, pero parece que tiene sentido que en la misma comunicación se ejercite el derecho a suspender sus obligaciones contractuales en base al 71.3 y, a la vez, se manifieste su intención de ejercitar su derecho a resolver el contrato en base al artículo 72.2.

---

<sup>478</sup> Cabe aquí hacer mención la gran discusión doctrinal que ha existido en el mundo de habla alemana sobre el concepto de “garantía” porque en la traducción alemana el término usado en el artículo 71 (“garantías”) es diferente al que se usa en el artículo 72 (“seguridades”), pero esta distinción sólo existe en la traducción no oficial al alemán de la Convención. En inglés (lengua en la que se mantuvieron las discusiones de redacción), francés y castellano (lenguas oficiales), no existe esa diferencia. Siempre se habla de “seguridades” y la historia legislativa de los artículos da la explicación de por qué se optó por ese determinado término que es el mismo usado en el U.C.C. y por las mismas razones.

<sup>479</sup> *Vide* en este sentido el Comentario de la Secretaría, *supra* nota 89, al artículo 63 (actual 72), párr. 2, donde se dice que el fallo en garantizar adecuadamente que cumplirá puede contribuir a “aclarar” que ocurrirá en caso de incumplimiento esencial.

Tampoco se establece cuánto tiempo el acreedor tiene que esperar a que se le aporten garantías suficientes, lo cual en función del tipo de contraprestación puede ocasionar importantes daños a reclamar y, a su vez, está relacionado con la obligación de la parte inocente de tomar todas las medidas razonables para mitigar daños<sup>480</sup>, un problema que típicamente surgirá cuando el tribunal que trate el asunto tenga que valorar los daños causados.

Un asunto relacionado es si se tiene que entender que las seguridades tienen que garantizar el cumplimiento para la fecha debida contractualmente o en una fecha cercana posterior pero que no sea tardía, sin caer en un incumplimiento esencial. En nuestra opinión, las seguridades se piden para cumplir el contrato en su fecha original. Si una vez otorgadas la fecha de cumplimiento finalmente no es la contractual, el tratamiento de la cuestión no debería de diferir respecto a la situación original.

### 3.3.6 El ejercicio del derecho de resolución ante un incumplimiento anticipado: causas subjetivas. Artículo 72.3

El párrafo 3 del artículo 72 refleja un supuesto de lo que en el U.C.C. se denomina como “*anticipatory repudiation*”<sup>481</sup>, consistente en que una parte puede válidamente resolver un contrato si la otra parte declara que no cumplirá con sus obligaciones contractuales antes de la fecha de su cumplimiento.

Este tipo de supuestos (que podríamos denominar como “*subjetivos*”) fueron realmente los que dieron lugar a que Rabel incluyese originalmente el incumplimiento anticipado en sus trabajos de unificación del derecho internacional pero que, posteriormente con LUCI, fue ampliado para incluir otras situaciones no necesariamente vinculadas con la parte bajo sospecha (que podríamos, por tanto, denominar como “*objetivas*”) y que también podrían dar lugar a un futuro incumplimiento esencial. Esta distinción se ha mantenido en la Convención que contiene las circunstancias objetivas en su artículo 72.1 y las subjetivas en el 72(3)

Consecuencia lógica de esta declaración voluntaria de incumplimiento es que ya no hace falta proceder a notificar la intención de resolver el contrato siempre que esa declaración se haya referido a obligaciones esenciales. Aunque se ha discutido doctrinalmente si el mero comportamiento de una parte puede

---

<sup>480</sup> Artículo 77 CISG.

<sup>481</sup> *Vide supra* nota 144.

equipararse a esa declaración<sup>482</sup>, lo cierto es que hoy en día la jurisprudencia ha aclarado que se entenderá también en este sentido cuando se pueda entender implícitamente<sup>483</sup>.

Así, se ha admitido que esa declaración implícita se puede dar en aquellas situaciones en que la parte incumplidora subordine o vincule su cumplimiento a contraprestaciones injustificadas, como mejoras o compensaciones posteriores a las que no se tiene derecho<sup>484</sup>. O si el vendedor informa al comprador de que no puede entregar a tiempo ni dar una fecha en la que la entrega sería posible<sup>485</sup>. También si el deudor alega que tiene derecho a anular o rescindir el contrato<sup>486</sup>,

---

<sup>482</sup> Herber/Czerwenka, *op. cit. supra* nota 266 en p. 323; Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 861, artículo 72, Rn. 27. En contra, Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 563 que considera que determinadas acciones pueden ser consideradas como equivalentes a la comunicación de su rechazo al contrato la venta a terceros de la mercancía destinada al comprador o de la planta industrial donde se acordó la producción. Esta visión de Honnold está en línea con lo dispuesto en el U.C.C. § 2-610(2) relativo a “anticipatory repudiation”: “*Repudiation includes language that a reasonable person would interpret to mean that the other party will not or cannot make a performance still due under the contract or voluntary affirmative conduct that would appear to a reasonable person to make a future performance by the other party impossible.*”

<sup>483</sup> Vide Comentarios de la Secretaria, *op. cit. supra* nota 92, p. 53, al artículo 72, párr. 2 donde ya se admitía esta posibilidad al decir que “*pueda resultar claro de palabras o actos de la parte que constituyen un repudio del contrato o de un hecho objetivo, tal como la destrucción por incendio de la fábrica del vendedor o la imposición de un embargo o de controles monetarios que hagan imposible el futuro incumplimiento*”. En este sentido, vide v. gr. China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 30 de enero de 1996, CISG-online 1120 (“*Compound fertilizer*”), donde el tribunal entendió que vendedor había expresado claramente en un fax su intención de no entregar la mercancía por lo que el comprador no necesita notificar la resolución al vendedor. Cfr. una posición muy estricta sobre este tema en *supra* nota 258, OLG Düsseldorf, “*Calzaturificio Piceno di Roberto Catinari & Uvaldo Raccosta v. Vivace Mode GmbH*” donde se mantuvo que una cooperación insuficiente sólo dará derecho a la otra parte a la resolución del contrato de conformidad con el artículo 72 si se puede “concluir positivamente” que el cumplimiento de las obligaciones restantes será denegado de forma grave y definitiva.

<sup>484</sup> U.S. District Court for the Northern District of Illinois, 7 de diciembre de 1999, CISG-online 439 (“*Magellan Int'l Corp v Salzgitter Handel GmbH*”); vide *supra* nota 446, OLG Düsseldorf, “*Italian shoes case XIII*”.

<sup>485</sup> China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 29 de marzo de 1996, CISG-online 2279 (“*Caffeine*”); Camera Arbitrale Milano (CAM), 22 de febrero de 2008, CISG-online 2580 (“*Machines case III*”)

<sup>486</sup> Oberlandesgericht Brandenburg, 5 de febrero de 2013, CISG-online 2400, (“*Beer case I*”) donde una parte declaró el contrato resuelto sin base, por lo que se consideró tal resolución como una prueba inequívoca de que no quería cumplir con sus obligaciones contractuales.

la negativa del comprador a pagar las entregas anteriores<sup>487</sup>, a abrir una carta de crédito<sup>488</sup>, o el cese arbitrario de las entregas por parte del vendedor<sup>489</sup>.

Adicionalmente, también se considera que hay una repudiación implícita en situaciones donde las circunstancias hacen ver que no podrá cumplir con sus obligaciones de cumplimiento como, p. ej., si es manifiesta la existencia o inamovilidad de un impedimento, (por ejemplo, situación de guerra, “corralito financiero”, la destrucción de una fábrica, la prohibición de exportación)<sup>490</sup>. En este caso, siempre quedará a criterio del tribunal ad hoc el decidir en base a las circunstancias del caso y declarar, en su caso, la no viabilidad de la resolución y declarar el incumplimiento contractual con indemnización de daños y perjuicios.

Estas situaciones no excluyen de otorgar un plazo para prestar garantías suficientes si hubiere tiempo para ello por muy concluyente que sea ese comportamiento o circunstancia. Solo la declaración del deudor dispensa inequívocamente de esa obligación de plazo adicional y otorga al acreedor la posibilidad de resolver de manera directa e inmediata. Y si hay duda sobre, si estamos o no ante una situación que pueda calificarse como implícita, deberemos de acudir como guía, por analogía, al criterio del artículo 72.1: “patente”.

Por último, siempre cabe que el deudor de la obligación modifique su voluntad declarada, pero en este caso y de manera lógica, el límite temporal para la validez de esta revocación vendrá dado por los pasos que haya podido dar el acreedor en la confianza de esa declaración previa. Lógicamente, si el acreedor ha sufrido daños tendrá derecho a reclamarlos, aunque el deudor termine finalmente cumpliendo su prestación originaria.

### 3.3.7 Efectos de la declaración de resolución

Una vez que se ha declarado resuelto el contrato, bien porque nos hallemos ante una situación donde o bien fuera patente que se va a incurrir en incumplimiento esencial o bien porque la parte bajo sospecha ha rehusado cumplir con sus

---

<sup>487</sup> *Vide supra* nota 446, OLG Düsseldorf, “*Italian shoes case XII*”.

<sup>488</sup> *Vide supra* nota 447, Supreme Court of Queensland, “*Downs Investments Pty. Ltd. v. Perwaja Steel SDN BHD*”.

<sup>489</sup> *Supra* nota 303, Handelskammer Zürich, “*Soinco SACI et al. v. NKAP*”, donde el vendedor, una vez adquirido por otra compañía, manifestó su voluntad de no proceder a realizar más entregas.

<sup>490</sup> Porque lo convertirían en una formalidad sin sentido, *vide v. gr.*, Herber/Czerwenka, *op. cit. supra* nota 266 en p.323.

deberes contractuales, la resolución produce diversos efectos. Por un lado, la parte inocente no tiene que esperar a que se cumpla el plazo fijado para el cumplimiento del contrato<sup>491</sup>; por otro lado, la parte inocente deja de estar obligado a cumplir su parte del contrato y recupera la capacidad de disposición (para, p. ej., colocar las mercancías con un tercero o destinar el dinero del precio a realizar una compra de sustitución). Esto será así de manera general, y, en aquellos casos donde ya haya desplegado efectos (por ejemplo, se haya producido un pago adelantado para la fabricación de un producto), las partes deberán seguir lo dispuesto en los artículos 81 *et seq.* relativos a los efectos de la resolución.

### 3.3.8 Carga de la prueba

No existe particularidad en este aspecto ya que se siguen los principios generales: el acreedor debe probar que se han dado los requisitos para ejercer su derecho a resolver (sea para probar que hay base suficiente para que un tercer observador objetivo prevea que vaya a ocurrir un incumplimiento esencial en base al párrafo 1, sea para probar que la declaración de la parte deudora constituía una declaración de no cumplimiento de sus obligaciones en base al párrafo 3), y el deudor que ha facilitado seguridades suficientes para cumplir con sus obligaciones<sup>492</sup>.

### 3.3.9 Daños. Mitigación de daños

De forma general, un incumplimiento (esencial o no) da lugar a los daños y perjuicios que sean consecuencia de este, y esto es lógicamente aplicable al tipo particular del incumplimiento anticipado<sup>493</sup>, siendo los daños evaluados en base a lo dispuesto en los artículos 74 *et seq.* En esa evaluación habrá que tener en

---

<sup>491</sup> En realidad, no tiene que esperar en absoluto, ya que, si llega el plazo de vencimiento acordado, dejará de estar bajo el amparo del artículo 72 y le serán de aplicación los artículos 49 y 64 con una regulación diferente del derecho de resolución. *Vide supra* nota 392, BGH, “*Key press II*”.

<sup>492</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, 22 de julio de 2004, CISG-online 916, (“*Italian shoes case XXV*”) donde, además, se admite que cabe una resolución implícita pero que no se dio en el caso *ad hoc*.

<sup>493</sup> *Vide supra* nota 183 Anuario V (1974), p. 44, párr. 135-137, donde se decidió eliminar el artículo 77 LUCI al considerarlo superfluo al haber sido ya establecido en otros artículos el derecho a daños y perjuicios en caso de resolución del contrato. La referencia es a los futuros artículos 45.1.b y 61.1.b en relación con el 74, sin olvidar que los artículos. 45.2y 61.2 permiten simultanear el ejercicio de esta acción con otros remedios de la Convención.

cuenta todos los factores que pueden haber afectado a la terminación como, por ejemplo, el haber avisado con un tiempo razonable de su intención de resolver.

Por su parte, el artículo 77 de la Convención requiere de la parte que invoque el incumplimiento del contrato el adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida resultante del incumplimiento como puede ser, por ejemplo, colocar las mercancías con un tercero o destinar el dinero del precio a realizar una compra de sustitución. Aunque el artículo 72 no hace referencia a esta obligación, el Comentario de la Secretaría al artículo 77 sí parece incluir dentro del mismo el supuesto de la resolución en caso de incumplimiento previsible<sup>494</sup>, incluso con anterioridad a la fecha de cumplimiento del contrato.

---

<sup>494</sup> *Vide* en ese sentido el Comentario de la Secretaría en *supra* nota 89, en relación con entonces artículo 63 (actual 72), párr. 4, y su relación con el entonces artículo 73 (actual 77)

### 3.4 Artículo 73 de la Convención. El supuesto de entregas sucesivas

El artículo 73 de la Convención regula lo siguiente (énfasis propio añadido):

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*.
3. El *comprador* que declare *resuelto el contrato respecto de cualquier entrega* podrá, al mismo tiempo, declararlo *resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas* si, por razón de su *interdependencia*, tales entregas *no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato*.

#### 3.4.1 Visión general

El artículo 73 supone un caso particular del contenido del artículo 72, ya que si este último se refiere a supuestos con entrega única el primero se refiere a supuestos con entregas sucesivas.

El primer párrafo del artículo 73 reconoce el derecho a resolver a cualquiera de las partes respecto a una concreta entrega por lo que no recoge un incumplimiento anticipado sino actual, y al que le son aplicables las reglas generales de la Convención en materia de resolución (artículos 25, 49 y 64). Se trata, por tanto, de una manifestación del principio de mantenimiento del contrato que se encuentra en la Convención.

El segundo párrafo permite resolver respecto a futuras entregas cuando, como consecuencia de un incumplimiento, hay fundados motivos para inferir que tendrá lugar un incumplimiento esencial en relación con ellas. Se trata de un supuesto particular y menos exigente para su ejercicio que el artículo 72 porque el incumplimiento (que no necesita ser esencial) ya ha tenido lugar.

El tercer párrafo va más allá y es un complemento del párrafo primero al permitir resolver entregas pasadas y futuras entregas si, al resolver una concreta entrega, su interdependencia haga que no puedan usarse para el fin previsto al celebrarse el contrato. Esta posibilidad de resolución le es permitida sólo al comprador, mientras que las de los dos primeros párrafos lo son para ambas partes.

### 3.4.2 Historia legislativa

El antecedente remoto de este artículo está en el artículo 75 de la LUCI y fue, de los tres comprendidos en esta Sección, el que menos variaciones sufrió entre el texto del artículo 64 del Borrador de 1978 y el texto finalmente aprobado en la Conferencia, ya que sólo sufrió modificaciones menores de estilo.

El artículo 75 de la LUCI decía

*"1. Cuando en los contratos que establecen entregas sucesivas, el incumplimiento por una de las partes de una obligación relativa a cualquiera de las entregas conceda a la otra parte justos motivos de temer la inejecución de obligaciones futuras, ésta puede declarar la resolución del contrato para el futuro, con tal que lo haga dentro de un plazo breve.*

*2. El comprador también puede declarar la resolución del contrato, siempre que lo haga dentro de un plazo breve, tanto en cuanto a las partidas futuras, como respecto a las ya recibidas, o bien, en cuanto a unas y otras, si prueba que por razón de su conexión dichas partidas carecen de interés para él."*

#### 3.4.2.1 El Grupo de Trabajo (1970-1977)

Desde el inicio de las sesiones del Grupo de Trabajo en 1974<sup>495</sup>, se planteó la necesidad de coordinar este artículo con otras disposiciones del Convenio con las que guarda estrecha relación, como aquellas que regulan el incumplimiento esencial o la resolución del contrato. De igual modo, se puso en evidencia la discrepancia entre los textos oficiales en inglés y francés, un problema que se reproduciría en el futuro, siendo este problema de la correcta correlación del significado entre los idiomas oficiales de gran importancia para una aplicación uniforme de la Convención.

---

<sup>495</sup> Vide supra nota 183 Anuario V (1974), pp. 43-44, párr. 117-127.

El párrafo segundo fue en especial, dada su relación con el artículo 72, objeto desde un primer momento de críticas<sup>496</sup> de los países en vías de desarrollo que buscaban un texto más objetivo para determinar la situación en que podía declararse resuelto el contrato con respecto a entregas futuras, ya que el requisito de dejar en manos del comprador la resolución del contrato en función de que las partidas en cuestión resulten o no de interés para él parecía demasiado subjetivo.

Ante las importantes discrepancias existentes en el Grupo de Trabajo se decidió constituir un grupo de redacción (Grupo de Redacción IV) que sugirió un nuevo texto que fue aprobado por el Grupo de Trabajo solo con la modificación de la expresión "*dentro de un plazo breve*" por la más objetiva de "*dentro de un plazo razonable*".

Al finalizar las deliberaciones del primer Grupo de Trabajo sobre este artículo se decidió<sup>497</sup> agrupar la regulación de los artículos 73, 75 y 76 de forma que pasasen a constituir conjuntamente una nueva sección I dentro del capítulo III de la Ley, titulado "Incumplimiento previsible".

Este texto, que finalmente se incorporó con leves variaciones<sup>498</sup> en el Borrador de 1976 como artículo 48<sup>499</sup>, dejaba claro que era posible resolver el contrato de cara al futuro sin necesidad de tener que esperar seguridades suficientes de la parte no cumplidora, a diferencia de lo estipulado en el párrafo primero del entonces artículo 47 (artículo 72), aunque siempre teniendo en cuenta que el incumplimiento respecto a una entrega ha de hacer temer una transgresión esencial de entregas futuras.

---

<sup>496</sup> *Ibid.*, párr. 118.

<sup>497</sup> *Ibid.*, párr. 127

<sup>498</sup> 1) Si en los contratos que establecen entregas sucesivas el incumplimiento por una de las partes de una obligación relativa a cualquiera de las entregas da a la otra parte motivos justos para temer una transgresión esencial de obligaciones futuras, ésta puede declarar resuelto el contrato para el futuro, si lo hace dentro de un plazo razonable. 2) El comprador que declara resuelto el contrato respecto de futuras entregas puede también, si lo hace al mismo tiempo, declarar resuelto el contrato respecto de las entregas ya efectuadas si, por razón de su interdependencia, no se pueden utilizar las entregas ya efectuadas para el fin previsto por las partes al celebrar el contrato.

<sup>499</sup> *Vide supra* nota 87, Anuario VII (1976) p. 144

### 3.4.2.2 Pleno de la Comisión – Comité Plenario I (1977)

En el estudio por el Comité Plenario I de este artículo 48 se examinó una propuesta<sup>500</sup> para que se agregase un párrafo como nuevo primer párrafo en base a que no existía ninguna disposición que permitiese al vendedor resolver parcialmente el contrato en tanto que sí existía una disposición análoga a favor del comprador en el entonces artículo 32<sup>501</sup>.

Después de ciertas discusiones, la propuesta fue aprobada con algunas modificaciones leves en su texto<sup>502</sup> y, consecuencia de ello, el Comité decidió también introducir una modificación en el título de la sección que reflejase este cambio. Del mismo modo, el Comité recomendó a la Comisión invertir el orden de los artículos 48 y 49 y aprobar el texto siguiente, reenumerado ahora como artículo 50<sup>503</sup> que se convirtió en el en el artículo 64 del Proyecto de Borrador de 1978 que decía

*"1. En los contratos que establezcan 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 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 buenos motivos para concluir que va a producirse un incumplimiento esencial en relación con futuras entregas, esta última parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable."*

De igual modo, se decidió aprobar una propuesta<sup>504</sup> a favor de que el comprador que declarase resuelto un contrato por un incumplimiento presente lo pudiese hacer también respecto de entregas futuras o pasadas si existía

---

<sup>500</sup> *Vide supra* nota 88, Anuario VIII (1977), p. 62, párr. 422 a 425.

<sup>501</sup> En general se consideró que esa disposición era conveniente ya que, si el comportamiento del comprador era gravemente deficiente en relación con una entrega, el vendedor debía estar facultado para no efectuar su contraprestación en relación con esa entrega, aun cuando el incumplimiento respecto de ésta no le diera razones para temer un incumplimiento esencial de futuras entregas.

<sup>502</sup> En busca de una mayor objetividad en congruencia con lo ocurrido en los artículos 71 y 72, el "justos motivos de temer" del artículo 75 LUCI se convirtió en *buenos motivos para concluir* y el "carecen de interés para él" se convirtió en "no pueden utilizarse".

<sup>503</sup> *Vide supra* nota 88, Anuario VIII (1977), p. 62, párr. 427.

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 62, párr. 426.

interdependencia entre las entregas o resultaba que la mercancía ya no era válida para el propósito previsto por las partes al contratar.

Consecuencia de lo anterior, el párrafo tercero (antiguo párrafo 2) quedó como sigue:

*"3. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá al mismo tiempo, declarar resuelto el contrato respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pueden utilizarse para el fin previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato."*

#### 3.4.2.3 Conferencia Diplomática

Durante la Conferencia de Viena no se presentaron enmiendas al artículo 64 y fue aprobado por el Pleno de la Conferencia en su 10ª sesión por 47 votos a favor y ninguno en contrato sin modificaciones después de ser examinado sin comentarios en la 27ª sesión de la Primera Comisión<sup>505</sup>.

#### 3.4.3 Finalidad y alcance del artículo 73

Los contratos con entregas sucesivas en el tiempo son contratos complejos, con obligaciones a medio y largo plazo y, por lo tanto, dados a que acontezcan situaciones inesperadas en su desarrollo. Típicamente estamos hablando de contratos que implican una estrecha colaboración entre las partes a lo largo de su vida y donde problemas que puedan surgir en un determinado momento con alguna entrega puedan tener consecuencias diferentes en función de la concreta situación que se trate. Así, puede haber situaciones donde un problema en la primera entrega haga necesario replantearse todo el contrato, situaciones donde un problema en una entrega haga necesario replantearse sólo las entregas futuras, pero no las pasadas, o situaciones donde ese problema haga replantearse tanto las entregas pasadas y futuras. Todas estas situaciones son habituales en el mundo del comercio internacional y, por eso, las diferentes legislaciones nacionales, de una u otra forma, históricamente las han recogido, de ahí que en este caso la discusión y tramitación de estos artículos fue mucho más sencilla que las de los otros artículos de esta sección.

---

<sup>505</sup> *Vide supra* nota 214, p. 241 (aprobación del Comité Plenario) y pp. 141 y 405 (aprobación de la Primera Comisión), respectivamente párr. 4.

De este modo, el artículo 73 establece normas especiales para la resolución de los contratos con entregas sucesivas<sup>506</sup>, reconociendo en su primer apartado el derecho a resolver limitado respecto a una concreta entrega (siguiendo la idea general de la Convención de intentar mantener vivo el contrato de manera que la resolución se restrinja al objeto del incumplimiento), en su segundo apartado extiende este derecho bajo ciertas circunstancias a las entregas futuras (lo que lo une al artículo 72 al ser un remedio de incumplimiento anticipado), y en su tercer apartado extiende este derecho bajo ciertas circunstancias a las entregas pasadas, presentes y futuras<sup>507</sup>. Los remedios de los apartados 1 y 2 son aplicables tanto al comprador como al vendedor<sup>508</sup>, mientras que el del apartado 3 lo es solo al comprador.

Adicionalmente y más allá que de manera general se puedan reclamar daños, otra particularidad de este artículo 73 es que no impide la aplicación de otros artículos de la Convención si se reúnen los requisitos generales de aplicación de ambas estipulaciones. En particular, es habitual ver su aplicación junto a los otros artículos de su sección, pudiendo la parte acreedora elegir qué remedio activar, bien el remedio de la suspensión de sus propias obligaciones conforme al artículo 71.1<sup>509</sup>, o bien, dependiendo de las circunstancias del caso ad hoc y pasado un plazo razonable, proceder a resolver el contrato que puede ser respecto de esa concreta entrega conforme al artículo 73.1, respecto de las entregas futuras conforme al artículo 73.2 o respecto de todo el contrato conforme al artículo 73.3<sup>510</sup>. De igual modo y en relación con el artículo 72, la parte acreedora también puede optar por declarar resueltas sus obligaciones

---

<sup>506</sup> Se trata de entregas parciales, pero en un sentido completamente diferente a lo establecido en el artículo 51 que también habla de entregas parciales, pero lo hace en el sentido de incompletas, bien sea por cantidad o por calidad. En un caso estaríamos hablando de entregas en momentos distintos (artículo 71) y en el otro de una sola entrega, aunque se haya de forma parcial (p.ej., entregar 500 kilogramos de harina cuando había que entregar 1.000 kilogramos)

<sup>507</sup> *Vide op. cit. supra* nota 89, Comentarios de la Secretaría, al artículo 64, párr. 2.

<sup>508</sup> *Vide supra* nota 88, Anuario VIII (1977), p. 62, párr. 421-427.

<sup>509</sup> *Vide v. gr., supra* nota 293, Netherlands Arbitrage Instituut Rotterdam, “*Rijn Blend Oil*”; Camera Arbitrale Milano (CAM), Italia, 28 de septiembre de 2001, CISG-online 1582, (“*Steel wire case*”) donde, aunque no se hacía referencia al artículo 71 sino a la *exceptio non adimpleti contractus*, se sostenía que las obligaciones suspendidas debían estar relacionados exclusivamente con la entrega en cuestión y que no puede ser ejercida cuando sólo una pequeña parte de las obligaciones se espera que se incumplan (de manera similar al “una parte sustancial de sus obligaciones” del artículo 71.1; Oberlandesgericht Rostock, 30 de agosto de 2000, CSIG-online 500 (“*Czech apple juice concentrate case*”); *supra* nota 303, Handelskammer Zürich, “*Soinco SACI et al. v. NKAP*”.

<sup>510</sup> *Vide v. gr., supra* nota 251, ICC, “*Roller bearings*”; *supra* nota 273, OGH, “*Umbrellas*”; U.S. District Court for the Western District of Michigan, U.S.A., 17 de diciembre de 2001, CISG-online 773, (“*Shuttle Packaging Systems, L.L.C. v. Jacob Tsonakis, INA S.A. et al.*”)

contractuales de proceder a nuevas entregas al amparo del artículo 72 o del artículo 73.2<sup>511</sup>.

Adicionalmente, las reglas y efectos de la Convención sobre la resolución<sup>512</sup> le serán de aplicación a esa entrega, con lo que el vendedor podrá negarse a entregar la mercancía y el comprador a pagarla<sup>513</sup>, permaneciendo el resto del contrato inalterado a no ser que se le aplique los apartados 2 y 3.

#### 3.4.4 Concepto de “entregas sucesivas de mercaderías”<sup>514</sup>

La Convención, como es habitual en ella por su estilo de reacción, no ofrece una definición de qué se entiende por contratos que estipulen “*entregas sucesivas de mercaderías*”. Lo más aproximado (y que ha sido aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia) es la definición dada por la Secretaria en los Comentarios al Borrador de 1978, donde se dice que se entiende que un contrato es por “*entregas sucesivas*” si el mismo requiere o autoriza a realizar entregas

---

<sup>511</sup> *Vide v. gr., supra* nota 444, “*EP S.A. v. FP Oy*”, donde dos pedidos separados de una crema para la piel iban a ser atendidos con productos del mismo lote pero se había producido un incumplimiento esencial de los requisitos de calidad de las mercaderías en la primera entrega, de modo que el comprador agraviado podía declarar la resolución respecto de la segunda entrega al amparo del artículo 72 o, si se consideraba que los dos pedidos representaban dos entregas de un contrato de compraventa con entregas sucesivas, al amparo del artículo 73, párr. 2); *supra* nota 303, Handelskammer Zürich, “*Soinco SACI et al. v. NKAP*”, donde se determinó que el incumplimiento esencial de las futuras entregas está previsto en los artículos 72 y 73. Aunque existe doctrina que entiende que el artículo 72 debería tener preferencia sobre el artículo 73.2 (see Fountoulakis en Schlechtriem/Schwenzer, *op. cit. supra* nota 178, artículo 73, Rn. 32, la misma lógica seguida en “*EP S.A. v. FP Oy*” puede ser aplicada aquí, ya que puede haber casos como los mencionados donde nos encontremos en supuestos que hagan que se pueda elegir por parte de la parte acreedora.

<sup>512</sup> En particular, los artículos 25, 26, 49 y 64, así como 81 *et seq.*

<sup>513</sup> *Vide v. gr., Cour de Cassation* (French Supreme Court), Francia, 12 de enero de 2016, CISG-online 2698 (“*Kaska GmbH v. Europe Fers et Métaux*”) donde los cable tendían defectos de calidad y el vendedor francés rechazó su reparación o sustitución; Intermediate People’s Court Shanghai No. 1, 25 de diciembre de 2008, CISG-online 2059 (“*Shanghai Anlili International Trading Co. Ltd. v. J & P Golden Wings Corp.*”), donde existían defectos de calidad en el etiquetado de unas botellas de champaña; Oberlandesgericht Innsbruck, 1 de febrero de 2005, CISG-online 1130 (“*Tantalum powder case I*”), donde existían defectos de calidad; ICC International Court of Arbitration, Paris, Francia, 20 de diciembre de 1999, CISG-online 1646, (“*Copper cables case*”), donde se practicó un descuento unilateral; Tribunale di Padova, 11 de enero de 2005, CISG-online 967, (“*Ostroznik Savo et al. v. La Faraona soc. coop. a.r.l. et al.*”) donde hubo una falta de entrega de unos conejos resultado de su falta de obtención del certificado sanitario de limpieza de la granja; Landgericht Saarbrücken, 23 de marzo de 1992, CISG-online 60 (“*Doors*”), donde hubo una falta de pago.

<sup>514</sup> El título dado al artículo 64 de los Comentarios de la Secretaría es muy clarificador en este sentido: “*Resolución del contrato de ejecución sucesiva*”, *vide op. cit. supra* nota 89.

de mercancías en “*lotes separados*”<sup>515</sup> que, a su vez, deben de estar separados del resto del contrato (de lo contrario, no estaríamos ante un caso del artículo 73, sino del artículo 72 al considerarse un solo contrato a resolver). La Convención no define lo que ha de entenderse por lote, por lo que queda a la interpretación de las partes contractuales, a lo que se pueda deducir por la naturaleza del acuerdo, al deber de pagar una parte del precio en función de cada entrega, o a las circunstancias de cada caso<sup>516</sup>. De este modo, un comprador no estará obligado a aceptar entregas sucesivas si no ha sido acordado expresamente.

Los contratos con entregas sucesivas son habituales en el comercio internacional, es decir, ventas en las que hay sucesivas entregas parciales de mercancías espaciadas en el tiempo, siendo el contrato de suministro el prototipo de contrato que entra en esta tipología<sup>517</sup>.

En este tipo de contratos a veces puede ser complicado determinar si se trata de contratos con entregas sucesivas o estamos ante contratos independientes. La jurisprudencia ha seguido el criterio de que pueda determinarse que el contrato se pueda considerar como una sola unidad, es decir, que tengan una relación económica y/o lógica que haga que se puedan considerar unidos. Así, por

---

<sup>515</sup> Vide Comentarios de la Secretaría al Proyecto, *op. cit. supra* nota 89, en artículo 64, párrafo 1. Sobre el concepto de contrato con entregas sucesivas, *vide*, en especial, Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 864, artículo 73, Rn. 2; y Trevor Bennett en “Avoidance of instalment contracts” en Bianca & Bonell, *op. cit. supra* nota 120, en p. 533.

<sup>516</sup> Vide *v. gr.*, *supra* nota 468, Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, “Czech cheese”, donde a pesar de que solo había habido un incumplimiento esencial respecto a una entrega que daba derecho a resolver sólo esa entrega (artículo 73.1), el tribunal consideró que podía resolverse todo el contrato porque el vendedor había manifestado su negativa a realizar más entregas (artículo 73.2); Handelsgericht des Kantons Zürich (Commercial Court Canton Zurich), 30 de noviembre de 1998, CISG-online 415, (“Macedonian lambskin coats”) donde el tribunal sostuvo que se trataba de un contrato con entregas sucesivas a pesar de que las mercancías en las diferentes entregas no eran del mismo tipo (abrigos de piel de cordero de hombre y de mujer); *supra* nota 303, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, “Austrian summer malting barley”, donde se consideró que dos entregas de cebada constituyen una unidad contractual en el sentido del artículo 73 al haber sido los contratos celebrados en la misma fecha, en relación con el mismo producto y con las mismas condiciones salvo por las fechas de entrega.

<sup>517</sup> Vide *v. gr.*, *supra* nota 513, Cour de Cassation, “Kaska GmbH v. Europe Fers et Métaux”, con suministro de cables de cobre; *supra* nota 508, Højesteret “Zweirad Technik Dieter Könemann v. C. Reinhardt A/S”, donde se rectifica al tribunal de apelaciones que lo había considerado un caso del artículo 72 pero mantiene en derecho a resolver la totalidad del contrato relativo a suministro de motocicletas; Oberlandesgericht Jena, 8 de diciembre de 2015, CISG-online 2664, (“MITEC Automotive AG v. Ford Motor Company”) con suministro de piezas de automoción; Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 5 de febrero de 1997, CISG-online 327, (“Italian sunflower oil case”) con suministro de aceite de girasol; *supra* nota 513, ICC, “Copper cables”, con suministro de diferentes tipos de cable.

ejemplo, cuando hay entregas de mercancías continuas del mismo tipo<sup>518</sup>, cuando el pago es de una sola vez por la totalidad de las entregas<sup>519</sup>, o cuando las condiciones de las entregas son todas uniformes<sup>520</sup>.

Ahora bien, puede ocurrir que haya contratos donde las entregas sean parciales, pero no por ello se considere un contrato con entregas sucesivas. El ejemplo típico es la venta de una máquina compleja (*ad.ex.*, un horno siderúrgico, un tren de laminación) o una instalación industrial (*ad.ex.*, una central eléctrica) donde la entrega sea realizada por partes pero que tienen que integrarse para formar un todo harmónico. El pago puede incluso ser realizado en diferentes tramos (por ejemplo, 10% como anticipo, 25% a la ingeniería, 30% a la entrega de la cuba, 10% a la entrega del etalaje, 10% a la entrega del crisol, 10% al montaje y 5% a las pruebas) pero en este ejemplo las entregas típicamente estarían divididas en diferentes sub-entregas dado el tamaño de los equipos en cuestión, y la suma de los diferentes equipos individuales equivaldría al equipo vendido. El hecho de que las obligaciones de entrega estén distribuidas entre diferentes lotes no significa que estemos ante un contrato con entregas sucesivas ya que realmente ninguna entrega se correspondería con una parte del precio. Sin embargo, si el fallo de una entrega no puede subsanarse mediante reparación o sustitución y afecta al conjunto, se considerará que hay entregas sucesivas y como un incumplimiento esencial si debido a la interdependencia entre las entregas ya hechas o las futuras se considera que no pueden usarse para las finalidades del

---

<sup>518</sup> *Vide v. gr., supra* nota 303, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, “*Austrian summer malting barley*”, donde se consideró que dos entregas de cebada constituyen una unidad contractual en el sentido del artículo 73 al haber sido los contratos celebrados en la misma fecha, en relación con el mismo producto y con las mismas condiciones salvo por las fechas de entrega; *supra* nota 303, Handelskammer Zürich, “*Soinco SACI et al. v. NKAP*”, caso en relación con suministro de aluminio aunque fuesen contratos anuales separados; Landgericht Dresden, Alemania, 29 de mayo de 2009, CISG-online 2174, (“*Renault cars case*”) donde era el mismo modelo de coche; Juzgado de Primera Instancia Núm. 3 de Badalona, España, 22 de mayo de 2006, CISG-online 1391, (“*Wolfram R. Seidel GmbH v. Crotton, S.A.*”), caso relativo a la venta de pantalones tipo bermudas que debían de estar destinadas Oriente Medio pero que acabaron en Japón por lo que el vendedor procedió a resolver el contrato y no servir más pedidos, pero el Tribunal consideró que no tenía derecho a ello al no imponer el contrato obligación alguna al comprador de asegurarse de que sus ventas no terminaban revendidas a terceros países y, además, consideró que no se estaba ante un supuesto del artículo 73 al tratarse de un único contrato, aunque con entregas individuales, por lo que no podía ampararse en el artículo 73.2 para resolver en base a un incumplimiento relativo a ventas futuras.

<sup>519</sup> *Vide supra* nota 303, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, “*Austrian summer malting barley*”.

<sup>520</sup> *Vide v. gr., supra* nota 303, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, “*Austrian summer malting barley*”, y “*supra* nota 303, Handelskammer Zürich, “*Soinco SACI et al. v. NKAP*”.

contrato, por lo que se podrá declarar resuelto el contrato<sup>521</sup>. Situación diferente y que sí se consideraría incluida dentro del concepto de entregas sucesivas es aquella donde las mercancías no son necesariamente del mismo tipo, pero tienen una clara interdependencia entre ellas, como puede ser el caso de la instalación de un centro de datos donde se combina la instalación del hardware y el software.

Tampoco entraría en este artículo los contratos donde, contrariamente al ejemplo anterior, exista una única entrega de mercancía y el pago es a plazos<sup>522</sup>.

Más dudas se han generado en el caso de los contratos de distribución y los “marco” por ejemplo, de venta de un número de equipos a lo largo de un periodo fijo de tiempo en función de las necesidades del comprador como puede ser el caso de un contrato de suministro de chatarra para una siderúrgica, de gas para una central de ciclo combinado o de, forma más sencilla, de alimentos o bebidas para una cadena de supermercados. Frases del tipo de “*cada entrega será tratada como un solo contrato*”<sup>523</sup> son estándar y en tales casos, la obligación de una parte de cumplir con una entrega no depende del cumplimiento de las obligaciones de la contraparte respecto a otra entrega. Hoy la jurisprudencia ha confirmado su aplicación siempre que las obligaciones del comprador y el vendedor sean suficientemente claras conteniendo los elementos mínimos de un contrato de compraventa<sup>524</sup>. Así, por ejemplo, se ha admitido cuando se han especificado un número mínimo de unidades al año en un determinado momento y con un precio fijado<sup>525</sup>. Sin embargo, un acuerdo marco de suministro donde se regula importantes elementos de las futuras compras (cláusulas sobre precio, entrega, calidad, garantías, facturación, etc.) pero no se especifica claramente la obligación de vender un tipo determinado de bienes en una determinada cantidad ni la obligación de comprarlos por la contraparte, no se ha considerado como un acuerdo de compraventa gobernado por el artículo 1 de la Convención, pero sí

---

<sup>521</sup> Vide Comentarios de la Secretaría, artículo 64, párr. 4.

<sup>522</sup> Vide supra nota 282, GL, “*Auto-Moto Styl S.r.o. vs. Pedro Boat B.V.*”. En contra y a favor de una aplicación analógica, Knapp en “*Seller’s remedies in general*” en Bianca & Bonell, op. cit. supra nota 120, en p. 447.

<sup>523</sup> En la jerga del sector “*each delivery is to be treated as a separate contract*” o “*each shipment is deemed to be a separate contract*”.

<sup>524</sup> Magnus en Staudinger, op. cit. supra nota 179 en pp. 865-866, artículo 73, Rn. 6 y 7. Vide v. gr., Oberster Gerichtshof, OGH, Austria, 26 de noviembre de 2018, CISG-online 3912, (“*Exclusive distribution contract*”); Oberlandesgericht München, Alemania, 18 de junio de 2018, CISG-online 3080, (“*Particle board*”); Rb Midden-Nederland Países Bajos, 11 de julio de 2018, CISG-online 3388 (“*Xanthan gum*”); Cour de Justice Genève, Suiza, 20 de mayo de 2011, CISG-online 2429 (“*Multifunctional fax machine*”)

<sup>525</sup> Vide supra nota 524, Cour de Justice de Genève, “*Multifunctional fax machine*”.

lo serán los efectivos contratos individuales de compraventa que se considerarán como tal, y que estarán complementados por las reglas del acuerdo marco<sup>526</sup>.

### 3.4.5 Derecho a resolver el contrato. Aplicación del artículo 73 de la Convención

El derecho a resolver existe sólo y exclusivamente (i) cuando el incumplimiento del vendedor supone un incumplimiento esencial respecto a una única entrega y/o (ii) cuando un incumplimiento, considerado juntamente con la actitud del vendedor, lleva a pensar que ocurrirá un incumplimiento esencial en las futuras entregas sucesivas. Al igual que ocurría con el artículo 72, se le aplican las reglas generales de los artículos 25 y 26 y su jurisprudencia con respecto a los criterios para que tenga lugar la resolución y su comunicación<sup>527</sup>.

#### 3.4.5.1 El derecho a resolver respecto a una entrega, artículo 73.1

La característica más particular de este artículo de la Convención es que su primer apartado realmente no regula un incumplimiento anticipado, sino que trata de un incumplimiento actual (no anticipado) con el objeto de conceder al vendedor<sup>528</sup> un derecho de resolución como el concedido al comprador en el artículo 51 en caso de incumplimiento de solo una parte del contrato<sup>529</sup>. La diferencia es que el artículo 51 opera sólo en favor del comprador mientras que el 73.1 lo hace en favor de comprador y vendedor<sup>530</sup>. Si se da un incumplimiento

---

<sup>526</sup> Högsta domstolen (Tribunal Supremo), Suecia, 29 de mayo de 2020, CISG-online 5500, (“*CeDe Group AB v. KAN Sp. z o.o.*”). En este caso también se admitió el derecho a compensar siguiendo la doctrina marcada por el Tribunal Supremo alemán en *supra* nota 434, ICC, “*Hungarian injection moulding tools case*”; de forma similar, Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, Alemania, 21 de marzo de 1996, CISG-online 187, (“*Chinese goods*”) pero donde no se decidió finalmente si el caso en cuestión era un contrato con entregas sucesivas.

<sup>527</sup> *V. gr.*, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1995, CISG-online 916, (“*Ukrainian chemical fertilizer*”)

<sup>528</sup> *Vide* Comentarios de la Secretaria, *op. cit. supra* nota 92, p. 59 en Nota 1 al párrafo. 3 del artículo 64 en el que se recuerda que “*Mediante el artículo 47 (actual 51) se consigue un resultado similar, pero sólo para los casos de incumplimiento del vendedor. Sin embargo, el párrafo 1) del artículo 64 puede ser utilizado por el comprador y el vendedor.*”

<sup>529</sup> A iniciativa de Estados Unidos, *vide supra* nota 88, Anuario VIII (1977), p. 62, párr. 421-427.

<sup>530</sup> El artículo 73.1 es consecuencia de una propuesta surgida en el seno de la discusión del artículo 31 (ahora 51) por el que se trataba de paliar el hecho de que no hubiese ningún artículo que otorgase al vendedor el mismo derecho que el artículo 51 da al comprador. *Vide supra* nota 89, p. 62, párr. 421 *et seq.*

esencial, la parte inocente (sea vendedor o comprador<sup>531</sup>) puede elegir resolver el contrato respecto a esa concreta entrega<sup>532</sup> (no respecto al conjunto del contrato) o puede optar por requerir una nueva entrega conforme al contrato.

Este artículo tiene un sentido muy práctico ya que desde el punto de vista de una relación contractual continuada en el tiempo no tiene sentido económico dar por terminado todo un contrato por un problema con una sola entrega. Imaginemos, por ejemplo, que, en un contrato de suministro de cualquier producto perecedero o materia prima en 20 entregas, la número 16 da problemas. El tener que restituirse entre las partes los productos entregados y el dinero será la mayoría de las veces impracticable, siendo más lógico que las partes ajusten el precio y las cantidades correspondientes en función de la entrega problemática respecto al total del contrato.

Para valorar ese derecho a resolver hay que considerar esa entrega como si fuese un contrato autónomo, o, en palabras de Audit, “*como un contrato en el interior del contrato*”<sup>533</sup>. Para ello se requiere que se hayan cumplido los requisitos generales para la resolución, por ejemplo, que se haya examinado a tiempo la mercancía<sup>534</sup>.

Para ambas partes la resolución puede ser declarada respecto a toda prestación u obligación parcial que constituya un incumplimiento esencial y, para apreciar si ha sido esencial, habrá que estar también al contexto del contrato íntegro<sup>535</sup>, no al de esa concreta entrega<sup>536</sup>. Como también ha señalado la doctrina<sup>537</sup>, hay

---

<sup>531</sup> En el caso del vendedor, con base en el artículo 64.1.a y, para el caso del comprador, en el artículo 49.1.a CISG, aunque también parece lógico que pueda darse si existe un incumplimiento combinado con la expiración del plazo suplementario dado en función de los artículos 49.1.b y 64.1.b). Pero estos artículos, a diferencia del 73.1, no necesitan de un incumplimiento esencial para resolver el contrato.

<sup>532</sup> Artículo 51.2.

<sup>533</sup> Audit, *op. cit. supra* nota 125, en pp. 159-160.

<sup>534</sup> En conformidad con lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 43.

<sup>535</sup> Comentarios de la Secretaría *vide supra* nota 92, p. 59, al artículo 64, párr. 4, en el que comenta el supuesto de entregas que formen parte de un conjunto *integrado*. En este caso, el fallo en una entrega hay que valorarlo con relación al conjunto de los posibles perjuicios causados en el conjunto del contrato, incluyendo la posibilidad de que el fallo pueda ser objeto de reparación o sustitución.

<sup>536</sup> A pesar de la poco afortunada redacción del artículo 71.3: “*un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega*”.

<sup>537</sup> Audit, *op. cit. supra* nota 125, en p. 160. Ha existido una cierta polémica doctrinal (*vide* Saidov en Kröll/Mistelis/Perales, *op. cit. supra* nota 273, en artículo 73, Rn. 13-14; Fountoulakis en Schlechtriem/Schwenzer, *op. cit. supra* nota 178, artículo 73, Rn. 44-45) con respecto a la relación entre el artículo 73.1 y el artículo 51 porque este último permite la resolución si el vendedor sólo ha entregado una parte o sólo una parte es conforme a contrato y se trata de un incumplimiento esencial. Aunque evidentemente se trata de situaciones diferentes (una

dos razones para entenderlo así. En primer lugar, es conforme a la interpretación del artículo 51.1 de la Convención, que es su equivalente en el supuesto de entrega incompleta del vendedor. Y, en segundo lugar, el artículo 73.3 regula el incumplimiento del vendedor de todo el contrato si realmente se demuestra que hay interdependencia de las entregas (por ejemplo, en las entregas relativas a la construcción de una máquina compleja)

De este modo, se ha considerado que había derecho a resolver el contrato respecto de una entrega en los siguientes supuestos: falta de conformidad<sup>538</sup> o entrega incompleta<sup>539</sup>, no entregar las mercaderías comprometidas en la primera entrega a pesar de haber recibido ya el pago<sup>540</sup>, supeditar una determinada entrega al cumplimiento de nuevas exigencias<sup>541</sup>, o no emitir una carta de crédito respecto de una entrega determinada<sup>542</sup>.

Por el contrario, no se ha considerado que se tiene derecho a resolver respecto a una entrega determinada cuando el comprador haya diferido el pago del precio de una entrega<sup>543</sup>, cuando el comprador haya cumplido plenamente sus obligaciones antes de la terminación<sup>544</sup>, o cuando los errores de la entrega y de la emisión de facturas no se consideraron un incumplimiento esencial<sup>545</sup>.

#### 3.4.5.2 El derecho a resolver respecto a entregas futuras. Artículo 73.2

Si en el artículo 73.1 es necesario que el incumplimiento respecto de cualquiera de las entregas sea *esencial* para poder resolver el contrato, aquí es suficiente

---

entrega frente a entregas sucesivas, ejercicio exclusivo del comprador frente a ejercicio de ambas partes) puede ser posible que se apliquen juntamente con funciones distintas en casos donde, p.ej., en una entrega concreta haya habido un incumplimiento parcial pero esa entrega forme parte de un contrato con entregas sucesivas.

<sup>538</sup> Landgericht Ellwangen, Alemania, 21 de agosto de 1995, CISG-online 279, ("*Paprika powder case I*"); China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), República Popular China, 5 de abril de 1999, CISG-online 1253 ("*Air conditioner equipment*")

<sup>539</sup> ICC International Court of Arbitration, octubre 1996, CISG-online 1294 ("*Russian coal case I*")

<sup>540</sup> *Vide supra* nota 517, Handelsgericht des Kantons Zürich, "*Italian sunflower oil*".

<sup>541</sup> *Vide supra* nota 468, Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, "*Czech cheese*".

<sup>542</sup> *Vide* China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), República Popular China, 18 de septiembre de 1996, CISG-online 4766, ("*Agricultural products*")

<sup>543</sup> *Vide supra* nota 303, Handelskammer Zürich, "*Soinco SACI et al. v. NKAP*".

<sup>544</sup> *Vide supra* nota 357, ICC, "*Fashion products*".

<sup>545</sup> Cour civile du Tribunal Cantonal de Vaud, Suiza, 11 de abril de 2002, CISG-online 899, ("*French clothing*")

con que exista un incumplimiento por una de las partes de “*cualquiera de sus obligaciones*”. La Convención no considera la gravedad del fallo como un factor para tener en cuenta<sup>546</sup>.

Pero a partir de ese incumplimiento, y dado que estamos ante un supuesto que regula una resolución, la Convención vuelve al concepto de incumplimiento esencial para determinar si cabe hacerlo para futuras entregas. Para ello, el criterio que sigue la Convención consiste en determinar si el incumplimiento respecto a esa primera entrega da a la contraparte “*fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas*”<sup>547</sup>. Aquí, por tanto, estamos ante un supuesto particular del incumplimiento anticipado regulado en el artículo 72 pero el criterio (subjetivo) del artículo 73.2 basado en “*fundados motivos*” es mucho más flexible que el criterio (objetivo) adoptado por el artículo 72, ya que el artículo 73.2 da derecho a la parte acreedora a resolver el contrato con respecto al cumplimiento futuro de un contrato con entregas sucesivas incluso si no es “*patente*” que habrá un incumplimiento esencial en el futuro. Su razón de ser es similar a la del artículo 73.1 en el sentido de que la lógica del contrato pueda hacer que carezca de sentido resolver la totalidad, ya que las entregas pasadas pueden ser correctas pero un incumplimiento con alguna última (por ejemplo, que se haya producido tarde, que haya tenido algún problema de calidad) puede hacer prever que las siguientes sigan el mismo camino y se ponga en peligro terminar una fabricación de un producto para el que ya se tiene comprometida una fecha de entrega con un tercero y de la que el vendedor es consciente (de manera que se convierta en esencial)

Doctrinalmente se ha sostenido que la prueba basada en los “*fundados motivos*” de la Convención es muy subjetiva ya que ni siquiera tiene en cuenta el factor moderador de la actitud de un tercero en la misma situación, simplemente queda al criterio personal de la parte en cuestión. Por el contrario, Honnold<sup>548</sup> sostiene que la razón por la que esta prueba no fuese objeto de discusión para objetivarla al modo que ocurrió con los artículos 71 y 72 es que, a diferencia de lo que ocurre con las situaciones envueltas en los artículos 71 y 72, en el artículo 73.2 el incumplimiento ya ha tenido lugar, es decir, no se trata tanto de un caso de incumplimiento anticipado sino de un incumplimiento *de facto*. De este modo, ni siquiera se permite aportar garantías suficientes para evitar la resolución.

---

<sup>546</sup> Comentarios de la Secretaría al artículo 64, párr. 6.

<sup>547</sup> Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 569 (“*The test is whether the initial breach gives “the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments”*”)

<sup>548</sup> Honnold, *op. cit. supra* nota 297, en p. 569.

Esta posición, sin embargo, es muy discutible porque la cuestión a resolver es si el hecho de que haya ocurrido u ocurra un incumplimiento ha de suponer necesariamente que vaya a ocurrir un incumplimiento esencial en el futuro. Porque, como hemos visto, la segunda característica determinante de este artículo es que el incumplimiento del pasado se proyecta en resolución del contrato respecto a futuras entregas (*ex nunc*). De hecho, el propio comentario de la Secretaría a este artículo dice que existe el derecho a resolver respecto del cumplimiento de entregas sucesivas, aunque no esté “claro” que se incurrirá en un incumplimiento esencial en el futuro, tal y como establece el artículo 72<sup>549</sup>. De este modo, este derecho puede ser objeto de abuso cuando no esté clara la interdependencia entre las diferentes entregas sucesivas. Estamos, por tanto, de nuevo ante una situación consustancial a la doctrina del incumplimiento anticipado: realizar una predicción de lo que puede ocurrir en el futuro. Si en el artículo 71 bastaba con que la situación fuese “manifiesta” para poner a disposición de la parte inocente el remedio de la suspensión, en el artículo 73.2 se sube un peldaño el nivel de probabilidad de la predicción requerida al requerir “fundados motivos” para poder resolver respecto a futuras entregas, exigiendo el artículo 72 el nivel más alto de probabilidad al requerir que el futuro contrato sea “patente” para poder terminarlo de manera inmediata en su totalidad.

La jurisprudencia ha determinado que el *vendedor* tenía fundados motivos cuando el comprador no emitía una carta de crédito lo que hacía inferir que no pagaría el precio<sup>550</sup>, cuando el comprador insiste en incumplir una condición contractual que le impide vender en otros mercados<sup>551</sup>, cuando el comprador creía que el vendedor no podría entregar pimientos que se ajustasen a la regulación alimentaria<sup>552</sup>, o cuando declaró que no aceptaría futuras entregas en el plazo estipulado en el contrato aunque estaba obligado a hacerlo<sup>553</sup>.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha determinado que el *comprador* tenía fundados motivos para resolver respecto a las futuras entregas cuando el

---

<sup>549</sup> Comentario de la Secretaría en artículo 64, párr. 5.

<sup>550</sup> *Vide supra* nota 289, Arbitration Court Hungarian Chamber of Commerce and Industry, “*Hungarian mushrooms*” en el que el término “buenos motivos” en el artículo 73.2 presupone el menor nivel de probabilidad para la presunción de un futuro incumplimiento del contrato, basta con que por las razones constatadas en el caso se produzca un defecto en el cumplimiento de las futuras cuotas con “*probabilidad predominante*”; *supra* nota 303, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, “*Austrian summer malting barley*”.

<sup>551</sup> Cour d'appel de Grenoble, 22 de febrero de 1995, CISG-online 151 (“*BRI Production Bonaventure S.a.r.l. v. Pan African Export*”).

<sup>552</sup> *Vide supra* nota 538, LG Ellwangen, “*Paprika powder case I*”.

<sup>553</sup> ICC International Court of Arbitration, Copenhagen, Dinamarca, 1999, CISG-online 1159 (“*Poultry feed products*”).

vendedor no realice una entrega al comprador o este no pague una entrega y se incumpla el plazo suplementario concedido para cumplir con sus obligaciones<sup>554</sup>, cuando se hayan efectuado algunas entregas pero no todas<sup>555</sup> o se rehúse realizar más entregas<sup>556</sup>, y también cuando de forma reiterada se entrega tarde y se produce como consecuencia una alteración de la producción<sup>557</sup>.

También cabe cuando se entregan mercancías de calidad deficiente<sup>558</sup>, pero si el comprador acepta mercancías defectuosas no pierde el derecho a resolver el contrato respecto a la totalidad si le vuelven a entregar mercancías defectuosas<sup>559</sup>.

Por el contrario, no se ha entendido que existían buenos motivos cuando el comprador no había emitido una carta de crédito para una entrega determinada, pero había manifestado claramente su intención de abrirlas para futuras entregas, por lo que no se concedió el derecho a resolver respecto a las futuras entregas<sup>560</sup>.

---

<sup>554</sup> Regulado en favor del comprador en el artículo 47 cuando el vendedor incumple en una entrega de mercancías y del vendedor en el artículo 63 CISG cuando el comprador incumple sus obligaciones de pago. *Vide v. gr., supra* nota 303, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, “*Austrian summer malting barley*”, donde al no permitirse al comprador resolver en base al artículo 73.2 y rehusar la entrega, comete un incumplimiento que permite al vendedor resolver en base al artículo 64.1.b; *supra* nota 517, Handelsgericht des Kantons Zürich, “*Italian sunflower oil*”, donde no se produjo la primera entrega y el comprador tenía derecho a resolver en base al artículo 49.1.b y el artículo 73.1 y 73.2; *supra* nota 303, Handelskammer Zürich, “*Soinco SACI et al. v. NKAP*”, donde el comprador no pagó una entrega pero el vendedor no ejerció sus derechos; *supra* nota 538, LG Ellwangen, “*Paprika powder case I*”, donde el vendedor no entregó a un tercero conforme a lo pactado en el plazo suplementario.

<sup>555</sup> *Vide v. gr., supra* nota 251, ICC, “*Roller bearings*”, donde eran aplicables tanto el artículo 51, por la entrega parcial, como el 73, pero el comprador no demostró su derecho a retener los pagos ni resolvió el contrato; *vide supra* nota 527, ICC, “*Ukrainian chemical fertilizer*”, donde se considera que, además de poder elegir la resolución parcial en base al artículo 51.1 y 73, implícitamente había tenido lugar la resolución al no cumplirse las condiciones de la carta de comunicación del comprador pidiendo compromiso de entrega.

<sup>556</sup> *Vide v. gr., supra* nota 468, Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, “*Czech cheese*”; Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, 25 de mayo de 1999, CISG-online 438 (“*Sour cherries case III*”) donde el vendedor rehusó entregar más cerezas por un alza importante de su precio de mercado.

<sup>557</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, España, 3 de noviembre de 1997, CISG-online 442 (“*Metal springs*”)

<sup>558</sup> ICC International Court of Arbitration, Paris, Francia, Agosto de 1999, CISG-online 4973 (“*Chemical substance*”); China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), Beijing, China, Agosto de 2006, CISG-online 1920 (“*Chilling press*”)

<sup>559</sup> Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court), 17 de diciembre de 2003, CISG-online 828 (“*Tantalum powder case I*”) donde, además, el comprador declaró expresamente su intención de exigir mercancías que cumplieren con el contrato.

<sup>560</sup> *Vide supra* nota 542, CIETAC, “*Agricultural products*”.

Este segundo párrafo termina recordando que la capacidad de resolución hay que ejercitarla dentro de “*un plazo razonable*”, pero la Convención no establece desde cuándo el plazo empieza a contar, y ha sido la jurisprudencia la que ha ido determinando que ese plazo empieza a contar desde que ocurrió el incumplimiento o desde que se pudo haber tenido conocimiento del incumplimiento<sup>561</sup>, pero el período dentro del cual se puede emitir la declaración puede ser más o menos largo en función de cuándo tenga que tener lugar la siguiente entrega o se pueda encontrar una fuente de suministro alternativa<sup>562</sup>. La situación dependerá mucho del caso *ad hoc* pero, como siempre en la Convención, hay que seguir el estándar objetivo del artículo 8.2. En un caso se admitió que se puede perder el derecho a resolver una entrega determinada, pero mantenerlo para futuras entregas si ese incumplimiento da fundados motivos para concluir que se dará un incumplimiento esencial respecto a futuras entregas<sup>563</sup>. Si nos encontrásemos en un supuesto en el que el incumplimiento es respecto a una entrega ex artículo 73.1 pero al ser esencial supone también que se esté en un supuesto del artículo 73.2 respecto a futuras entregas, los requisitos del plazo razonable parece que deberían de ser también aplicables al supuesto del artículo 73.2 aunque no lo diga expresamente el artículo<sup>564</sup>.

Los efectos de la resolución es que el contrato se divide en dos partes, la que ya ha sido ejecutada que permanece inalterada en todos sus términos (incluyendo la entrega que ha dado “*fundados motivos*” para resolver las entregas futuras del contrato, salvo que la misma haya sido resuelta en base al artículo 73.1, y la que

---

<sup>561</sup> *Vide v. gr., supra* nota 486, OLG Brandenburg, “*Beer case I*” donde se afirma que el plazo empieza a partir de que se tiene conocimiento del momento del incumplimiento; *supra* nota 293, Netherlands Arbitrage Instituut Rotterdam, “*Rijn Blend Oil*”, donde el comprador no comunicó oportunamente la resolución con respecto a una entrega determinada; Magnus en Staudinger, *op. cit. supra* nota 179 en p. 868, artículo 73, Rn. 15; Lorenz en Witz, *op. cit. supra* nota 474 en p. 483, artículo 73, Rn. 10; Brunner/Hurni en Honsell, *op. cit. supra* nota 273 en p. 989, artículo 73, Rn 12.

<sup>562</sup> *Vide v. gr., supra* nota 258, LG Darmstadt, “*Swedish furniture*”, donde solo se emitió una queja de inconformidad al recibir los muebles, pero se tardó dos meses en declarar resuelto el contrato; *supra* nota 557, Audiencia Provincial de Barcelona, “*Metal springs*”, donde se admite la resolución al enviar una comunicación a tal efecto dentro de las 48 horas siguientes a la tercera entrega tardía; *supra* nota 551, Cour d’appel de Grenoble, “*BRI Production “Bonaventure” S.a.r.l. v. Pan African Export*”, donde se aceptó que el acreedor retrasase la resolución hasta que el deudor encontrase un suministrador alternativo ya que, de lo contrario, las consecuencias para el acreedor hubiesen sido importantes.

<sup>563</sup> *Vide supra* nota 293, Netherlands Arbitrage Instituut Rotterdam, “*Rijn Blend Oil*”, donde el petróleo crudo entregado no cumplía con la norma de calidad exigida y no se esperaba que el vendedor fuese capaz de cumplirla en futuras entregas.

<sup>564</sup> *Cfr.* con relación a las obligaciones de comunicar, *vide supra* 3.2.7.1 en relación con el artículo 71.3 y *supra* 3.3.5 en relación con artículo 72.2.

ha sido resuelta para el futuro que seguirá lo establecido en el artículo 81.1 *et ss.* con relación a los efectos de la resolución.

Por último, y aunque pueda tener mucho sentido dadas las relaciones a medio y largo plazo de los contratos con entregas sucesivas, el ejercicio del derecho de resolución del artículo 73.2 no está sujeto a notificación previa y, por tanto, a que se dé la oportunidad de aportar garantías suficientes como en el artículo 72.2<sup>565</sup> dado que ya ha tenido lugar un incumplimiento. Es algo que las partes siempre podrán hacer y, seguramente, sea deseable muchas veces en este tipo de relaciones donde es importante la colaboración entre las partes.

#### 3.4.5.3 El derecho a resolver respecto de entregas pasadas o futuras: resolución total y el concepto de “interdependencia”. Artículo 73.3

El derecho de resolución de un contrato en su totalidad o en parte<sup>566</sup> se le otorga en exclusividad al comprador (a diferencia de los derechos de los párrafos primero y segundo que pueden ser ejercidos tanto por comprador como por vendedor) en caso de que haya resuelto el contrato en relación con una entrega bajo el artículo 73.1 y esa entrega, cuando es considerada junto a otras entregas pasadas o futuras, sean consideradas interdependientes por no poderse destinarlas al uso previsto por las partes en el momento de celebrarse el contrato.<sup>567</sup> Es decir, se trata de una extensión de la resolución del contrato

---

<sup>565</sup> A pesar de que regulan la resolución contractual en situaciones diferentes (el artículo 72 se consagra a la predicción de un incumplimiento futuro frente al artículo 73.2 que trata con un incumplimiento pasado que predice incumplimientos futuros) con características diferentes (la obligación de comunicar para aportar garantías suficientes frente a la inmediatez de la resolución), ambos artículos han sido aplicados simultáneamente a veces en jurisprudencia, v. gr., *supra* nota 444 Helsingin hovioikeus “*EP S.A. v. FP Oy*”; *supra* nota 303, Handelskammer Zürich, “*Soinco SACI et al. v. NKAP*”. Cfr. el artículo 71 que, al igual que ocurre con el artículo 72, sí puede ser aplicado simultáneamente dado que el acreedor podrá suspender sus propias obligaciones mientras da aviso al deudor y, pasado un plazo razonable, proceder a resolver el contrato respecto a futuras entregas como se puede observar en la jurisprudencia, v. gr., *supra* nota 251, ICC, “*Roller bearings*”; *supra* nota 273, OGH, “*Umbrellas*”; *supra* nota 510, U.S. District Court for the Western District of Michigan, “*Shuttle Packaging Systems, L.L.C. v. Jacob Tsonakis, INA S.A. et al.*”.

<sup>566</sup> Aunque la literalidad de la norma parece dar a entender que la resolución sólo se puede dar con respecto a entregas pasadas “o” el futuras, ni la historia legislativa ni la lógica de la norma amparan esa interpretación. Si, dada la interdependencia, no es posible conseguir el fin buscado con el contrato, existe un incumplimiento esencial del contrato y, por lo tanto, el comprador tiene derecho a elegir si ejerce su derecho de resolución con respecto a la totalidad del contrato (pasado, presente y futuro) o solo en parte (presente y pasado, o presente y futuro). En función de cómo lo ejerza habrá que estarse a sus consecuencias en función de lo expresado en los artículos 81 *et seq.* *Vide* China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 7 de abril de 2005, CISG-online 1453, (“*Cotton gin motes*”) y *supra* nota 513, Cour de Cassation, “*Kaska GmbH v. Europe Fers et Métaux*”.

<sup>567</sup> Artículo 73.3.

respecto de una entrega recogida en el artículo 73.1 cuando la misma hace ver que son innecesarias las otras entregas (sean pasadas realizadas correctamente o sean futuras por realizar) dada su estrecha vinculación como puede ser, por ejemplo, el caso de que el suministro de una determinada materia prima o componente para una fábrica en la que la falta de calidad de una entrega hace temer que el resto sean iguales y se pueda poner en peligro la producción.

En estos supuestos, por tanto, lo más importante no es la importancia del incumplimiento, su gravedad, ya que por sí mismo sólo daría al ejercicio del artículo 73.1. Lo más importante es el hecho de la *interdependencia* de las mercancías, para lo cual no es necesario que formen parte de un conjunto integrado<sup>568</sup>, pero sí que las partes sean conscientes de la interdependencia entre las diferentes entregas<sup>569</sup>, tal y como da a entender la frase final “*el uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato*”. Es decir, normalmente la interdependencia estará claro cuando hablemos de una máquina<sup>570</sup> o de una serie de máquinas interconectadas, pero no estará tan claro cuando se trate de mercancías que puedan ser vendidas de forma separada como las materias primas, en cuyo caso habrá que estar a la razón expresada en el contrato<sup>571</sup>.

Aunque el artículo no lo dice, tanto la lógica del mismo como la buena fe del artículo 7.1 y la obligación de mitigar daños del artículo 77<sup>572</sup> parecen obligar a que cuando se comunique la resolución en base al artículo 73.1 se comunique la resolución parcial o total en base al artículo 73.3<sup>573</sup>. Por lo tanto, los mismos

---

<sup>568</sup> *Vide supra* nota 293, Netherlands Arbitrage Instituut Rotterdam, “*Rijn Blend Oil*”, donde no se consideró que había interdependencia con relación al petróleo.

<sup>569</sup> *Vide supra* nota 545, Cour civile du Tribunal Cantonal de Vaud, “*French clothing*”. Esto es consistente con la regla general de la previsibilidad que existe en la Convención y la manera en que las partes tienen de distribuirse los riesgos del contrato. Si el propósito del contrato no se ha hecho saber al vendedor, entonces el comprador sólo podrá confiar en la aplicación al caso de la regla de la “persona razonable” del artículo 8.3.

<sup>570</sup> *Vide* Comentarios de la Secretaría *vide supra* nota 92, p. 59, al artículo 64, párr. 7 et seq.

<sup>571</sup> Un ejemplo podría ser una compra de chatarra de una determinada calidad donde problemas con su calidad pueden poner en peligro el contrato del comprador con una acería. Situación similar se dio en *supra* nota 566, CIETAC, “*Cotton gin motes*” donde, en un contrato con dos entregas, la segunda presentaba defectos por lo que el comprador resolvió al no poder hacer a su vez entrega a su comprador. La cuestión por tanto es si esa mercancía defectuosa puede ser o bien reemplazada por otra que le entregue el vendedor o por otra que se compre en el mercado como compra de reemplazo. Si la respuesta es que no, sea porque tienen alguna característica especial que las hace irremplazables, porque tienen que provenir de la misma fuente o porque no hay tiempo para ello, estaremos ante una situación de “interdependencia”.

<sup>572</sup> Comentarios de la Secretaría, *op. cit. supra* nota 92, p. 58, párr. 4, aplicable a la resolución por incumplimiento previsible.

<sup>573</sup> Comentarios de la Secretaría *op. cit. supra* nota 92, p. 59, al artículo 64, párr. 7.

requisitos aplicables a esa comunicación (de forma y plazos) del artículo 73.1 le son aplicables de forma conjunta al artículo 73.3.

#### 3.4.6 Carga de la prueba

La parte que desee ejercer cualquiera de los remedios del artículo 73 deberá probar que se dan las condiciones para su ejercicio<sup>574</sup>. Nos remitimos aquí a lo ya expresado anteriormente en detalle sobre este particular en relación con los artículos 71 y 72 que le son igualmente de aplicación.

---

<sup>574</sup> *Vide v. gr., supra* nota 513, Cour de Cassation, “*Kaska GmbH v. Europe Fers et Métaux*”; *supra* nota 303, Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, “*Austrian summer malting barley*”.

## CAPÍTULO CUARTO. INFLUENCIA DE LA CONVENCIÓN EN OTROS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Como hemos visto en detalle anteriormente<sup>575</sup>, las disposiciones de la Convención relativas a la suspensión y resolución de los contratos fueron objeto de gran crítica en los países en vía de desarrollo y del tercer mundo. Las razones de esta crítica están claramente expuestas por Strub<sup>576</sup> quien acertadamente da cuenta de la posibilidad abierta a los países industrializados de suspender o resolver sus obligaciones en base a meras expectativas de incumplimiento, siendo la razón que puede haber detrás del ejercicio de esos derechos un simple cambio en el precio del mercado de las materias primas, precio que, además, es controlado en las bolsas de los principales países industrializados.

Pero, dicho lo anterior, a partir de la Convención la doctrina del incumplimiento anticipado ha sido acogida definitivamente de forma mayoritaria por sucesivas regulaciones tanto nacionales como internacionales y ello porque, desde el punto de vista de la lógica económica de las actividades comerciales internacionales, ofrece soluciones prácticas a problemas habituales. Esta inclusión ha sido posible gracias a la existencia en el Derecho comparado de una corriente armonizadora del derecho de las obligaciones y de los contratos y, dentro de ella, de la figura del “incumplimiento contractual” en base al concepto y remedios instaurados en la Convención por influencia del *common law*, siendo nuestra doctrina objeto de estudio parte de esa corriente.

Por ello y a continuación, analizaremos diversos ejemplos de regulación a nivel español y europeo<sup>577</sup>, algunos en vigor y otros que se mantienen a nivel de borrador pero que, por su importancia, hemos considerado oportuno analizarlos, incluyendo instrumentos internacionales normativos de la denominada “*soft law*”<sup>578</sup>.

---

<sup>575</sup> *Supra* 3.1.

<sup>576</sup> Strub, *op. cit. supra* nota 243.

<sup>577</sup> Similares esfuerzos normativos se están realizando en otras áreas del mundo. Así se pueden citar a modo de ejemplo, Los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, los *Principles of Asian Contract Law* o los *OHADAC Principles on International Commercial Contracts*.

<sup>578</sup> Esta expresión de obvio origen anglosajón hace referencia a la existencia de un Derecho blando o débil constituido por principios o reglas generales y cuya principal característica es su falta de fuerza legal, en contraposición al tradicional *hard law* formado por normas jurídicas dictadas por órganos dotados de potestad pública (parlamentos, poder ejecutivo, u organizaciones suprarregionales con capacidad para ello como, p.ej., la U.E.). En

Todos ellos tienen en común el mismo objetivo declarado que tuvo en su día el U.C.C. norteamericano: facilitar el desenvolvimiento de la actividad económica a través de la unificación de las reglas jurídicas, en este caso unificando el derecho continental y el *comon law* de forma que, poco a poco y al igual que ocurrió con el U.C.C., los diferentes estados miembros de la Unión Europea adopten dichos principios y normas comunes.

## 4.1 En España

La Comisión General de Codificación<sup>579</sup> ha impulsado desde comienzos del siglo XXI diversos intentos de modernización del Derecho de obligaciones y contratos que, desgraciadamente, no se han convertido en Ley pese a su importancia para actualizar la vieja normativa y ponerla en línea con las últimas tendencias reformistas europeas. A continuación, y centrándonos en la doctrina del incumplimiento anticipado, vamos a detallar los esfuerzos de modernización en forma de propuestas de anteproyecto de ley formulados por las Secciones de Derecho civil y de Derecho mercantil de la Comisión. En ellas se observa claramente la influencia armonizadora que ejercen los textos de Derecho Uniforme y Comunitario, incluido el denominado *soft law*, con el objeto de lograr un Derecho de obligaciones y contratos más eficaz y coherente de forma interna.

### 4.1.1 Sección Mercantil

#### 4.1.1.1 La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (PACCom)

Dado el carácter obsoleto del Código de Comercio de 1885 para las realidades del tráfico mercantil moderno, la PACCom de 1 de febrero de 2006 tenía por objeto iniciar el proceso de modernización de la legislación mercantil en materia de contratos y regular además dos instituciones fundamentales para la seguridad del tráfico mercantil, la prescripción y la caducidad. Por ello, en su redacción se

---

consecuencia, la aplicación del *soft law* es puramente dispositiva y voluntaria y se asienta en el argumento de su autoridad moral y técnica.

<sup>579</sup> Para un buen y breve estudio de su historia y normativa reguladora, *vide* Máximo Pérez García and Carmen Jerez Delgado, "La Comisión General De Codificación Y Su Labor En La Modernización Del Derecho De Obligaciones," *Revista Jurídica Universidad Autónoma Madrid* (2009), 155-179.

buscaba una mayor aproximación del Derecho español a los ordenamientos europeos por lo que en la misma han influido de forma muy evidente y significativa diferentes textos internacionales previos (la Convención, PECL, PICC).

En particular, el artículo 62.2 reconocía por primera vez en un texto legislativo español la figura del incumplimiento anticipado: cuando uno de los contratantes tenga razones fundadas para creer que se producirá un incumplimiento esencial, puede exigir una garantía adecuada respecto de su cumplimiento y suspender entretanto su propia prestación. Si la garantía no se otorga, dicha parte tiene derecho a resolver el contrato.

#### 4.1.1.2 Propuestas de Código Mercantil

La PACCom fue superada por las dos propuestas de Código Mercantil, la de 17 de junio de 2013 y la última de marzo de 2018 en forma de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado<sup>580</sup>. En esta última no se regula (al igual que otras muchas materias) el incumplimiento anticipado, y ello por razones que su Exposición de Motivos establecía de manera prístina. Así, en referencia al régimen jurídico de las obligaciones y contratos mercantiles, se decía que “ (...) *a falta de ley y de uso mercantil, como fuentes especiales preferentes, la función supletoria del Derecho Civil del Estado, con carácter de normativa básica en la materia, hace igualmente aplicable un conjunto de normas que, aunque estén ubicadas en este ámbito común, son válidas, por su alcance general, para todo el sector de las obligaciones y contratos, tanto civiles como mercantiles, lo que asimismo hace innecesaria la duplicidad normativa que se produciría si, teniendo una determinada regla alcance general para toda la contratación, apareciera a la vez incorporada como regla especial o propia de la contratación mercantil.*”

Y, más adelante, hablando de los criterios básicos aplicables a los tipos contractuales regulados, se confirmaba lo anterior al decir que “*el régimen jurídico de cada tipo contractual debe completarse con lo dispuesto con carácter general en el Libro cuarto sobre obligaciones y contratos mercantiles en general.*”

---

<sup>580</sup> Comisión General de Codificación Sección Segunda de Derechos Mercantil, “Propuesta de la sección segunda de Derecho Mercantil del proyecto de Ley de Código Mercantil tras Dictamen del Consejo del Estado”, encontrado en [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta\\_de\\_la\\_Seccion\\_Segunda\\_de\\_Derecho\\_Mercantil\\_del\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_Codigo\\_Mercantil\\_.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta_de_la_Seccion_Segunda_de_Derecho_Mercantil_del_Anteproyecto_de_Ley_de_Codigo_Mercantil_.PDF)

Es decir, que el régimen jurídico del incumplimiento anticipado, al no estar regulado ni en el régimen específico de la compraventa ni contenerse en las normas generales sobre obligaciones y contratos mercantiles en general del Anteproyecto de Código Mercantil, quedaba sujeto en exclusiva a la regulación que sobre obligaciones y contratos contiene el Derecho Civil.

Sin embargo, y como si asistiésemos a una lucha de facciones enfrentadas dentro de la Comisión, la última versión publicada en junio de 2023 del Código Mercantil en forma de Anteproyecto de Ley<sup>581</sup> (ALCM) dice exactamente lo contrario de su antecesora y pasa a entender (de nuevo según su Exposición de Motivos) que es necesario regular *“principios también reconocidos en la legislación civil, junto con normas que contienen regulaciones diferenciadas; ello es así porque la regulación establecida ha de tener una coherencia sistemática que permita su aplicación. Dichas normas, como todas las establecidas en este Código, aparecen como parte de la legislación mercantil, de manera que los participantes en el mercado tienen la seguridad de que son aplicables, como parte de la legislación mercantil, a todo el territorio nacional y de que su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil”*<sup>582</sup>.

De este modo, en el Libro Cuarto denominado *“De las obligaciones y de los contratos en general”* se regula dentro de su Título I relativo a las *“Disposiciones Generales”* el Capítulo VII *“Del incumplimiento de los contratos”* que empieza, como primera disposición, con el incumplimiento anticipado:

*“Artículo 417-1. Conducta ante el temor fundado de incumplimiento.*

---

<sup>581</sup> Web del Portal de Transparencia del Gobierno de España que indica como última fecha de actualización el 8 de junio de 2023, acceso el 23 de julio; sin embargo, la primera página del anteproyecto indica claramente la fecha de 30 de mayo de 2014. <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20141901&lang=ca-valencia&fcAct=Tue%20Jun%2014%2015:56:50%20CEST%202022>

<sup>582</sup> Además de recordar y justificar que la necesidad *“de modernización comienza por las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, ya que esas normas son fundamentales para que la legislación mercantil cumpla la función que le corresponde de asegurar la unidad de mercado en el ámbito jurídico privado”*. Posteriormente, continúa indicando que *“las normas básicas en materia de las obligaciones y contratos mercantiles, en general, que se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional para unificar las reglas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil. De estos trabajos hay que destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 de abril de 1980, que es ya derecho vigente en nuestro país, así como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y los trabajos de la Comisión Landó sobre el Derecho Europeo de los contratos.”*

*Cuando exista un riesgo notorio de incumplimiento esencial del contrato por una de las partes y ésta no cumpla ni preste garantía adecuada de su cumplimiento, la otra parte podrá resolver el contrato.”*

*Artículo 417-2. Remedios del incumplimiento.*

1. (...)

2. *En cualquier supuesto de incumplimiento, la parte perjudicada puede conceder a la otra parte un plazo adicional razonable para que efectúe su cumplimiento. Si transcurrido el plazo adicional el deudor no cumple, aunque su incumplimiento no sea esencial, podrá la parte perjudicada dar por terminado el contrato.*

3. *En los dos supuestos anteriores la parte perjudicada por el incumplimiento podrá suspender el cumplimiento de su prestación mientras que la subsanación no se haga efectiva, y conservará el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que la subsanación no pueda evitar.”*

Como veremos un poco más adelante, el artículo 417-1 es casi idéntico al párrafo 2 del artículo 1.200 del PMCC que, en términos temporales, es redactado con anterioridad. Es decir, siguiendo lo expuesto en la Exposición de Motivos ambas regulaciones tienden a coincidir, pero con varios matices muy importantes.

En primer lugar, el concepto de plazo razonable no está incluida en la norma general sobre el incumplimiento anticipado del ALCM, sino que se incluye dentro de la más genérica relativa a los remedios del incumplimiento. Su lectura atenta nos lleva a deducir que, en el supuesto reflejado en el artículo 417-1, es la parte bajo sospecha la que puede ofrecer garantías, mientras que en el supuesto del artículo 417-2 es la parte perjudicada la que otorga un plazo razonable.

La pregunta que surge entonces es, ¿ese plazo razonable lo es también para la prestación de garantías?

En una primera lectura, parecería que sí, ya que el artículo 417-2 comienza con “*En cualquier supuesto de incumplimiento, ...*” sin embargo en una lectura atenta la respuesta no es tan evidente, y ello porque el artículo realmente habla de conceder un plazo adicional razonable “*para que efectúe su cumplimiento*”. Es decir, sólo contempla un supuesto, el de efectuar el cumplimiento, pero no el supuesto de prestar garantías que es claramente un supuesto diferente tal y como el propio artículo 417-1 refleja. Y es que el prestar garantías es algo

adicional al contrato original, no forma parte de su cumplimiento, es un requisito nuevo ajeno al cumplimiento en sí del contrato<sup>583</sup>.

En segundo lugar, es muy importante que el artículo 417-2 admita la posibilidad de resolución incluso en supuestos donde el incumplimiento no es esencial ya que, como hemos visto en relación con la jurisprudencia asociada al artículo 71, hay muchas situaciones donde el incumplimiento de determinadas obligaciones no esenciales puede ser muy relevante en un momento determinado para una de las partes.

En tercer lugar, el ALCM no regula el supuesto de repudiación del contrato, algo habitual en la realidad mercantil. Probablemente el legislador ha entendido que la conducta propia de la parte bajo sospecha, por actos o palabras, está incluida en el concepto de “notorio” pero la experiencia internacional nos dice que no está de más separar las causas subjetivas de las objetivas en esta regulación.

En cuarto lugar, el ALCM sí cubre el supuesto de suspensión, pero, a nuestro entender no lo hace de manera clara. La referencia al comienzo del artículo 417-3 a “*En los dos supuestos anteriores ...*” da a entender claramente a que se refiere a los apartados 1 y 2 del artículo 417, dejando fuera el supuesto de la prestación de garantías del artículo 417-1. Una posibilidad es que el legislador haya realizado esta referencia pensando que el apartado 2 cubría también el supuesto de prestación de garantías, pero como hemos visto no es el caso.

En quinto lugar, el uso del término “garantías” no es afortunado, ya que es equívoco al dar a entender, en el mundo actual que se habla de garantías financieras, cuando en realidad lo que se quiere (si seguimos lo establecido en las normas que le han servido de inspiración) es que de aporten “seguridades suficientes” de que se va a cumplir el contrato. Por ello, el término más adecuado sería, en nuestra opinión, el utilizado en la traducción oficial de la Convención, “seguridades suficientes”.

En sexto y último lugar, el ALCM no regula la venta con entregas sucesivas de mercancías, pero sí regula una modalidad de este tipo, la más habitual en el tráfico mercantil, que es el contrato de suministro. Sin embargo, en lo relativo

---

<sup>583</sup> Esto se hace más evidente si comparamos este artículo con la regulación equivalente de los PICC y los PECL en los que se afirma haberse basado su redacción. Los artículos 7.1.5 (PICC) y 8:106 (PECL) regulan la comunicación concediendo un plazo adicional para el cumplimiento, pero sólo se refieren a ese supuesto, el cumplimiento. Y ello es porque en otros artículos, el 7.3.4 (PICC) y el 8:105 (PECL) se ha regulado ya, dentro del supuesto de las garantías de cumplimiento o ejecución (varía su denominación, lo cual no hace más que contribuir a la confusión), el ejercicio de la suspensión dentro del plazo razonable y las consecuencias de su falta de aportación dentro del mismo.

a su extinción por incumplimiento su regulación es incompleta ya que su artículo 513-8 es un remedo poco sofisticado del artículo 73.2:

*“Artículo 513-8. Extinción del contrato por incumplimiento.*

*El incumplimiento por cualquiera de los contratantes de las prestaciones singulares dará derecho a la otra a declarar resuelto el contrato sin necesidad de preaviso si, en atención a su entidad o reiteración, constituye un incumplimiento esencial del contrato o disminuye la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos. La extinción por esta causa no afectará a las prestaciones anteriores cumplidas.”*

Esta norma, por un lado, habla de un incumplimiento actual, presente, pero a la vez habla de un incumplimiento futuro “... *disminuye la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos*” declarando en este caso la resolución de forma anticipada, pero sin que ello afecte a entregas pasadas (como en el artículo 73.2). Sin embargo, en el incumplimiento presente no regula la resolución de una concreta entrega como hace el artículo 73.1 sino que directamente proyecta la resolución sobre todo el contrato, algo que puede no ser lo que necesita la parte afectada. Es decir, carece de la flexibilidad que tan necesaria es a las operaciones del mundo mercantil.

Adicionalmente, y como consecuencia de haber obviado regular la situación contemplada en el artículo 73.1, de nuevo la norma falla al no dar la opción a la parte afectada y que ha resuelto una entrega, de que pueda elegir cómo proseguir con el contrato en función de sus intereses y la interdependencia de las entregas, resolver respecto ya sea a entregas pasadas, futuras o de todas (como ocurre en el artículo 73.3).

Como conclusión de la regulación (o de la falta de) en el ALCM de la doctrina del incumplimiento anticipado cabe decir, que resulta llamativo que una regulación que ha de servir a los intereses del mundo mercantil y, por tanto, enfocada a dar soluciones prácticas a sus necesidades, regule de una manera tan deficiente algo que ya está solucionado en el derecho comparado. El hecho de que sea un derecho dispositivo no es excusa porque la práctica de los negocios dice que muchos contratos están pobremente regulados y más si hablamos de contratos complejos como los de entregas sucesivas (del cual, por cierto, el de suministro no deja de ser más que un tipo, como hemos indicado antes; sería necesario eliminar este supuesto de incumplimiento de este contrato particular y llevarlo a la regulación general del incumplimiento y regularlo de forma más genérica en relación a los contratos con entregas sucesivas)

Por último, cabe también comentar que es de lamentar que España no siga la corriente europea de unificar la contratación civil y mercantil, manteniendo un régimen dualista que en nada ayuda a la práctica comercial.

#### 4.1.2 Sección Civil

##### 4.1.2.1 Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009 (PMCC)

En el año 2009 se publicó<sup>584</sup> esta propuesta de anteproyecto elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación al objeto de renovar el derecho de obligaciones y contratos de nuestro Código Civil. A día de hoy (23 de julio de 2023) no ha sido publicada ninguna actualización de la misma.

En la redacción de la PMCC han influido de forma muy evidente y significativa diferentes textos internacionales previos (la Convención, PECL, PICC) que en ese momento ya existían o se estaban discutiendo, tal y como lo reconoce su Exposición de Motivos que expresamente dispone como una de las finalidades buscadas la *“mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy. No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea, puede facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas.”*

En particular, en lo relativo a las reglas sobre el incumplimiento y en línea con las tendencias legislativas de otros países de nuestro entorno<sup>585</sup> que responden todos ellos a ese nuevo modelo de incumplimiento que tiene sus orígenes en la Convención, la doctrina del incumplimiento anticipado se ve reflejada en su artículo 1.200 encuadrado en el Título I “De las Obligaciones”, Capítulo VII “Incumplimiento”, Sección 4ª “Resolución por Incumplimiento”. El artículo 1.200, de forma similar a lo establecido en la Convención (artículo 72.1) y, como veremos un poco más adelante, los PICC (artículo 7.3.3) y los PECL (artículo 9:304), establece en sus párrafos segundo y tercero:

---

<sup>584</sup> Comisión general de codificación. Sección de Derecho Civil (2009) “Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, encontrado en [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta\\_para\\_la\\_modernizacion\\_del\\_Derecho\\_de\\_obligaciones\\_y\\_contratos.\\_Ano\\_2009.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF)

<sup>585</sup> El C.c. de los Países Bajos de 1992, el reformado BGB alemán de 2002 y el también reformado C.c. francés de 2016, los nuevos Códigos civiles del Centro y Este de Europa.

*“También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.*

*La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones”*

Como vemos, esta regulación no sigue el modelo del *common law* donde sólo cabe que el deudor “repudie” el contrato por medio de declaraciones o conducta (causas subjetivas), sino que sigue el instaurado por el artículo 72 de la Convención donde el incumplimiento anticipado puede tener lugar por circunstancias no necesariamente imputables al deudor (causas objetivas), aunque la voluntad declarada rebelde al cumplimiento elimina la obligación de fijar un plazo razonable para el cumplimiento o prestar garantías. Misma solución cabe entender, aunque la norma no lo especifique, si se concede un plazo y, posteriormente, el deudor declara que no cumplirá.

De este modo, vemos como la PMCC soluciona una de las grandes críticas que se le ha realizado al artículo 72 de la Convención, la no fijación de un plazo para el otorgamiento de las garantías, que en la PMCC se convierte en “razonable”.

Consecuencia de lo anterior es que, la PMCC, al obligar al acreedor a dar un plazo razonable, también le obliga a ser él el que las solicite o inste a cumplir.

Adicionalmente, la PMCC, a pesar de recoger de forma expresa por primera vez en un texto normativo español la excepción de incumplimiento contractual (*exceptio non adimpleti contractus*, artículo 1.191) y quedar claro la posibilidad de suspensión tanto en los casos de ejecución simultánea como en aquellos en los que quien la ejercita es el último obligado a cumplir, no da un paso más allá y deja sin regular el supuesto de suspensión a quien deba de cumplir antes de la fecha de vencimiento de la obligación y se encuentre ante una situación de peligro o riesgo para el buen fin del contrato. De este modo vemos que, de forma incomprensible, el supuesto de incumplimiento previsible regulado en el artículo 71 de la Convención no se ha visto reflejado en absoluto en la PMCC.

De cara a una futura actualización de la PMCC, sería conveniente seguir de una forma más estrecha la regulación que otras legislaciones han realizado del incumplimiento previsible y anticipado porque, dado que se trata de un concepto ajeno al derecho español, se carece de la suficiente experiencia práctica reflejada en jurisprudencia que haga que el legislador patrio pueda valorar

adecuadamente todas las situaciones que pueden acontecer en estos supuestos que, no olvidemos, están pensados para surtir efecto en la práctica comercial y, por tanto, a facilitar el desarrollo y buena ejecución del contrato.

En este sentido y en concreto, sería deseable que, en primer lugar, se delimite claramente la existencia de dos remedios diferenciados ante un posible futuro incumplimiento, el derecho de suspensión (incumplimiento previsible) y el de resolución (incumplimiento anticipado)

En segundo lugar y en lo relativo al derecho de suspensión, el mismo debería estar abierto a ser ejercido ante cualquier circunstancia (y no sólo las relativas a obligaciones sinalagmáticas o que den lugar a un incumplimiento esencial) que pueda llegar a ocurrir antes de la fecha de cumplimiento de la obligación bajo sospecha y que hagan razonablemente creer a la parte acreedora de la obligación que es previsible que se pongan en peligro sus expectativas bajo el contrato. El mejor estándar de razonabilidad, dado que estamos ante prácticas comerciales de profesionales, será el del sector que se trate. No olvidemos que, en la vida comercial, la lógica general de los comerciantes es que los contratos que firman se deban de cumplir y el control a posteriori por el juez o árbitro siempre es un acicate para ello. La experiencia nos dice que en un contrato se pueden dar múltiples obligaciones (por ejemplo, de confidencialidad, de colaboración) que sean importantes para una parte pero que no sean sinalagmáticas o esenciales como tal, pero que sí puedan ser lo suficientemente importantes como para que una parte decida suspender sus obligaciones bajo el contrato como una medida de presión para que la contraparte cumpla.

Es más, en contratos con entregas sucesivas, este derecho debería de mantenerse aunque se hayan producido ya pagos o entregas pero se prevea que pueda haber problemas en futuras entregas. A fin de eliminar esas dudas, la parte bajo sospecha puede ofrecer seguridades (no necesariamente bancarias, es importante la flexibilidad, y para eso, al igual que hemos comentado en relación con la ALCM, es mejor usar el término “seguridades suficientes”) de su cumplimiento, las cuales habrán de ser valoradas, de nuevo, bajo los estándares de su sector comercial y en caso de ser admitidas decaerá el derecho a suspender. Sólo en caso de que, en un tiempo prudencial que dependerá de las circunstancias ad hoc pero que no debería exceder hoy en día de quince días, esas seguridades no se faciliten o sean consideradas insuficientes por el acreedor de la prestación, se podrá proceder a la resolución del contrato. Lógicamente, la parte bajo sospecha siempre podrá discrepar de esta solicitud o de que las ofrecidas sean consideradas como no suficientes, pero en ese caso entramos en el equilibrio de poderes entre las partes donde cada una, de forma razonable para sus intereses en el contrato, deberá evaluar la realidad de su situación bajo el mismo ya que, quien se equivoque, se enfrentará

a un incumplimiento de contrato, bien porque ha suspendido y procedido a resolver el contrato sin justa causa, o porque no ha facilitado las seguridades que se le han solicitado ante una situación que razonablemente ponía en peligro el buen fin del contrato.

En tercer lugar, el derecho de suspensión debería extenderse también a la mercancía en tránsito ya que las circunstancias que dan derecho a él pueden surgir una vez que la mercancía se haya entregado a un tercero transportista, que es el supuesto habitual hoy en día en cualquier venta de mercancía.

En cuarto lugar, se debería simplificar la redacción del supuesto de incumplimiento anticipado dejando claro que, si nos encontramos ante el supuesto de hecho de la norma (la existencia de un riesgo patente de que tenga lugar un futuro incumplimiento esencial del contrato derivado de la propia declaración del deudor o de circunstancias que así lo hagan anticipar) es el acreedor el que, como mejor conocedor de sus expectativas bajo el contrato, decida si quiere resolver o, de manera similar a lo regulado en el derecho de suspensión, solicitar seguridades suficientes y otorgar un plazo adicional para el cumplimiento, suspendiendo mientras tanto su obligación. La razón de otorgar esta opción es que, en el mundo comercial se pueden dar situaciones donde, por ejemplo, no exista una compra de reemplazo a tiempo y se prefiera dar una última oportunidad a la parte bajo sospecha. En cualquier caso, es el acreedor el que, como parte perjudicada, tiene la mejor visión de qué pasos debe dar en su mejor interés, debiendo ser el derecho un medio facilitador de esos pasos y no una camisa de fuerza que le imponga caminos obligatorios.

## 4.2 En Derecho europeo

A partir de los años ochenta del siglo XX han surgido diferentes iniciativas a nivel europeo destinadas a armonizar el derecho europeo de contratos. A continuación, y aunque han existido otras<sup>586</sup>, nos centraremos en las más relevantes, los Principios de Derecho Contractual Europeo, el Borrador de Marco Común de Referencia de 2009, el Proyecto de Código Civil Europeo (Proyecto de Gandolfi)

---

<sup>586</sup> A modo de ejemplo, la defenestrada Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea de 2011 (conocida por su acrónimo en inglés, "CESL" de "*Common European Sales Law*") y que regulaba el incumplimiento anticipado en sus artículos, 113, 116, 133 y 136.

Ninguna de estas propuestas ha cristalizado en una normativa europea vinculante, siendo el único resultado tangible de este proceso de armonización la aprobación de la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (que regula básicamente la falta de conformidad) y la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (que se aplica a los contratos de compraventa entre un consumidor y un vendedor). El resto de las propuestas, en especial el Borrador de Marco Común de Referencia, han quedado como lo que una Comisaria una vez denominó, acertadamente y con una expresión que ha hecho fortuna, como «*toolbox*» o caja de herramientas a disposición de los legisladores nacionales.

A continuación, y en relación con su regulación de la doctrina del incumplimiento anticipado, estudiaremos las normativas anteriormente mencionadas junto con un instrumento de *soft law*, los Principios UNIDROIT, que fue el primer publicado y también pueden considerarse a estos efectos un documento europeo porque su mayor influencia viene de juristas europeos (no olvidemos que fue el Profesor Bonell su principal impulsor)

#### 4.2.1 Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PICC)

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales fueron publicados inicialmente por UNIDROIT en 1994 y reeditados con ligeras modificaciones en 2004, 2010 y 2016<sup>587</sup> En su Preámbulo se señala que los Principios «*pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la «lex mercatoria» o expresiones semejantes*».

Los PICC se basan en un estudio comparatista del Derecho contractual legislado más que en la nueva *Lex Mercatoria*, lo cual es extraño ya que su fin declarado es el de ser su expresión escrita, por lo que deberían de haberse basado en otro tipo de materiales (condiciones generales de los contratos mercantiles internacionales, términos estandarizados de entidades supranacionales como la Cámara de Comercio Internacional, etc.). Pero es que, además, y tal y como reconoció el propio Consejo Gubernativo de UNIDROIT, las normas de los

---

<sup>587</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derechos Privado “Principios UNIDROIT”, disponible en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>

Principios «*embody what are perceived to be the best solutions, even if still not yet generally adopted*». Es decir, que en los PICC abundan mucho más las soluciones basadas en el *better law approach* que en el *common core* del Derecho contractual mundial. Esta tentación por parte de sus redactores de convertirse en innovadores es algo que se repite en el resto de instrumentos de esta sección, como iremos viendo.

Dada la gran semejanza de la regulación que de la doctrina del incumplimiento anticipado que hacen los PICC y los PECL, la analizaremos de forma conjunta en el siguiente apartado.

#### 4.2.2 Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)<sup>588</sup>

Los Principios de Derecho Contractual Europeo fueron redactados por la Comisión de Derecho Contractual Europeo (también conocida como “Comisión Lando” en atención al presidente de la primera Comisión para su elaboración, el Profesor Ole Lando, por lo que a veces se les denomina a los principios como “Principios Lando”), compuesta por académicos y abogados en ejercicio de diferentes Estados de la Unión Europea pero que no actúan como representantes oficiales de dichos Estados. Desde 1982, esta Comisión ha venido trabajado en su redacción, trabajo que ha fructificado en su Parte I publicada en 1995, la Parte II en 1999 y la Parte III en 2003.

Tal y como establece su artículo 1:10, no son más que un conjunto de reglas generales del Derecho de los contratos de la Unión Europea que, de acuerdo con la Comisión, tienen por objeto principal servir como base para la redacción de un Código Civil Europeo. En este sentido, en la introducción general de los Principios se señala que la Comisión se ha basado «*en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros*» con el objeto de identificar, en la medida de lo posible, «*el núcleo común del Derecho de contratos de todos los Estados miembros de la Unión y crear, sobre la base de este núcleo común, un sistema que pueda funcionar*». La búsqueda de ese núcleo común se ha llevado a cabo a través de la metodología de la *praesumptio similitudinis*. esto es, en la búsqueda más de los elementos compartidos que de las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos.

---

<sup>588</sup> Puede consultarse el trabajo completo en Ole Lando and Hugh Beale, *Principles of European Contract Law. Parts I, II and III*, Combined and rev. ed. ed. (The Hague etc.): The Hague etc.] : Kluwer Law International, 2003).

En su redacción se ha seguido el modelo de los “*Restatements of the Law*” norteamericanos, cada sección formada por artículos con comentarios explicando el sentido de cada uno de ellos y casos prácticos para ilustrar la operatividad de las normas junto con un análisis comparado de normas nacionales e instrumentos internacionales relativos al tópico en cuestión.

Como hemos señalado al hablar de los PICC y en relación con el incumplimiento anticipado y previsible, estos principios deben de ser analizados de forma conjunta con los PECL porque, partiendo de esa regulación previa en la Convención, se estructuran de forma similar en su regulación,

En el caso de los PICC, el artículo 7.3.3<sup>589</sup> prevé la posibilidad de que una de las partes resuelva el contrato cuando sea patente que se producirá un incumplimiento esencial de la otra parte antes de la fecha de vencimiento de su cumplimiento. Y si una parte está razonablemente segura de que se producirá un incumplimiento esencial de la otra parte tiene derecho, en virtud del Artículo 7.3.4<sup>590</sup>, a exigir una garantía adecuada de que la otra parte cumplirá y suspender su propia prestación, siendo su falta de entrega en un plazo razonable motivo para resolver el contrato.

En el caso de los PECL, se le da vuelta al orden de la regulación y, de forma previa, el artículo 8:105<sup>591</sup> establece que, si una parte razonablemente cree que se producirá un incumplimiento esencial, dicha parte tiene derecho a exigir una garantía adecuada de la otra parte de que ésta cumplirá con su obligación

---

<sup>589</sup> «Incumplimiento anticipado. Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato». Es de señalar que la versión en lengua inglesa usa el mismo término que la Convención, “*clear*” que aquí, al igual que en la Convención, es traducido como patente.

<sup>590</sup> “Garantía adecuada de cumplimiento. Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.” Es de resaltar que la versión en lengua inglesa usa el mismo término que la Convención “*adequate assurance of due performance*” que aquí, sin embargo, es traducido como garantía en vez de “seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones”.

<sup>591</sup> “Garantías de ejecución (1) Una parte que, razonablemente, crea que la otra incumplirá sus obligaciones de manera esencial, puede exigirle que proceda a garantizar el correcto cumplimiento de estas y, entre tanto, puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones durante el tiempo en que persista en este convencimiento razonable. (2) Si dichas garantías no se prestan en un plazo razonable y la parte que las exigió sigue creyendo de manera razonable que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte, la primera puede poner fin al contrato, comunicando de inmediato dicha resolución.” Es de resaltar que la versión en lengua inglesa usa el mismo término que la Convención “*Assurance of Performance*” que aquí, sin embargo, es traducido como “Garantía de ejecución” en vez de “seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones”.

pudiendo diferir su propio cumplimiento mientras persista dicha creencia razonable, siendo su falta de entrega en un plazo razonable motivo para resolver el contrato. Más adelante, el artículo 9:304<sup>592</sup> prevé la posibilidad de que, cuando con carácter previo al vencimiento, resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato.

Como vemos, una primera nota en común de ambas regulaciones es que el derecho de suspensión lo admiten sólo para supuestos de incumplimiento esencial, lo cual es una limitación muy importante para su ejercicio que no parece encontrar justificación en la realidad del tráfico mercantil. Al mismo tiempo, y de manera esta vez sí satisfactoria, no delimitan qué tipo de obligación es incumplida, si es recíproca o no. Y tampoco fijan un plazo máximo de lo que se pueda entender como plazo razonable para aportar las garantías solicitadas por el acreedor de la obligación, un aspecto que siempre puede aportar algo más de certeza llegado el caso de disputa. La falta de una obligación específica de notificar la suspensión es común a ambas normativas, probablemente motivada porque ambas parecen incidir más en la necesidad de aportar garantías que en el derecho de suspensión y, por tanto, se entiende que ha tenido lugar con la exigencia de las garantías.

Por otro lado, y en lo relativo al derecho de resolución, en ambas regulaciones se delimita el supuesto de hecho de manera escueta, centrado únicamente en el incumplimiento de una obligación esencial, sin delimitar el carácter de esta (recíproca o no) o de si dicho incumplimiento es consecuencia de una voluntad declarada rebelde al cumplimiento (como en el artículo 72.3 de la Convención) o de la existencia de causas externas que lo determinen (artículo 72.1 de la Convención). A la hora de ejercitar el derecho de resolución en una situación de incumplimiento esencial, ambas normas distinguen si nos encontramos ante un supuesto de existencia de una *creencia razonable* o de una situación *evidente o patente*; en el primer caso el acreedor podrá exigir garantías de cumplimiento y de no proporcionarse puede resolver el contrato, mientras que en el segundo caso el acreedor podrá resolver directamente el contrato sin necesidad de exigir previamente garantías de cumplimiento. Se trata, por tanto, de una regulación similar a la del artículo 72 de la Convención, pero dividido en dos normas, aunque vemos también que, frente a la regulación de la Convención, en ambos casos no se exige expresamente en el artículo notificar la resolución, pero entendemos que es consecuencia de haber sido regulado en una cláusula previa general relativa, en exclusiva, a este aspecto (artículo 7.3.2. en el caso de los PICC y

---

<sup>592</sup> «Incumplimiento previsible. Cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato».

9.303 en el caso de los PECL), aunque, de forma extraña, el PECL exige explícitamente que el acreedor que no haya recibido garantías adecuadas declare la resolución del contrato "sin demora"; las disposiciones paralelas del Convenio y del PICC no establecen un plazo expreso.

Por último, señalar que los PICC y PECL establecen normas para los contratos a plazos que, aunque diferentes en su formulación, equivalen prácticamente a los mismos resultados que los del artículo 73. El artículo 9:302<sup>593</sup> PECL permite la resolución de partes aisladas de un contrato por partes separadas (de "ejecución fraccionada" en la no muy acertada traducción al castellano) siempre que exista un "incumplimiento esencial" con respecto a dicha parte y que se pueda determinar el porcentaje de la contraprestación a la que afecta. Se trata, ciertamente, de una formulación complicada de difícil aplicación práctica en lo referente a determinar el porcentaje de contraprestación. Cuando estemos hablando de 1 de 20 entregas de bienes idénticos en un contrato de suministro será fácil, pero mucho más complicada cuando los bienes no sean idénticos u homogéneos, como ocurre en la venta de cierto tipo de maquinaria donde el precio no necesariamente es equivalente a un porcentaje del total, porque puede ser que la importancia de esa pieza sobre el total sea mayor (o menor) de lo que indica el precio. Adicionalmente, el contrato sólo puede ser resuelto en su totalidad si el incumplimiento es esencial para el contrato en su conjunto o si, como consecuencia del incumplimiento esencial del vendedor, las mercaderías que el comprador había recibido carecen de valor para él (Artículo 9:306 PECL<sup>594</sup>). Los PICC, aunque no prevé remedios especiales en los contratos fraccionados, sí hace una referencia a la referencia a la restitución en los contratos divisibles de larga duración y es para decir que sólo procede respecto al futuro (Artículo 7.3.7 PICC). El Comentario Oficial deja claro que la restitución solo cabe hacia el futuro porque los contratos solo se resuelven de cara al futuro y, además, podría resultar inapropiado deshacer el cumplimiento de un contrato "cuyos efectos se llevaron a cabo durante un largo período de tiempo antes de la resolución.

---

<sup>593</sup> "Contratos de ejecución fraccionada. En un contrato de ejecución fraccionada, la parte perjudicada puede ejercer su facultad resolutoria, conforme a esta sección, sobre aquella parte del contrato que se hubiera incumplido de manera esencial y respecto de la que pueda determinarse el porcentaje de contraprestación a que afecta dicho incumplimiento. El perjudicado únicamente podrá resolver el contrato en su totalidad si el incumplimiento resulta esencial para el conjunto de este."

<sup>594</sup> "Bienes cuyo valor ha disminuido. La parte que resuelve un contrato puede devolver aquellos bienes que hubiera recibido de la otra parte con anterioridad cuando su valor para la primera parte se hubiera visto sensiblemente reducido como consecuencia del incumplimiento."

### 4.2.3 Código Europeo de Contratos

El Código Europeo de Contratos (también llamado Proyecto de Pavia o Proyecto Gandolfi por el profesor italiano que es su principal impulsor) ha sido redactado por una red de académicos de distintos Estados miembros de la Unión Europea con el propósito de redactar un cuerpo codificado de Principios de Derecho Patrimonial Europeo, basados primordial, aunque no exclusivamente, en un estudio comparado de las legislaciones de los países que conforman la Unión. Como hemos visto anteriormente con lo ocurrido con los PICC y los PECL, se pretende ir más allá de una mera recopilación de la legislación vigente en los países de la Unión y proponer las reglas que se consideran más adecuadas para la realidad presente del tráfico mercantil, con el muy ambicioso objetivo de que sirvan de base para un eventual futuro texto legislativo a ser adoptado por la Unión.

El Código Europeo de Contratos se estructura, principalmente y como ocurre con el resto de las legislaciones modernas por influjo de la Convención y el *common law*, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad. Además, constituye, a diferencia del resto de instrumentos que se revisan en esta sección, un verdadero código que presenta una cierta armonía entre sus normas.

En cuanto a su regulación del incumplimiento anticipado, el Código Europeo de Contratos recoge en sus artículos 90<sup>595</sup> y 91<sup>596</sup> el ejercicio del derecho de

---

<sup>595</sup> “Deudor que declara por escrito no querer cumplir. 1. Si el deudor declara por escrito al acreedor no tener intención de cumplir, este último tiene la facultad de notificarle por escrito y sin demora, y en todo caso dentro de ocho días, que en virtud de esta declaración considera la obligación incumplida. En defecto de dicha notificación, el acreedor no podrá rechazar el cumplimiento que tenga lugar posteriormente. 2. El deudor, dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la notificación mencionada en el apartado anterior, puede impugnarla por escrito; y si, en los ocho días que siguen, el acreedor no reconsidera por escrito su posición, deberá el deudor dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo. 3. Salvo pacto en contrario entre las partes, los plazos indicados en los apartados anteriores y en los artículos siguientes se suspenden en los periodos festivos y vacacionales habituales y conforme a lo previsto en el artículo 58”.

<sup>596</sup> “Deudor que no se halla en situación de cumplir. 1. Si antes del vencimiento del plazo, resulta razonable estimar que el deudor no está o no se ha situado en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no se encuentra en situación de cumplirla sin defectos notables, y que todo ello no es debido a una acción u omisión del acreedor, este último puede instarle por escrito a que, en un plazo razonable, que no será inferior a quince días, garantice adecuadamente el cumplimiento futuro con la advertencia de que a falta de garantía el incumplimiento se considerará definitivo. 2. El deudor, si no proporciona la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, impugnar por escrito a la solicitud del acreedor y debe, si este último no reconsidera por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo”.

resolución basado tanto en causas subjetivas como en objetivas, mientras que el artículo 108<sup>597</sup> recoge el ejercicio del derecho de suspensión. A diferencia de todas las regulaciones que hemos visto ahora, claramente basadas en la Convención, el Código se muestra como una regulación académica y alejada de la práctica comercial a la que debería de servir, tanto por sus excesivos formalismos en el modo de actuar como por los largos plazos a los que sujeta el ejercicio de los derechos. En cierta forma, recuerda a las cláusulas de notificación de reclamaciones entre partes en un contrato de compraventa de empresas, donde, dada la importancia del tema, se tienen que ir sucediendo diferentes etapas a fin de que ambas partes tengan tiempo de estudiar y preparar las respectivas reclamaciones y respuesta. Pero, como decimos, esto es totalmente incompatible con la realidad del mundo del comercio, sea nacional o internacional, donde las partes tienen que actuar con agilidad por lo que podemos prever que será, por tanto, rechazada por el mundo empresarial.

#### 4.2.4 Borrador de Marco Común de Referencia de 2009 (DCFR)<sup>598</sup>

Lo peculiar de este instrumento es que, a diferencia de los anteriores, tiene una naturaleza híbrida ya que, por un lado es un instrumento de *soft law* carente de eficacia jurídica vinculante, y, por otro lado, su origen y desarrollo se debe a una iniciativa puramente política de las instituciones europeas.

Y es que su germen se encuentra en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001, en relación con posibles desarrollos en el derecho contractual europeo. Este documento con cuatro posibles opciones de actuación fue sometido a la opinión de las instituciones políticas de la Unión, los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia. La opción ganadora fue la Opción III, que proponía redactar principios comunes no vinculantes a todas las legislaciones (*soft-law*) a través de una previa investigación de Derecho

---

<sup>597</sup> [*“Derecho del acreedor a suspender el cumplimiento de los contratos sinalagmáticos”*] dispone que *“1. En los contratos sinalagmáticos, si una de las partes incumple o no ofrece cumplir su obligación, cualquiera que sea la gravedad del incumplimiento, el acreedor tiene la facultad de suspender la prestación debida por él simultánea o sucesivamente, salvo que tal suspensión sea contraria a la buena fe. 2. Se considera como contrario a la buena fe la suspensión: a) que ocasione a la otra parte consecuencias excesivamente onerosas; b) cuando, a pesar de que se haya comprobado que el incumplimiento es de escasa entidad, la suspensión conlleve la extinción de la obligación del acreedor; c) que perjudique un derecho fundamental de la persona”*.

<sup>598</sup> Study Group on a European Civil Code *“Principles definitions and model rules of European Private Law”*, disponible en [https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf)

comparado y con la colaboración de académicos y profesionales de la justicia. Es decir, algo que recordaba extraordinariamente a los PECL y que, lógicamente, sirvió de base para su redacción.

En base a ello, la Comisión publicó un Plan de Acción para una legislación contractual europea más coherente en 2003 y se inició así el proceso de creación de lo que se conoce como el Marco Común de Referencia (“*Common Frame of Reference*” o CFR) con la finalidad de establecer los «principios comunes del derecho contractual», así como una «terminología común». Posteriormente se publicó en 2010 la edición completa del denominado “Borrador” (“*Draft*”) dando lugar al DCFR<sup>599</sup>, donde (siguiendo de nuevo el ejemplo de los *Restatements of Law*) cada una de las llamadas *black letter rules*<sup>600</sup> se acompañan de comentarios específicos y de notas de derecho comparado, como habían hecho anteriormente los PICC y los PECL. Y, como hemos visto en ejemplos anteriores, sus redactores se acabaron alejando de su objetivo inicial de identificar el «*common core*» del Derecho patrimonial privado europeo (éste es el objeto del DCFR), y en su lugar optaron por reflejar en el texto lo que consideraron como las mejores soluciones o «*best rules*» de cada caso.

En relación con la doctrina del incumplimiento anticipado, el DCFR pese a ser heredero de los PECL, modifica sustancialmente su regulación en esta materia tanto en relación con el ejercicio del derecho de suspensión como del de resolución y lo hace a mejor.

En el caso del derecho de suspensión, el artículo III.-3:401.2<sup>601</sup> ve, por un lado, ampliado su campo de ejercicio al no verse restringido a incumplimientos

---

<sup>599</sup> von Bar Christian et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)* Sellier European Law Publishers, 2009).

<sup>600</sup> De nuevo, por influencia norteamericana se usa esta expresión que tiene su origen en la forma de editar los textos legales en EE.UU. a comienzos del siglo XIX, donde los principios de derecho que estaban ya consolidados se imprimían con un tipo de letra especial negra, de ahí que a los principios de derecho se les empezase a llamar “*black letter rules*”.

<sup>601</sup> Derecho a suspender el cumplimiento de una obligación recíproca.

(1) El acreedor que deba cumplir una obligación recíproca al mismo tiempo que el deudor o después tiene derecho a suspender el cumplimiento de esta hasta que el deudor se haya ofrecido a cumplir su obligación o la haya cumplido realmente.

(2) Un acreedor que deba cumplir una obligación recíproca antes que el deudor y que crea razonablemente que el deudor no cumplirá su obligación cuando esta venza, puede suspender el cumplimiento de la obligación recíproca mientras, razonablemente, siga creyendo esto. Sin embargo, el derecho a suspender el cumplimiento se pierde si el deudor garantiza debidamente que cumplirá su obligación.

(3) Un acreedor que suspenda el cumplimiento de una obligación en las circunstancias que se explican en el apartado 2 tiene el deber de notificar este hecho al deudor tan pronto como

esenciales, pero, por otro lado, se ve restringido a las obligaciones recíprocas, sinalagmáticas. En él, y como novedad, el acreedor debe notificar la suspensión al deudor tan pronto como sea razonablemente posible para que este pueda oponerse o aportar las garantías oportunas; al igual que ocurre en el artículo 71 de la Convención, esta notificación no es preceptiva antes del ejercicio del derecho, pero de no tener lugar, el acreedor responde frente al deudor de las pérdidas que ello le causen.

Adicionalmente y aunque no lo menciona expresamente, el artículo III.-3:505<sup>602</sup> parece contener un derecho de suspensión, pero, esta vez sí, referido a incumplimientos esenciales, ya que no de otra forma se puede entender cómo gestionar la situación que se da en el ínterin entre la solicitud de garantías ante la sospecha razonable de que tendrá lugar un incumplimiento esencial y la no prestación de estas en un periodo razonable. Como vemos, el III.-3.505 se parece mucho (incluso en su literalidad) a lo dispuesto en el 7.3.4 de PICC y 8:105.(2) de PECL, pero con el importante matiz de no incluir expresamente la facultad de suspensión.

En el caso del derecho de resolución, el artículo III.-3:504<sup>603</sup>, siendo también escueto en su regulación, elimina el uso de los adjetivos “patente” (7.3.4 PICC) y “evidente” (9:304 PECL) por un intento de concretar mejor la situación específica que da derecho a su ejercicio mediante la referencia a la declaración rebelde al cumplimiento u otra causa que deje claro que tendrá lugar dicho incumplimiento<sup>604</sup>. Como vemos, el factor subjetivo es muy difícil de eliminar totalmente en el ejercicio de este derecho, tal y como hemos visto desde su nacimiento como doctrina jurídica.

---

sea razonablemente posible y será responsable de las pérdidas que el incumplimiento de este deber ocasione al deudor.

(4) En virtud del presente artículo, podrá suspenderse la totalidad o parte del cumplimiento, según sea razonable en las circunstancias dadas.

<sup>602</sup> Un acreedor que razonablemente piense que el deudor incumplirá de forma esencial una obligación contractual puede resolver si solicita que se garantice de manera adecuada el cumplimiento debido y dicha garantía no se proporciona en un plazo de tiempo razonable.

<sup>603</sup> Un acreedor puede resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento de una obligación contractual si el deudor ha declarado su intención de no cumplirla, o queda claro de otro modo que dicho incumplimiento se producirá, y si éste es esencial.

<sup>604</sup> Siguiendo el modelo existente en derecho inglés donde se distingue, de forma similar, entre «*disablement*», que no precisa la existencia de una voluntad deliberada de incumplir (aunque sea una consecuencia de su acción u omisión), y «*renunciation/repudiation*» que, por el contrario, parte de la existencia de una voluntad clara e inequívoca de no cumplir, Edwin Peel and Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, 13. ed. ed. (London: Sweet & Maxwell [u.a.], 2011), pp. 840 et seq.

## CAPÍTULO CINCO. CONCLUSIONES

### I

Desde la Antigüedad, el comercio internacional ha girado en torno al contrato de compraventa que, a lo largo del tiempo y en función de las sociedades en las que se desarrolló, ha sufrido variaciones en sus usos, costumbres y regulaciones, pero siempre ha seguido siendo la piedra angular sobre la que se desarrollaban los intercambios comerciales. Fue esta primacía la que condujo a la búsqueda de una regulación común de la compraventa de mercancías a escala internacional en la Edad Moderna.

### II

Los esfuerzos del profesor Rabel por crear un Derecho mercantil internacional unificado fructificaron en los años veinte con la creación de UNIDROIT, primer organismo internacional cuyo objetivo declarado era promover dicha unificación mediante la elaboración de una legislación uniforme de Derecho privado.

UNIDROIT centró sus trabajos iniciales en la compraventa internacional de bienes muebles, dando lugar, tras el paréntesis de la Segunda Guerra Mundial, a la redacción de un proyecto que finalmente dio lugar en 1964 a dos leyes uniformes adoptadas en La Haya, una sobre la compraventa internacional de mercancías y otra sobre su formación (las denominadas "LUCI" y "LUFC", respectivamente)

### III

Estas leyes uniformes nacieron ya heridas de muerte por los importantes cambios que estaba experimentando el mundo mientras se redactaban. Sus redactores fueron juristas, en su mayoría, de origen europeo continental que ignoraron casi por completo no sólo el *common law*, sino la importantísima (en aquel momento histórico) familia socialista y, como demostró más tarde la Convención, a los países en vías de desarrollo. El proceso de descolonización había acelerado su ritmo al final de la guerra mundial y dio lugar a una nueva realidad internacional en la que un buen número de nuevos Estados pretendían defender sus propias realidades locales. Las Leyes Uniformes de La Haya fueron vistas con recelo por aquellos nuevos Estados que no habían participado en su génesis y que las veían como fruto de los intereses de los países europeos que habían sido sus colonizadores y, por tanto, redactadas desde una perspectiva muy diferente a la suya como países productores de materias primas y no de equipos manufacturados.

#### IV

Por el contrario, en ese mismo momento histórico, la ONU había sido recientemente constituida y gozaba de un gran prestigio y especial protagonismo como principal organización internacional facilitadora de las relaciones internacionales de los Estados al estar representados en ella todos los países en igualdad de condiciones (salvo por los votos del Consejo de Seguridad). Ese protagonismo fue el que hizo que se impusiera como el cauce adecuado para retomar el impulso de la unificación del derecho mercantil internacional, algo en lo que todos los países, independientemente de su ideología o situación de desarrollo económico, estaban de acuerdo porque todos necesitaban del comercio internacional para su desarrollo.

#### V

En 1966 se creó en el seno de la ONU la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNCITRAL como es más conocida) con el objetivo declarado de buscar la misma armonización del Derecho mercantil internacional que estuvo en el origen de UNIDROIT y, en particular, promover la adopción de nuevos convenios internacionales y leyes uniformes o modelo. La diferencia es que ahora el paraguas de la ONU protegía el trabajo a realizar de la acusación de no haber tenido en cuenta los intereses de los distintos países, por lo que su labor tuvo la suerte de contar con un gran impulso inicial en sus primeros trabajos debido al prestigio que la ONU tenía en aquel momento.

#### VI

Como resultado, tras doce años de intensos trabajos, la Conferencia Diplomática de Viena de 1980 aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CCIM, o CISG como es más conocida), que hoy en día puede considerarse, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos normativos internacionales de mayor éxito, no sólo por el gran número de países que la han firmado y ratificado sino, sobre todo, por su uso generalizado en la práctica del comercio internacional.

#### VII

Aunque la Convención se basa principalmente en el derecho anglosajón, por considerarlo mejor adaptado a las prácticas y problemas comerciales contemporáneos, también recibe influencias de otras familias jurídicas, como el derecho civil, la escuela pandectista y el derecho islámico, siendo la expresión de una voluntad compartida de los países en desarrollo y los países desarrollados (Norte-Sur), de los países entonces socialistas con los de la

economía de mercado (Este-Oeste). Sus soluciones han servido de modelo e influencia para la modernización de las legislaciones nacionales y para la redacción de los textos de *soft law* más modernos.

## VIII

La influencia del *common law* es evidente a través de las bases de la Convención establecidas por el profesor Rabel. El modelo unitario de incumplimiento y su sistema uniforme de remedios, gran parte de la teoría de la formación del contrato, la transmisión del riesgo, la revocabilidad de la oferta, el deber de mitigar los daños, son, a modo de ejemplo, figuras y conceptos jurídicos que proceden del *common law*.

## IX

Un ejemplo de esta influencia anglosajona es la introducción en el articulado de la Convención de una institución que tiene su origen exclusivo en la práctica jurisprudencial inglesa, el llamado "*anticipatory breach*" o "*anticipatory non-performance*", también llamado "*anticipatory repudiation*" en el derecho estadounidense. Como creación jurisprudencial no recogida en ninguna codificación inglesa, ha sufrido modificaciones a lo largo del tiempo, pero hoy en día se considera aplicable a aquellas situaciones en las que, de palabra o de conducta y antes del momento fijado para el cumplimiento de la obligación debida, existen indicios de que ésta probablemente no se cumplirá. La razón última de esta doctrina es económica, ya que permite a la parte cumplidora ejercer sus derechos con prontitud evitando costes legales y mitigar pérdidas al no seguir preparando las obligaciones contractuales.

La mayoría de los sistemas de Derecho civil no contemplaban esta figura cuando se adoptó la Convención en 1980.

## X

Esta institución pronto viajó al otro lado del Atlántico y fue progresivamente adoptada por los tribunales de los diferentes Estados que dieron lugar a los Estados Unidos de América. A mediados del siglo pasado y dentro del esfuerzo de codificación de las prácticas comerciales existentes en los EE.UU., la publicación del *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) supuso la consolidación a nivel federal de la doctrina ya que ha sido progresivamente adoptada por los diferentes Estados, si bien en los EE.UU. esta doctrina se conoce como "*anticipatory repudiation*" y se incorpora el importantísimo concepto de "*adequate assurance*" para garantizar el buen fin del contrato.

## XI

El concepto de "incumplimiento anticipado" llegó a la Convención a través de la LUCI, que fue el punto de partida de la nueva Convención, pero su redacción se basaba en conceptos tradicionales ingleses. Durante los trabajos preparatorios, se introdujeron cambios importantes y sustanciales en el texto original de la Ley Uniforme para dar cabida a las preocupaciones de los países en desarrollo que consideraban que esta doctrina estaba dotada de un importante factor de subjetividad en su aplicación, ya que el incumplimiento del que nace el derecho aún no se había producido. En este sentido, la influencia de la U.C.C. fue fundamental para acomodar los intereses de los distintos países y dotarla de una mayor objetividad en su ejercicio, si bien la Convención recoge un principio amplio de incumplimiento anticipado al admitirlo para circunstancias que hagan altamente probable el incumplimiento, esté o no relacionado con el deudor, a diferencia del *common law*, que restringe su utilización a los casos en que el deudor haya repudiado el contrato, bien por declaraciones o por conductas concluyentes.

## XII

Los artículos 71 a 73 de la Convención regulan dos medidas muy habituales en la práctica del comercio, ya sea a nivel nacional o internacional, cuando la distancia entre las partes hace que exista un desfase temporal entre la entrega efectiva de la mercancía y el pago y, por tanto, una mayor probabilidad de que se produzcan situaciones que puedan poner en peligro la normal ejecución del contrato. Estas medidas son remedios que pueden ser aplicados extrajudicialmente (*self-help*) y están destinadas a proteger a la parte que, de antemano, ve en riesgo la correcta ejecución de su contrato y que, de no existir, obligarían a las partes a esperar la respectiva ejecución recíproca y, sólo en caso de incumplimiento efectivo, poder resolver el contrato o ejercer otro tipo de remedio legal.

Se trata, por un lado, ex artículo 71, de una medida temporal de suspensión de sus obligaciones para dar tiempo a la otra parte a resolver el problema que haya podido surgir y, por otro lado ex artículos 72 y 73, de otra medida definitiva de terminación del contrato cuando éste definitivamente no pueda mantenerse en vigor.

## XIII

La solución aportada por el artículo 71 consiste en autorizar a ambas partes de un contrato a suspender provisionalmente las prestaciones a las que estuvieran obligadas en virtud del mismo siempre que, tras la celebración del contrato, se produzca una determinada situación ("resulta *manifiesto* que la otra parte no

cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones") que puede derivarse de una serie de causas recogidas en la norma y siempre que se notifique a la otra parte. Una vez notificada a la parte bajo sospecha la existencia de tal situación de inseguridad, su ofrecimiento de una seguridad adecuada pone fin a la inseguridad que amenazaba al contrato y obliga a su cumplimiento.

Cuando la mercancía está en tránsito, el segundo párrafo, aplicable únicamente al vendedor, le permite interrumpir su entrega una vez que ésta ha sido puesta a disposición del comprador.

#### XIV

En esencia, el artículo 71 pretende proteger el principio de "entrega contra pago" del artículo 58 de la Convención, estableciendo remedios que surten efecto antes de que cualquiera de las partes cumpla su obligación, antes de que el vendedor envíe las mercaderías o de que el comprador las pague (artículo 71.1) o incluso mientras las mercaderías están en tránsito (artículo 71.2). Se crea así un vínculo sinalagmático "ficticio", en el sentido de que, en realidad, el factor distancia propio de las transacciones internacionales hace imposible el cumplimiento del principio "entrega contra precio", pero el artículo 71 establece este vínculo como requisito previo para su aplicación e implica una forma de ejercicio de la *exceptio non-adimpleti contractus antes del* vencimiento de la obligación debida.

Esta capacidad de retención es lo que lo diferencia de otros instrumentos habituales en la práctica comercial internacional, como los créditos documentarios, que entran en juego cuando una de las partes ya ha cumplido su obligación, es decir, se ha enviado la mercancía o se ha efectuado el pago (lo que protege el crédito documentario es entregar la mercancía si no ha habido pago o pagar por una mercancía no conforme con el contrato)

#### XV

El mayor problema en relación con la redacción del artículo 71.1 es la determinación del *grado de probabilidad* necesario para poder ejercer el remedio suspensivo que contiene. Un exceso de subjetividad puede dar lugar a un posible uso abusivo del mismo (que puede llevar a presionar a la contraparte para buscar mejores condiciones o, incluso, a buscar salirse del contrato para especular) mientras que un exceso de condiciones elimina su sentido práctico al ser llevado a niveles de exigencia que hacen inviable su uso.

La fórmula fue, por un lado, dotarla de flexibilidad en su uso introduciendo el adjetivo "*manifiesto*" para calificar el potencial incumplimiento y, por otro, objetivar su uso permitiéndolo sólo si la incertidumbre surge de situaciones que afectan a la capacidad (física o económica) o al comportamiento de la parte bajo

sospecha. Además, el concepto crítico a determinar es el momento en que se hacen "*manifiestas*", es decir, es relevante el momento cognitivo (datos subjetivos) y no el causal (datos objetivos).

#### XVI

La aplicación por los tribunales de este criterio ha sido, cuando menos, muy problemática. Sólo cuando existe una *manifiesta* voluntad rebelde de cumplir (en línea con el repudio anticipado del § 2-610 U.C.C.) podemos estar seguros de que se cumplirá el estándar exigido. En todas las demás situaciones, los tribunales han sostenido que el mero temor subjetivo no es suficiente, sino que es necesario, sin exigir certeza, concluir que una parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones.

Ello supone fijar el listón de la probabilidad muy alto, tanto que lo acerca peligrosamente al listón exigido por el artículo 72. Esto tiene consecuencias ilógicas: el derecho de suspensión pierde completamente su finalidad (tanto como medida coercitiva para el cumplimiento como medida defensiva) y se convierte en un "*safe-harbour*" para situaciones en las que, ante la más mínima duda sobre el carácter que un tribunal pueda dar a un incumplimiento, la parte acreedora puede invocar preventivamente el derecho de suspensión y emprender después la resolución sin arriesgarse a ser ella la que se considere en incumplimiento y obligada a pagar daños y perjuicios.

#### XVII

El derecho de detención del artículo 71.2 es, por un lado, *limitado* porque no afecta a terceros, sólo puede ejercitarse exclusivamente entre vendedor y comprador; y, por otro, de *eficacia relativa* porque, en supuestos distintos de los recogidos en los INCOTERM C y D, será la ley aplicable la que determine si el transportista debe seguir las instrucciones del vendedor si el comprador es el titular de la carta de porte. En este caso, seguirá siendo de aplicación el artículo 71.2, pero es posible que el comprador obtenga la entrega de la mercancía, aunque luego se exponga a daños y perjuicios si se demuestra que el vendedor tenía razón al ejercer su derecho.

#### XVIII

Dado que el derecho de retención puede ejercitarse en situaciones de cierta urgencia, no es necesario notificar su ejercicio con carácter previo a su utilización, ya que lo haría inviable en la práctica. Sin embargo, la falta de notificación posterior (aunque sea verbal o implícita) ha sido considerada por la jurisprudencia, en general, como un supuesto de incumplimiento de los requisitos necesarios para su ejercicio porque considera que así se perjudica la posibilidad

de aportar seguridades suficientes, aunque la doctrina tiende a considerarlo como un simple supuesto de incumplimiento que sólo daría lugar a una indemnización por los daños y perjuicios causados.

#### XIX

Bajo la influencia de la delegación estadounidense, el concepto de "*adequate assurance*" (seguridades suficientes) del U.C.C. se introdujo en el artículo 71.3 para poner fin a las dudas que pudiera albergar el acreedor sobre la capacidad de la parte bajo sospecha para cumplir sus obligaciones contractuales. Sin embargo, a diferencia de las disposiciones del U.C.C., el Convenio *no regula un derecho del acreedor a solicitar seguridades suficientes* en caso de incertidumbre sobre el contrato, *sino un derecho del deudor a proporcionarlas*.

#### XX

La consecuencia es que se crea una situación exactamente contraria a la que se debería conseguir con este concepto: en lugar de proporcionar al acreedor la tranquilidad de que el contrato se va a cumplir, se crea una situación de absoluta incertidumbre para el acreedor si el deudor no los aporta, ya que, además, la Convención, inexplicablemente, no regula ni un plazo máximo para su presentación ni las consecuencias de su falta de aportación.

En otras palabras, la falta de aportación de una seguridad suficiente no aporta ninguna ventaja a la parte inocente, cuando la esencia de la introducción de este mecanismo es, precisamente, colocarla en una situación mejor que la que tenía.

#### XXI

De hecho, la deficiente regulación del mecanismo de las seguridades suficientes es la mayor crítica que puede hacerse a la regulación de la Convención del incumplimiento anticipado.

La mejor recomendación es que las partes aborden las deficiencias de la Convención en este aspecto concreto y, haciendo uso de su facultad de modificarla de conformidad con el artículo 6, procedan preventivamente a complementar su contrato estableciendo un plazo razonable, de acuerdo con su sector y las prácticas internacionales, para la prestación de las seguridades suficientes (definiendo incluso qué se entiende por tales seguridades suficientes y en qué circunstancias deben prestarse) y la consecuencia jurídica de su incumplimiento en el plazo acordado.

## XXII

Para evitar las duras consecuencias económicas que una utilización rígida del artículo 71 podría tener para el acreedor, en los últimos años tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen perfilando la existencia de un derecho general de suspensión sobre la base del artículo 71 en combinación con la regulación contenida en otros artículos de la Convención que contienen derechos limitados de suspensión (58.1 segunda frase, 81.2 segunda frase, 85 segunda frase, 86.1 segunda frase)

Este derecho existiría incluso en aquellas situaciones en las que la obligación ya se ha cumplido parcialmente, pero no de conformidad con el contrato en algunas de sus partes esenciales, y se prevé que el resto del contrato no se cumplirá correctamente en el futuro. En cierto modo, se trata de una situación similar a la prevista en el Artículo 73.2.

## XXIII

Del mismo modo, y con la misma finalidad de que una parte no esté obligada a cumplir sabiendo que la otra no lo hará satisfactoriamente, la jurisprudencia más reciente y la mejor doctrina avalan el uso de este derecho también en situaciones en las que las obligaciones no tienen por qué ser necesariamente sinalagmáticas, pero son importantes para el correcto cumplimiento del contrato (por ejemplo, deberes de confidencialidad, protección de derechos de propiedad intelectual, colaboración)

El fundamento jurídico de este planteamiento se basa principalmente en la utilización en el artículo 71.1 de la expresión "no cumplirá una *parte sustancial* de sus obligaciones", ya que lo que el acreedor considere sustancial en un momento dado en que peligra la correcta ejecución del contrato dependerá de sus expectativas legítimas en ese mismo momento y es independiente de su ejecución suspendida. En otras palabras, no es necesario que exista una imagen refleja entre sus obligaciones.

## XXIV

En resumen, y basándonos en las intenciones expresadas por las delegaciones de los países que participaron en los trabajos preparatorios de la Convención, podemos concluir que el derecho de suspensión en la Convención se diseñó con la intención de ser un derecho protector (i) del contrato al tratar de mantenerlo vivo en cumplimiento de la finalidad última de la Convención, y (ii) de ambas partes al ofrecer al acreedor la posibilidad de no cumplir si teme no recibir la contraprestación que le corresponde y al deudor la posibilidad de ofrecer seguridades suficientes para disipar ese temor.

Sin embargo, como hemos visto en los puntos anteriores, su regulación es claramente insatisfactoria porque la esencia misma de este artículo, su corazón mismo, es dar al acreedor una opción para despejar sus dudas sobre la correcta ejecución del contrato antes de un eventual ejercicio del derecho de resolución, y, en sus términos actuales, esto no se cumple: (i) por un lado, el umbral de probabilidad fijado es tan alto que lo hace casi equivalente al del derecho de terminación, lo que invalida su uso por el temor a equivocarse en la apreciación y caer él mismo en incumplimiento contractual, y (ii) por otro lado, se ha pervertido el mecanismo de las seguridades suficientes al no permitir que sea el acreedor quien reclame su aportación en un plazo razonable y con una consecuencia clara en caso de no hacerlo.

#### XXV

Así, el Artículo 71 básicamente hace que la suspensión sólo esté disponible cuando un incumplimiento es prácticamente esencial, reduciendo así la suspensión simplemente a una respuesta menor disponible para la parte perjudicada que también la podría servir para resolver el contrato. En consecuencia, la suspensión en virtud de la CISG se limita más o menos a ser un remedio alternativo a la resolución del contrato en virtud del Artículo 72 por incumplimiento esencial.

#### XXVI

El artículo 72 es un complemento y una continuación lógica del remedio de suspensión temporal que ofrece el artículo 71, ya que prevé un remedio de resolución cuando resulte "*patente*" que la contraparte cometerá un incumplimiento esencial antes de la fecha de cumplimiento (apartado 1) o declare que no cumplirá con sus obligaciones (apartado 3), siendo innecesario en este último caso proceder a notificar la resolución.

#### XXVII

El concepto de "incumplimiento esencial" es el aspecto fundamental a tener en cuenta en el ejercicio del derecho de resolución en caso de incumplimiento anticipado, ya que sólo él permite activarlo.

Se trata de un concepto regulado en el artículo 25 de la Convención, que determina que se produce cuando un acto de una de las partes da lugar a que la otra se vea sustancialmente privada de lo que espera en virtud del contrato. Además, se exige que la pérdida sea previsible, ya que, si no lo era, y una persona razonable en las mismas circunstancias no podía preverla, no hay incumplimiento esencial.

En definitiva, debe tratarse de un incumplimiento esencial que, de producirse y con independencia de su origen e incluso si fuera posible su cumplimiento, daría lugar a la resolución del contrato de conformidad con los artículos 49 y 64 de la Convención.

#### XXVIII

En la definición del artículo 25, el aspecto problemático es determinar qué se entiende por "*sustancial*", ya que, por definición, es un término subjetivo que dependerá del criterio de la persona que lo evalúe y de las circunstancias concretas del caso *ad hoc*.

La jurisprudencia, más allá de los casos obvios de incumplimiento de la obligación principal (falta de pago o de entrega) o cuando las partes han considerado previamente algún aspecto concreto como esencial (por ejemplo, "*time being of the essence*"), lo ha considerado (desde el punto de vista del comprador) cuando las mercancías no son utilizables o reparables, no hay certeza de propiedad, o (desde el punto de vista del comprador) cuando no hay certeza de pago, ya sea por problemas de cobro en envíos anteriores o por falta de apertura de una carta de crédito a pesar de reiterados recordatorios.

#### XXIX

Al igual que en el artículo 71 con el adjetivo "*manifiesto*", el uso del adjetivo "*patente*" también nos obliga a emitir un juicio sobre la probabilidad de la inseguridad contractual.

La introducción de este adjetivo pretendía finalizar la objetivación del ejercicio del derecho elevando el nivel de probabilidad exigido en relación con el supuesto de suspensión, ya que el primero es un remedio definitivo y el segundo es temporal.

Aunque la jurisprudencia no ha exigido una certeza absoluta, sí requiere un grado muy elevado de probabilidad que ha de ser evidente para cualquier tercero e imparcial del mismo sector que se encuentre en la misma situación. Al igual que ocurre con el artículo 71, en caso de apreciación errónea de la situación, la parte que haya decidido rescindir el contrato incurrirá a su vez en incumplimiento y será responsable de los daños y perjuicios.

#### XXX

Similar a lo dispuesto en el artículo 71, pero en este caso *antes* del ejercicio del derecho de resolución, la parte bajo sospecha debe ser notificada para ofrecer seguridades suficientes de que cumplirá su prestación.

Esta notificación se ve matizada por dos circunstancias temporales, (i) si hubiere tiempo para ello, y (ii) que se realice con una antelación razonable (lo que, indirectamente, establece un plazo para el ejercicio del derecho a resolver). Esta obligación de preaviso razonable cesa, en todo caso, si la otra parte ha declarado que no cumplirá sus obligaciones (la "repudiación anticipada" del U.C.C.), aunque la jurisprudencia admite que también pueda derivarse de actos que impliquen una repudiación del contrato o si se producen situaciones objetivas (por ejemplo, incendios, controles de cambio) que impidan el cumplimiento futuro.

Hoy en día, la inmediatez de las comunicaciones ha dejado obsoleta la primera expresión, y la segunda sólo puede examinarse caso por caso, ya que la antelación que se considere razonable dependerá del tiempo necesario para proporcionar la seguridad suficiente que haga desaparecer el temor al incumplimiento. Al igual que en el artículo 71, la jurisprudencia ha considerado la falta de comunicación (que, como hemos dicho, no está justificada en los tiempos modernos) como un incumplimiento al tratarse de un requisito formal cuya finalidad es dar a la contraparte la posibilidad de aportar garantías suficientes para evitar la resolución.

### XXXI

A diferencia del artículo 71, el hecho de no ofrecer las seguridades suficientes permite al acreedor resolver el contrato, ya que puede considerarse, por analogía con el artículo 72.3, como una circunstancia que deja "*claro*" que se producirá un incumplimiento esencial, al considerar su incumplimiento como una declaración de su falta de voluntad de cumplir sus obligaciones. Hacerlo fuera del plazo razonable concedido con el preaviso, o discutir las seguridades que deben aportarse ofreciendo las que se consideren adecuadas es algo que deberá decidir un tribunal en función de las circunstancias concretas del caso *ad litis*.

### XXXII

El artículo 72 no establece cómo debe actuar el acreedor en el periodo de tiempo que transcurre hasta que se ofrece una seguridad suficiente.

Este hecho, unido a la delgada línea que separa el grado de probabilidad exigido por los adjetivos "*manifiesto*" y "*patente*", determina que en la comunicación que se haga a la parte bajo sospecha sea aconsejable que se ejerza el derecho de suspensión del artículo 71.3 y, al mismo tiempo, se exprese la intención de resolver conforme al artículo 72.2 en caso de que no se ofrezcan las seguridades suficientes.

### XXXIII

El artículo 73 es un caso particular del artículo 72, ya que mientras este último se refiere a los casos con una única entrega, el primero se refiere a los casos con entregas a plazos.

La jurisprudencia ha determinado que estamos ante un contrato que contiene entregas a plazos cuando, por una razón económica y/o lógica, pueda entenderse que se trata de un único contrato que permite realizar las entregas en lotes separados, quedando la definición de lo que se entiende por "lote" a lo que las partes hayan definido o pueda entenderse de la naturaleza del contrato.

### XXXIV

El primer párrafo del artículo 73 concede el derecho de resolución a cualquiera de las partes en relación con una entrega concreta. Se trata, por tanto, de un caso que no implica un incumplimiento anticipado, sino un incumplimiento real, y al que son aplicables las normas generales del Convenio en materia de resolución (artículos 25, 49 y 64)

### XXXV

El segundo párrafo del artículo 73 permite la resolución respecto de entregas futuras cuando, como consecuencia del incumplimiento, existan motivos razonables para inferir que se producirá un incumplimiento esencial en relación con las mismas. Se trata de un caso particular y menos exigente para su ejercicio que el incumplimiento anticipado del artículo 72, porque el incumplimiento (que no tiene por qué ser esencial) ya se ha producido. Como en cualquier declaración de resolución, el preaviso debe realizarse con un plazo razonable, que la jurisprudencia ha determinado que se cuente a partir del momento en que se produjo o pudo conocerse el incumplimiento.

Aunque no se especifica en el texto del artículo, es razonable aplicar por analogía (artículo 7.2) con lo dispuesto en los artículos 71 y, sobre todo, 72 que el deudor pueda ofrecer una seguridad suficiente, aunque en la práctica no será un caso muy habitual dadas las relaciones a medio y largo plazo entre las partes de este tipo de contratos.

### XXXVI

El párrafo tercero del artículo 73 completa el párrafo primero permitiendo la resolución de entregas presentes, pasadas y futuras si, al resolver una entrega concreta, su interdependencia las hace inutilizables para el fin previsto en el momento de la celebración del contrato.

La jurisprudencia no ha determinado claramente el concepto de interdependencia, especialmente en relación con los casos que afectan a materias primas, en los que mucho dependerá de las circunstancias específicas, por ejemplo, que tengan alguna característica especial que no las haga fácilmente sustituibles o porque tengan que proceder de la misma fuente.

#### XXXVII

Como último aspecto a considerar en relación con la regulación del incumplimiento anticipado en la Convención es el hecho de que las circunstancias y requisitos bajo los cuales tales medidas pueden ser ejercitadas e interpretadas por los Tribunales son muy particulares de la Convención y, aunque algunas de ellas tengan un origen primario en algún derecho nacional, son exclusivas de la misma y deben ser interpretadas de forma autónoma y a la luz de sus propios antecedentes históricos y no de las interpretaciones que alguna doctrina y tribunales entienden que deben ser.

#### XXXVIII

La institución del incumplimiento anticipado no existe en el Derecho español porque el Código Civil establece como principio general en su artículo 1.125 que no puede considerarse incumplidor a quien aún no está obligado a cumplir.

Sin embargo, mediante excepciones a la regla general, el Derecho español sí contempla soluciones a supuestos de hecho similares a los previstos en los artículos 71 y 72 CISG. Lo hace mediante la regulación de los supuestos en los que el deudor disipa las dudas sobre su cumplimiento futuro (el llamado "incumplimiento temido") mediante el ofrecimiento de garantías o la pérdida del plazo pactado, de modo que el incumplimiento deja de ser previsible (futuro) o anticipado y se convierte en actual.

Así, el Código Civil concede tres opciones de actuación al acreedor en distintos supuestos concretos de incumplimiento temido: la primera, suspender su propio cumplimiento (ex artículos 1.467 para la compraventa civil y 1.502 para la compraventa de inmuebles); la segunda, resolver el contrato (ex artículo 1.503 para la compraventa de inmuebles); y la tercera, ejercitar la facultad general de pedir la resolución anticipada de la obligación (ex artículo 1.129). La jurisprudencia asociada a estos supuestos ha reconocido en los últimos años que son manifestaciones de la doctrina del incumplimiento anticipado, especialmente en los casos de compraventa de inmuebles.

### XXXIX

Aunque desde hace más de veinte años existen en España diferentes iniciativas institucionales para actualizar de forma integral tanto la normativa civil como la mercantil, ninguna de ellas ha sido aprobada oficialmente hasta la fecha. Todas ellas contienen diversas regulaciones sobre incumplimiento anticipado en línea con lo dispuesto en diferentes instrumentos normativos internacionales como CISG, PICC, PECL o DCFR.

Sin embargo, ninguno de estos instrumentos internacionales, a pesar de estar basados en la Convención, refleja correctamente el resultado de la experiencia de contrastarlos con la realidad de los negocios internacionales. Por ello, sobre las siguientes conclusiones basadas en nuestro análisis previo de la regulación de la Convención sobre incumplimiento anticipado, defendemos que se debería actuar en varios aspectos en una futura actualización de la regulación española sobre la materia objeto de esta tesis.

### XL

En primer lugar, el concepto de incumplimiento anticipado debe introducirse claramente en el texto, que debería contener una sección separada para una situación muy específica que, como tal, está fuera de la vida ordinaria de los contratos y, en ese sentido y de forma similar a lo contemplado en la Convención, debería distinguir claramente entre dos situaciones diferentes, el incumplimiento anticipado que da lugar al derecho de suspensión y el derecho de resolución.

Y no creemos que el lugar para introducir el concepto deba ser dentro de las obligaciones recíprocas (sinalagmáticas) ya que el concepto de incumplimiento anticipado es más amplio y no puede limitarse a ese tipo de obligaciones, como ha demostrado diferente jurisprudencia ejemplificada a lo largo de esta tesis. Debería estar dentro del apartado de remedios en general como un apartado específico.

### XLI

Del mismo modo, creemos que, al hablar del remedio de suspensión, los textos legales europeos tienden a dar más importancia a las seguridades que le son adyacentes que al concepto en sí mismo, como puede verse, por ejemplo, en PECL donde su artículo 8:105 habla de "*Assurance of Performance*" y en PICC donde su artículo 7.3.4 habla de "*Adequate assurance of due for performance*". Cuando existe una situación de peligro en la vida del contrato y una parte prevé razonablemente que su contraparte puede incumplir sus obligaciones contractuales, el remedio al que se aferra es la suspensión temporal de su debido cumplimiento, ya que si tuviera certeza absoluta el remedio al que acudiría sería

la resolución; las seguridades no son más que un "puente" entre ambos remedios, su existencia o no hace que las obligaciones viajen (o no) de un lado a otro del puente, del remedio de la suspensión al remedio de la resolución.

#### XLII

Entendemos que, probablemente, el uso de la palabra "*assurance*" en el título de los textos europeos surge de una mala interpretación del título y concepto establecido en el U.C.C. § 2-609 "*Right to Adequate Assurance of Performance*". En virtud de dicha Sección, en realidad y debido a las particularidades de la teoría del contrato en el Derecho norteamericano (concebido como una promesa), se trata de regular el mantenimiento del "*right to (have) adequate assurances of (its due) performance*" como consecuencia de entender el contrato como una promesa recíproca exigible, y por tanto, con una condición implícita de ausencia de inseguridad, de modo que si se prevén situaciones que puedan crearla, se debe encontrar la forma de proteger el contrato. Es decir, el epígrafe de la Sección no se refiere tanto a la concesión de seguridades como al derecho a asegurar el cumplimiento pacífico del contrato.

Por lo tanto, la referencia en los títulos europeos de los artículos o secciones debe referirse al derecho a suspender o retener la ejecución y no al derecho a obtener seguridades. El DCFR lo hace adecuadamente.

#### XLIII

Al referirse al incumplimiento anticipado, los textos legales también tienden a dar más importancia al remedio de la resolución que al derecho a suspender el cumplimiento. Sin embargo, como demuestra la jurisprudencia, las partes contratantes necesitan una alternativa viable a la que recurrir como respuesta menor al incumplimiento anticipado antes de acudir a la terminación del contrato. La suspensión debería estar disponible como un remedio alternativo menor para las partes que o bien no pueden acogerse a la terminación o bien no desean poner fin inmediatamente al contrato.

Por lo tanto, no hay razón para equiparar las normas para la terminación y la suspensión e insistir en que el incumplimiento sea esencial. Ni el Artículo 58 ni el Artículo 71 CISG utilizan la frase "incumplimiento esencial". Es cierto que el Artículo 71 habla en términos de incumplimiento de una "parte sustancial" y sólo ha creado confusión al establecer el umbral demasiado cerca del estándar de incumplimiento esencial del Artículo 72 y haciendo que el Artículo 71 sea inútil para su "*raison d'être*" original.

#### XLIV

Además, consideramos favorablemente el derecho de suspensión como remedio de *self-help*, como medida coercitiva porque, en ausencia de una amenaza creíble de tener que pagar daños y perjuicios, sólo cuando se permite una desproporción en la negativa del acreedor a cumplir puede dar al deudor un incentivo para subsanar y ser un remedio de *self-help* eficaz.

De lo contrario, si restringimos el derecho de suspensión del acreedor a los casos de incumplimiento esencial, la reacción del acreedor se limita únicamente a una posición de espera, y si el deudor persistiera en su incumplimiento, el acreedor tendría que acudir a la vía judicial. Como hemos visto en el análisis de la jurisprudencia relativa al artículo 71, esto es lo que ha ocurrido con él y lo que deberíamos esperar en Europa si se siguen las actuales propuestas de regulación de este supuesto.

Esta situación es aún más crítica en un contexto internacional en el que la colaboración en materia judicial apenas existe (fuera de la Unión Europea e, incluso allí, con limitaciones prácticas) y es demasiado remota para garantizar el debido cumplimiento de los compromisos contractuales.

Por ello, debemos reforzar el grado de flexibilidad y aplicación expansiva posible respecto de la suspensión como remedio frente a la eventual afectación de las expectativas de ejecución del contrato.

#### XLV

Como conclusión final, hacemos nuestra propuesta basándonos en el principio de flexibilidad ya que, al tratarse de una regulación legal que se aplicará a los comerciantes, es importante que se adapte a sus necesidades, por lo que la flexibilidad en la toma de decisiones es un factor clave en el mundo del comercio, donde las decisiones deben tomarse con rapidez y, en principio, todas las partes pretenden cumplir los contratos que firman. Por lo tanto, la flexibilidad en el ejercicio de los derechos debe ser un principio básico de este reglamento y se aplica a:

- 1.- suspender la prestación debida como medida de coerción a la prestación de la parte incumplidora, aunque se trate de un incumplimiento leve, siempre que la prestación suspendida no sea desproporcionada. Por lo tanto, no es necesario que haya un incumplimiento esencial para aplicar el reglamento, podría bastar con un incumplimiento menor;
- 2.- permitir la ejecución total o parcial del contrato respecto del cual se ejerce la suspensión;

3.- la extensión del derecho de suspensión a cualquier tipo de obligaciones y no sólo a las recíprocas (sinalagmáticas), ya que, como hemos visto en la jurisprudencia relativa al Art. 71.1 puede haber situaciones en las que la obligación en riesgo y la obligación suspendida no sean equivalentes entre sí (por ejemplo, las obligaciones de confidencialidad o de propiedad intelectual pueden no ser equivalentes a la obligación de pagar el precio de compra o de entregar la mercancía);

4.- situaciones en las que parte del cumplimiento esté vencido pero es defectuoso y se espera razonablemente que el cumplimiento futuro sea defectuoso;

5.- los derechos concedidos en relación con los supuestos de incumplimiento anticipado que deben estar abiertos a cualquiera de las partes, salvo el derecho a exigir una seguridad suficiente, que sólo debe concederse a la parte que considere que se le perjudica el debido cumplimiento.

#### XLVI

Para ello, nuestra propuesta parte de la redacción contenida en el DCFR, ya que consideramos que, en general, refleja correctamente la esencia de esta doctrina y los distintos supuestos que pueden plantearse. No obstante, creemos que esta regulación aún puede ser mejorada en relación con algunos aspectos.

En pocas palabras, el esquema general propuesto pretende situar a los intérpretes y ejecutores de la ley en una posición bastante lógica con tres opciones:

1.- si el incumplimiento es esencial se resuelve sin más;

2.- si no es esencial, mientras suspende su propia obligación se formula una exigencia de seguridades de cumplimiento en un plazo adicional razonable, cuyo incumplimiento da lugar a recurrir a cualquier remedio disponible;

3.- aunque el incumplimiento sea esencial, la parte cumplidora podrá conceder un plazo adicional razonable para que se le aporten seguridades de su cumplimiento y, en caso contrario, podrá proceder con la terminación.

#### XLVII

#### **Derecho a suspender el cumplimiento**

*(1) Un acreedor que deba cumplir una obligación antes de que la otra parte cumpla y que crea razonablemente que el deudor no cumplirá cuando su obligación sea exigible, puede suspender la totalidad o parte de su*

*prestación, según sea razonable en las circunstancias y mientras persista la creencia razonable. Sin embargo, el derecho a suspender el cumplimiento se pierde si el acreedor exige por escrito una seguridad suficiente de su debido cumplimiento y recibe dicha garantía.*

- (2) Un acreedor que suspende el cumplimiento en la situación mencionada en el apartado (1) tiene la obligación de notificar de forma motivada este hecho al deudor tan pronto como sea razonablemente posible y es responsable de cualquier perjuicio causado al deudor por el incumplimiento de esta obligación.*
- (3) La aceptación de cualquier cumplimiento indebido no prejuzga el derecho del acreedor a exigir una seguridad suficiente de su debido cumplimiento futuro.*
- (4) Tras la recepción por el deudor de una notificación motivada, la falta de prestación, en un plazo razonable que no exceda de treinta días, de una seguridad de cumplimiento suficiente para las circunstancias del caso concreto faculta al acreedor a recurrir a cualquier remedio por incumplimiento.*

#### XLVIII

#### **Terminación por incumplimiento anticipado**

*El acreedor podrá terminar el contrato cuando exista un riesgo claro de incumplimiento esencial por parte del deudor y éste no cumpla o, a elección del acreedor, no ofrezca seguridades suficientes de cumplimiento en un plazo razonable fijado por el acreedor a tal efecto durante el cual puede suspender su prestación.*

*La fijación de un plazo no será necesaria en ninguno de los casos contemplados en los apartados anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones.*

#### XLIX

#### **Terminación en contratos con entregas sucesivas**

*Si el contrato debe cumplirse en partes separadas y, en relación con una parte a la que pueda atribuirse una contraprestación, se produce un incumplimiento esencial, el acreedor podrá ejercer su derecho a terminar el contrato en virtud de esta Sección en relación con la parte de que se trate. El acreedor sólo podrá terminar el contrato en su conjunto si el incumplimiento es esencial para el contrato en su conjunto.*

## L

El incumplimiento anticipado es un concepto complejo e importante del Derecho contractual internacional. Es innegablemente funcional y práctico, pero tiene implicaciones significativas para las partes implicadas en transacciones transfronterizas.

Los acontecimientos de las dos primeras décadas del siglo XXI han demostrado lo imprevisibles que pueden ser los acontecimientos durante la vida de un contrato. Este hecho, unido al previsible crecimiento y evolución del comercio internacional, hace probable que el incumplimiento anticipado se convierta en una cuestión cada vez más importante para las partes implicadas en transacciones transfronterizas.

Será muy importante que las partes consideren detenidamente los riesgos potenciales y las implicaciones del incumplimiento anticipado a la hora de negociar y redactar contratos internacionales, y que busquen el asesoramiento jurídico adecuado para asegurarse de que sus intereses están protegidos en caso de incumplimiento porque, si algo queda claro tras la revisión de la jurisprudencia derivada de la Convención, es que sigue habiendo cierta incertidumbre y variabilidad en la forma en que los tribunales nacionales interpretan y aplican el incumplimiento anticipado.

Por ello, será importante que los tribunales y las legislaciones nacionales e internacionales sigan desarrollando y perfeccionando el marco jurídico que regula el incumplimiento anticipado para garantizar que siga siendo pertinente y eficaz en el panorama rápidamente cambiante del comercio internacional. En ese sentido, esta tesis no pretende ser sino un pequeño paso adelante en esa búsqueda de una mejor regulación de esta apasionante materia y cumplir el deseo de un viejo y sabio profesor: hacer que el derecho y la práctica mercantiles sean claros, sensatos y seguros.



## CHAPTER FIVE. CONCLUSIONS

### I

Ever since ancient times, international trade has hinged on the contract of sale which, over time and depending on the societies in which it was developed, has undergone variations in its uses, customs and regulations, but has always remained the cornerstone on which commercial exchanges took place. It was this primacy that led to the search for a common regulation of the sale of goods at the international level in the Modern Age.

### II

Professor Rabel's efforts to create a unified international commercial law came to fruition in the 1920s with the establishment of UNIDROIT as the first international body whose declared aim was to promote such unification through the drafting of a uniform private law legislation.

UNIDROIT focused its initial work on the international sale of movable property, leading, after the hiatus of the Second World War, to the drafting of a draft that finally resulted in 1964 in two uniform laws adopted in The Hague, one on the international sale of goods and the other on its formation (the so-called "ULIS" and "ULFC", respectively)

### III

These uniform laws were born already mortally wounded by the important changes that the world was undergoing while they were being drafted. Their drafters were jurists, for the most part, of continental European background who almost completely ignored not only the common law, but the very important (at that historical moment) socialist family and, as was later demonstrated by the Convention, the developing countries. The decolonization process had accelerated its pace at the end of the world war and gave rise to a new international reality of which a good number of new states sought to defend their own local realities. The Hague Uniform Laws were viewed with suspicion by those new states that had not participated in their genesis, and which saw them as the fruit of the interests of the European countries that had been their colonizers and, therefore, drafted from a perspective very different from their own as countries producing raw materials and not manufactured equipment.

#### IV

On the contrary, at that same historical moment, the UN had been recently constituted and had a great prestige and special protagonism as the main international organization facilitating the international relations of the States since all the countries were represented in it under equal conditions (except for the votes of the Security Council). That main role was the one that made it impose itself as the appropriate channel to resume the impulse of the unification of the international trade law, something in which all the countries, independently of their ideology or situation of development, were in agreement because they all needed international trade for their development.

#### V

In 1966 the United Nations Commission on International Trade Law (or UNCITRAL, as it is better known) was created within the UN with the declared objective of seeking the same harmonization of international trade law that was at the origin of UNIDROIT and, in particular, to promote the adoption of new international conventions and uniform or model laws. The difference is that now the UN umbrella protected the work to be done from the accusation of not having taken into account the interests of the different countries, so its work was fortunate to have a great initial boost in its early work because of the prestige that the UN had at the time.

#### VI

As a result, after twelve years of intense work, the Vienna Diplomatic Conference of 1980 approved the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), which today can undoubtedly be considered one of the most successful international regulatory instruments, not only because of the large number of countries that have signed and ratified it but, above all, because of its widespread use in the practice of international trade.

#### VII

Although CISG is mostly based on the common law, as it is considered to be better adapted to contemporary commercial practices and problems, it is also influenced by other legal families, such as civil law, pandectic law and Islamic law, being the expression of a shared will of developing and developed countries (North-South), of the then socialist countries with those of the market economy (East-West). Its solutions have served as a model and influence for the modernization of national legislations and for the drafting of the most modern soft law texts.

## VIII

The influence of the common law is evident through the bases of the Convention laid down by Professor Rabel. The unitary model of non-performance and its uniform system of remedies, a large part of the theory of the formation of the contract, the passing of risk, the revocability of the offer, the duty to mitigate damages, are, by way of example, legal figures and concepts that arise from common law.

## IX

An example of this Anglo-Saxon influence is the introduction in the articles of CISG of an institution that has its exclusive origin in English case law practice, the so-called "anticipatory breach" or "anticipatory non-performance", also called "anticipatory repudiation" under US law. As a jurisprudential creation not reflected in any English codification, it has undergone changes over time, but today it is considered to be applicable to those situations where, either by word or conduct and before the time fixed for performance of the obligation owed, there are indications that the obligation will probably not be performed. The ultimate reason for this doctrine is economic, since it allows the performing party to exercise its rights promptly avoiding legal costs and mitigate losses by not continuing to prepare the contractual obligations.

Most civil law systems did not contemplate this figure at the time CISG was adopted in 1980.

## X

This institution soon traveled to the other side of the Atlantic Sea and was progressively adopted by the courts of the different states that gave rise to the United States of America. In the middle of the last century and within the effort of codification of the commercial practices existing in the U.S.A., the publication of the Uniform Commercial Code (U.C.C.) meant the consolidation at federal level of the doctrine since it has been progressively adopted by the different States, although in the U.S.A. this doctrine is known as "anticipatory repudiation" and the very important concept of "adequate assurance" is incorporated in order to guarantee the good end of the contract.

## XI

The concept of "anticipatory breach" found its way into CISG through ULIS, which was the starting point for the new Convention, but its wording was based on traditional English concepts. During the preparatory work, important and substantial changes were made to the original text of the Uniform Law in order to

accommodate the concerns of developing countries that perceived this doctrine as endowed with an important factor of subjectivity in its enforcement since the breach from which the right arises had not yet taken place. In this sense, the influence of the U.C.C. was fundamental to accommodate the interests of the different countries and to provide it with greater objectivity in its exercise, although CISG includes a broad principle of anticipatory non-performance by admitting it for circumstances that make non-performance highly probable, whether or not it is related to the obligor, as opposed to common law, which restricts its use to cases in which the obligor has repudiated the contract, either by declarations or by conclusive conduct.

## XII

Articles 71 to 73 CISG regulate two measures that are very common in the practice of trade, whether at the national or international level, where the distance between the parties means that there is a time lag between the actual delivery of the goods and payment and, therefore, a greater likelihood of situations occurring that could jeopardize the normal performance of the contract. These measures are remedies as they can be enforced extrajudicially (self-help) and aimed at protecting the party who, in advance, sees the proper performance of its contract at risk and which, if they did not exist, would oblige the parties to wait for the respective reciprocal performance and only in the event of an effective breach, to be able to terminate the contract or exercise another legal remedy.

This is, on the one hand ex Article 71, a temporary measure of suspension of its obligations in order to give the other party time to solve the problem that may have arisen and, on the other hand ex Articles 72 and 73, another definitive measure of termination of the contract when the contract can definitely not be maintained in force.

## XIII

The solution provided by Article 71 consists in authorizing both parties to a contract to suspend provisionally the performances to which they were bound under the contract whenever, after the conclusion of the contract, a certain condition occurs ("if it becomes *apparent* that the other party will not perform a *substantial* part of its obligations") which may arise from a number of causes contained in the rule and provided that the other party is notified of it. Once the party under suspicion has been notified of the existence of such a situation of insecurity, its offer of adequate assurance puts an end to the insecurity that threatened the contract and obliges performance of the contract.

When the goods are in transit, the second paragraph, applicable only to the seller, allows him to stop delivery of the goods once they have been placed at the disposal of the buyer.

#### XIV

In essence, Article 71 is intended to protect the delivery-versus-payment principle of Article 58 of the Convention by providing remedies that take effect before either party performs, before the seller sends the goods or the buyer pays for them (Article 71.1) or even while the goods are in transit (Article 71.2). A "fictitious" synallagmatic link is thus created, in the sense that in reality the distance factor typical of international transactions makes it impossible to comply with the "delivery against price" principle, but Article 71 establishes this link as a prerequisite for its application and implies a form of exercise of the *exceptio non-adimpleti contractus* prior to the due date of the obligation owed.

This capacity to withhold is what differentiates it from other instruments common in international commercial practice, such as documentary credits, which come into play when one of the parties has already fulfilled its obligation, i.e. the goods have been shipped or payment has been made (what the documentary credit protects is to deliver the goods if there has been no payment or to pay for goods not in conformity with the contract).

#### XV

The biggest problem in relation to the wording of Article 71.1 is the determination of the *degree of probability* necessary to be able to exercise the suspension remedy contained therein. Too much subjectivity can give rise to a possible abusive use of it (which can lead to putting pressure on the counterparty to seek better conditions or, even, to get out of the contract to speculate) while an excess of conditions eliminates its practical sense by being taken to levels of exigency that make its use unfeasible.

The formula was, on the one hand, to give it flexibility in its use by introducing the adjective "apparent" to qualify the potential breach and, on the other hand, to objectify its use by allowing it only if the uncertainty arises from situations that affect the capacity (physical or economic) or the behavior of the party under suspicion. Furthermore, the critical concept to be determined is the moment in which they become "*apparent*", i.e., the cognitive moment (subjective data) and not the causal moment (objective data) is relevant.

## XVI

The application by the courts of this criterion has been, to say the least, very problematic. Only when there is a "apparent" rebellious will to perform (in line with the anticipatory repudiation of § 2-610 U.C.C.) can we be certain that the required standard will be met. In all other situations, the courts have held that mere subjective fear is not sufficient, but that it is necessary, without requiring certainty, to conclude that a party will not perform a substantial part of its obligations.

This means setting the standard of probability very high, so high as to bring it dangerously close to the standard required by Article 72. This has odd consequences: the right of suspension completely loses its purpose (both as a coercive measure for compliance and as a defensive measure) and it becomes a safe harbor for situations in which, at the slightest doubt as to the character that a court might give to a breach, the creditor party can pre-emptively invoke the right of suspension and then undertake termination without risking being the one to be considered in breach of contract and liable to pay damages.

## XVII

The right of stoppage of Article 71.2 is, on the one hand, *limited* because it does not affect third parties, it can only be exercised exclusively between seller and buyer; and, on the other hand, it is of *relative effectiveness* because, in cases other than those included in INCOTERM C and D, it will be the applicable law that determines whether the carrier must follow the instructions of the seller if the buyer is the holder of the transport document. In this case, Article 71.2 will still apply, but it is possible for the buyer to obtain delivery of the goods, even if he is then exposed to damages if it is proved that the seller was right in exercising his right.

## XVIII

As the right of stoppage can be exercised in situations of certain urgency, it is not necessary to notify its exercise prior to its use since it would make it unfeasible in practice. However, the lack of subsequent notification (even orally or implicitly) has been generally considered by case law as an event of breach of the requirements necessary for the exercise of the breach because it considers that the possibility of providing adequate assurance is thereby impaired, although the doctrine tends to consider it as a simple event of breach that would only give rise to an indemnity for the damages caused.

XIX

Under the influence of the American delegation, the concept of "adequate assurance" of the U.C.C. was introduced in Article 71.3 in order to put an end to any doubts that the creditor may have as to the ability of the party under suspicion to perform its contractual obligations. However, unlike the provisions of the U.C.C., the Convention *does not regulate a right of the creditor to request adequate assurance in case of uncertainty as to the contract, but rather a right of the debtor to provide them.*

XX

The consequence is that a situation is created that is exactly the opposite of what should be achieved by this concept: instead of providing the creditor with peace of mind that the contract will be performed, a situation of absolute uncertainty is created for the creditor if the debtor does not provide them, since, additionally, CISG, inexplicably, does not regulate either a maximum time limit for their submission or the consequences of failure to provide them.

In other words, the lack of contribution of an adequate assurance does not bring any advantage to the innocent party, when the essence of introducing this mechanism is, precisely, to place it in a better situation than the one it had.

XXI

Indeed, the deficient regulation of the mechanism of adequate assurance is the greatest criticism that can be made of the CISG's regulation of anticipatory breach.

The best recommendation is that the parties address the shortcomings of CISG in this particular aspect and, making use of their power to amend it in accordance with Article 6, proceed preventively to supplement their contract by establishing a reasonable time limit, in accordance to their sector and international practices, for the provision of adequate assurances (even defining what is meant by such assurances and under what circumstances they should be provided) and the legal consequence of their failure to provide them within the agreed time limit.

XXII

In order to avoid the harsh economic consequences that a rigid use of Article 71 could have for the creditor, in recent years both doctrine and case law have been outlining the existence of a general right to suspend on the basis of Article 71 in combination with the regulation contained in other CISG articles containing

limited rights of suspension (58.1 second sentence, 81.2 second sentence, 85 second sentence, 86.1 second sentence)

This right would exist even in those situations where the obligation has already been partially performed but not in accordance with the contract in some of its essential parts, and it is foreseen that the rest of the contract will not be properly performed in the future. In a way, this is a situation similar to that provided for in Article 73.2.

### XXIII

Similarly, and with the same purpose that one party is not obliged to perform knowing that the other will not do so satisfactorily, the most recent case law and the best doctrine support the use of this right also in situations in which the obligations do not necessarily have to be synallagmatic, but are important for the proper performance of the contract (e.g., duties of confidentiality, protection of intellectual property rights, collaboration)

The legal basis of this approach is based mainly on the use in Article 71.1 of the expression "will not perform a *substantial part* of his obligations", since what the creditor considers substantial at a given moment when the proper performance of the contract is endangered will depend on his legitimate expectations at that very moment and is independent of his suspended performance. In other words, there is no need to have a "mirror image" between their obligations.

### XXIV

In a nutshell and based on the intentions expressed by the delegations of the countries that participated in the preparatory work of the Convention, we can conclude that the right to suspend in the CISG was designed with the intention of being a protective right (i) of the contract by seeking to keep it alive in compliance with the ultimate purpose of the Convention, and (ii) of both parties by offering the creditor the possibility of not performing if it fears not receiving its due counter-performance and the debtor the possibility of providing sufficient assurances to dispel that fear.

However, as we have seen in the previous points, its regulation is clearly unsatisfactory because the very essence of this article, its very heart, is to give the creditor an option to remove its doubts as to the correct performance of the contract prior to a possible exercise of the right of termination, and, in its present terms, this is not fulfilled: (i) on the one hand, the probability threshold set is so high as to make it almost equivalent to that of the right of termination, which invalidates its use due to the fear of making a wrong assessment and falling himself into breach of contract, and (ii) on the other hand, the mechanism of

adequate assurances has been perverted by not allowing the creditor to be the one to claim its contribution within a reasonable time and with a clear consequence in case of failure to do so.

#### XXV

Thus, Article 71 basically makes suspension available only when a fundamental breach is clear, it thereby reduces suspension to simply a lesser response available for an aggrieved party that qualifies to terminate the contract. As a result, suspension under the CISG is pretty much limited to be an alternative remedy to termination of the contract under Article 72 for fundamental breach.

#### XXVI

Article 72 is a complement and logical continuation of the temporary suspension remedy offered by Article 71, since it provides a termination remedy when it becomes "*clear*" that the counterparty will commit a fundamental breach before the date of performance (paragraph 1) or declares that it will not comply with its obligations (paragraph 3), in the latter case it being unnecessary to proceed to give notice of termination.

#### XXVII

The concept of "fundamental non-performance" is the fundamental aspect to be taken into account in the exercise of the right of termination in the case of anticipatory non-performance, since only it allows to activate it.

It is a concept regulated in article 25 of the Convention, which determines that it occurs when an act by one of the parties results in the other party being substantially deprived of what it expects under the contract. In addition, it is required that the loss be foreseeable, since, if it was not foreseeable, and a reasonable person in the same circumstances could not foresee it, there is no fundamental breach.

In short, it must be a fundamental breach which, if it were to occur and regardless of its origin and even if performance were possible, would give rise to the termination of the contract in accordance with articles 49 and 64 of the Convention.

#### XXVIII

In the definition of Article 25, the problematic aspect is to determine what is meant by "*substantial*", since, by definition, it is a subjective term that will depend on the

criterion of the person assessing it and on the specific circumstances of the ad hoc case.

The case law, beyond the obvious cases of breach of the main obligation (failure to pay or deliver) or where the parties have previously considered some particular aspect as essential (e.g., "time being of the essence"), has considered it (from the buyer's point of view) when the goods are not usable or repairable, there is no certainty of ownership, or (from the buyer's point of view) when there is no certainty of payment, either because of collection problems in previous shipments or failure to open a letter of credit despite repeated reminders.

### XXIX

As in Article 71 with the adjective "apparent", the use of the adjective "clear" also requires us to make a judgment on the probability of the contractual insecurity.

The introduction of this adjective was intended to finalize the objectification of the exercise of the right by raising the level of probability required in relation to the case of suspension, since the former is a definitive remedy and the latter is temporary.

Although case law has not required absolute certainty, it does require a very high degree of probability that has to be obvious to any third and impartial party in the same sector who is in the same situation. As with Article 71, in the event of a wrong assessment of the situation, the party that has decided to terminate the contract will itself be in breach and will be liable for damages.

### XXX

Similar to the provisions of Article 71, but in this case *prior* to the exercise of the right of termination, the party under suspicion must be notified in order to provide adequate assurance that it will comply with its performance.

This notification is qualified by two temporal circumstances, (i) if time allows to do so, and (ii) that it is given reasonably in advance (which, indirectly, sets up a time limit for the exercise of the right to terminate). This obligation to give reasonable notice ceases, in any event, if the other party has declared that he will not perform his obligations (the "anticipatory repudiation" of the U.C.C.), although case law admits that it may also be implied from acts that imply a repudiation of the contract or if objective situations occur (e.g., fire, currency exchange controls) that prevent future performance.

Nowadays the immediacy of communications has rendered the first expression obsolete, and the second can only be examined on a case-by-case basis because the advance notice that is considered reasonable will depend on the

time required to provide sufficient security to remove the fear of non-performance. As in Article 71, case law has considered the lack of communication (which, as we have said, is not justified in modern times) as a breach as it is a formal requirement whose purpose is to give the counterparty the possibility of providing sufficient assurances to avoid termination.

XXXI

Unlike Article 71, failure to provide adequate assurance allows the creditor to terminate the contract as it can be considered, by analogy with Article 72.3, as a circumstance that makes it "clear" that a fundamental breach will occur by treating its failure as a declaration of its unwillingness to perform its obligations. To do so outside the reasonable period of time given with the notice, or to discuss the assurances to be provided while offering those considered adequate is something that will have to be decided by a court depending on the specific circumstances of the case *ad litis*.

XXXII

Article 72 does not establish how the creditor should act in the period of time that elapses until adequate assurance is provided.

This fact, together with the thin line separating the degree of probability required by the adjectives "clear" and "apparent", determines that in the communication made to the party under suspicion it is advisable that the right to suspend of Article 71.3 be exercised and, at the same time, the intention to terminate in accordance with Article 72.2 be expressed in the event that adequate assurance is not provided.

XXXIII

Article 73 is a particular case of Article 72, since while the latter refers to cases with a single delivery, the former refers to cases with deliveries by instalments.

Jurisprudence has determined that a contract is understood to have deliveries by instalments when, for an economic and/or logical reason, it can be understood that it is a single contract that allows deliveries to be made in separate lots, the definition of what is understood by "lot" being left to what the parties have defined or can be understood from the nature of the contract.

XXXIV

The first paragraph of Article 73 grants the right of termination to either party in respect of a specific delivery. It is, therefore, a case that does not involve an

anticipatory breach but an actual breach, and to which the general rules of the Convention on avoidance (Articles 25, 49 and 64) are applicable.

#### XXXV

The second paragraph of Article 73 permits termination in respect of future deliveries where, as a consequence of non-performance, there are reasonable grounds for inferring that a fundamental non-performance will take place in relation to them. This is a particular case and less demanding for its exercise than the anticipatory breach of Article 72 because the non-performance (which need not be fundamental) has already taken place. As with any declaration of termination, notice must be given with a reasonable period of time, which case law has determined to be counted from the time the breach occurred or could have become known.

Although not specified in the text of the article, it is reasonable to apply by analogy (article 7.2) with the provisions of articles 71 and, above all, 72 that the debtor may offer adequate security, although in practice this will not be a very common case given the medium and long-term relationships between the parties to this type of contract.

#### XXXVI

The third paragraph of Article 73 supplements the first paragraph by allowing the termination of past and future deliveries if, in terminating a particular delivery, their interdependence renders them unusable for the purpose intended at the time of the conclusion of the contract.

Jurisprudence has not clearly determined the concept of interdependence, especially in relation to cases involving raw materials, where much will depend on the specific circumstances, e.g., that they have some special characteristic that does not make them easily replaceable or because they have to come from the same source.

#### XXXVII

As a last aspect to be considered in relation to the regulation of the anticipatory breach in CISG is the fact that the circumstances and requirements under which such measures may be exercised and interpreted by the Courts are very particular to CISG and, although some of them have a primary origin in some national law, they are exclusive to it and must be interpreted autonomously and in the light of their own historical background and not of the interpretations that some doctrine and courts understand that they should be.

XXXVIII

The institution of anticipatory breach does not exist in Spanish law because the Civil Code establishes as a general principle in Article 1.125 that a person who is not yet obliged to perform cannot be considered to be in breach.

However, by means of exceptions to the general rule, Spanish law does provide solutions to factual situations similar to those set forth in articles 71 and 72 CISG. It does so by means of the regulation of cases in which the obligor dispels doubts as to its future performance (the so-called "feared non-performance") by means of the offer of guarantees or by losing the agreed term, so that the non-performance ceases to be foreseeable (future) or anticipated and becomes actual.

Thus, the Civil Code grants three options of action to the creditor in different specific cases of feared non-performance: the first, to suspend its own performance (ex articles 1.467 for civil sale and 1.502 for sale and purchase of real estate); the second, to terminate the contract (ex article 1.503 for sale and purchase of real estate); and the third, to exercise the general power to request the early termination of the obligation (ex article 1.129). The case law associated with these cases has recognized in recent years that they are expressions of the doctrine of anticipatory breach, particularly in cases of real estate purchases.

XXXIX

Although there have been different institutional initiatives in Spain for more than twenty years to comprehensively update both civil and commercial regulations, none of them has been officially approved to date. All of them contain various regulations on anticipatory breach in line with the provisions of different international regulatory instruments such as CISG, PICC, PECL or DCFR.

However, none of these international instruments, despite being based on CISG, correctly reflect the outcome of the experience of contrasting them with the reality of international business. For this reason, on the following conclusions based on our previous analysis of the CISG regulation on anticipatory breach, we argue that action should be taken in several aspects in a future update of the Spanish regulation on the subject matter of this thesis.

XL

First, the concept of anticipatory breach has to be clearly introduced in the text which should contain a separate section for a very specific situation which, as such, is outside the ordinary life of contracts and, in that sense and similar to what is contemplated in CISG, should clearly distinguish between two different

situations, anticipatory breach giving rise to the right of suspension and to the right of termination.

And we do not believe that the place to introduce the concept should be within the reciprocal (synalagmatic) obligations since the concept of anticipatory breach is broader and cannot be limited to that type of obligations, as different case law exemplified throughout this thesis has shown. It should be within the section of remedies in general as one specific section.

#### XL I

Similarly, we believe that, when speaking of the remedy of suspension or withholding of performance, the European legal texts tend to give more importance to the assurances that are adjacent to it than to the concept itself, as can be seen, e.g., in PECL where its Article 8:105 speaks of "Assurance of Performance" and in PICC where its Article 7.3.4 speaks of "Adequate assurance of due for performance". When there is a situation of danger in the life of the contract and a party reasonably foresees that its counterparty may breach its contractual obligations, the remedy to which it clings is the temporary withholding of its due performance, since if it had absolute certainty the remedy it would resort to would be termination; the assurances are nothing more than a "bridge" between both remedies, their existence or not makes the obligations travel (or not) from one side of the bridge to the other, from the remedy of suspension to the remedy of termination.

#### XLII

We understand that, probably, the use of the word "assurance" in the title of the European texts arises from a misinterpretation of the title and concept established in U.C.C. § 2-609 "Right to Adequate Assurance of Performance". By virtue of said Section, in reality and due to the particularities of the contract theory in US law (conceived as a promise), the aim is to regulate the maintenance of the "right to (have) adequate assurances of (its due) performance" as a consequence of understanding the contract as an enforceable reciprocal promise, and therefore, with an implicit condition of absence of insecurity, so that if situations that may create it are foreseen, a way must be found to protect the contract. In other words, the Section heading does not refer so much to the granting of assurances as to the right to ensure the peaceful performance of the contract.

Therefore, the reference in the European headings of the articles or sections should refer to the right to suspend or withhold the performance rather than to the right to obtain assurances. The DCFR appropriately does so.

### XLIII

When referring to anticipatory breach, legal texts also tend to render more importance to the remedy of termination than to the right to withhold performance. However, as case law shows, the contracting parties need a viable alternative to use as a lesser response to prospective impairment than termination. Suspension should be available as a lesser alternative remedy for parties that either cannot qualify for termination or do not want to immediately terminate the contract.

Thus, there is no reason for equating standards for termination and suspension and insisting on the breach being fundamental. Neither Article 58 nor Article 71 CISG uses the phrase "fundamental breach." Admittedly, Article 71 speaks in terms of a failure to perform a "substantial part" and it only has created confusion setting the threshold too close to the fundamental breach standard of Article 72 and making Article 71 useless for its original "*raison d'être*".

### XLIV

In addition, we consider favorably the right of suspension as a self-help remedy, as a coercive measure because, in the absence of a credible threat of having to pay damages, only when a disproportionality is permitted can the creditor's refusal to perform give the debtor an incentive to cure and be an effective self-help remedy.

Otherwise, if we restrict the creditor's right to suspend to cases of fundamental breach, the creditor's reaction is limited only to a waiting position, and if the debtor were to persist in its non-performance, the creditor would have to seek judicial redress. As we have seen in the analysis of the case law relating to Article 71 CISG, this is what has happened with it and what we should expect in Europe if the current proposals for the regulation of this case are followed.

This situation is even more critical in an international context in which judicial assistance does not exist (out of the European Union and, even there, with practical limitations) and is too remote to guarantee due compliance with contractual commitments.

Therefore, we must reinforce the degree of flexibility and expansive application possible with respect to the suspension as a remedy for the eventual impairment of the expectations of contract performance.

### XLV

As a final conclusion, we make our proposal based on the principle of flexibility because, as we are talking about a regulation to be applied to entrepreneurs, it

is important that it is tailored to their needs, so flexibility in making decisions is a key factor in the world of commerce, where decisions must be made quickly and, in principle, all parties intend to comply with the contracts they sign. Flexibility in exercising rights should therefore be a basic principle of this regulation and applies to:

1.- suspending performance as a measure of coercion to the performance of the non-performing party, even if it is the case of a minor non-performance, provided that the party whose performance is suspended is not disproportionate. Therefore, there is no need to have a fundamental breach to apply the regulation, a minor-non performance could be enough;

2.- allow the contract in respect of which the suspension is exercised to be performed in whole or in part;

3.- the extension of the right to withhold to any type of obligations and not only to reciprocal (synallagmatic) obligations, since, as we have seen in the case law related to Art. 71.1 there may be situations where the obligation at risk and the suspended duty be may not be the equivalent of each other (e.g., confidentiality or intellectual property obligations may not be the equivalent of the duty to pay the purchase price or deliver the goods);

4.- situations where part of the performance is past due but defective and future performance is reasonably expected to be defective;

5.- the rights granted in relation to events of anticipatory breach that should be open to either party, except for the right to require adequate assurance, which should be granted only to the party who considers that due performance is impaired.

#### XLVI

For this purpose, our proposal starts from the wording contained in the DCFR, since we consider that, in general, it correctly reflects the essence of this doctrine and the different cases that may arise. However, we believe that this regulation can still be improved in relation to some aspects.

In a nutshell, the general scheme proposed is intended to place interpreters and enforcers of the law in a fairly logical position with three options:

1.- if the non-performance is essential it is resolved without further ado;

2.- if it is not essential, while suspending its own performance, a demand for adequate assurance of performance is done within a reasonable additional period of time, the failure of which leads to any available remedy;

3.- even if the non-performance is essential, the performing party may wish to grant a reasonable additional time to provide adequate assurance of its performance, failing which it may proceed with termination.

#### XLVII

#### **Right to withhold performance**

- (1) *A creditor who is to perform any obligation before the other party performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when his performance becomes due may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstance and as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the creditor demands in writing adequate assurance of due performance and receives such assurance.*
- (2) *A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (1) has a duty to give a motivated notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty.*
- (3) *Acceptance of any improper performance does not prejudice the right by the creditor to demand adequate assurance of future performance.*
- (4) *Upon receipt by debtor of a motivated notice, failure to provide, within a reasonable period not exceeding thirty days, assurance of due performance appropriate to the circumstances of the particular case entitles creditor to resort to any remedy for breach.*

#### XLVIII

#### **Termination for anticipatory breach**

*A creditor may terminate the contract when there is a clear risk of fundamental non-performance by the debtor and the latter fails to perform or, at the option of the creditor, fails to provide adequate assurance of performance within a reasonable period of time fixed by the creditor for that purpose during which it may suspend its performance.*

*The fixing of a time limit shall not be necessary in any of the cases referred to in the preceding paragraphs if the debtor has declared that it will not perform its obligations.*

XLIX

**Termination in instalments contracts**

*If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the creditor may exercise its right to terminate under this Section in relation to the part concerned. The creditor may terminate the contract as a whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole.*

L

Anticipatory breach is a complex and important concept in international contract law. It is undeniably functional and practical but has significant implications for the parties involved in cross-border transactions.

The events of the first two decades of the 21st century have shown how unpredictable events can be during the life of a contract. This fact, coupled with the foreseeable growth and evolution of international trade, makes it likely that anticipatory breach will become an increasingly important issue for parties involved in cross-border transactions.

It will be very important for parties to carefully consider the potential risks and implications of anticipatory breach when negotiating and drafting international contracts, and to seek appropriate legal advice to ensure that their interests are protected in the event of a breach because, if one thing is clear from the review of CISG-derived case law, it is that there remains some uncertainty and variability in the way domestic courts interpret and apply anticipatory breach.

As such, it will be important for national courts and domestic and international laws to continue to develop and refine the legal framework governing anticipatory breach to ensure that it remains relevant and effective in the rapidly changing landscape of international commerce. In that sense, this thesis is intended to be but a small step forward in that quest for better regulation of this exciting subject matter and to fulfill the wish of a wise old professor: to make commercial law and practice clear, sane and safe.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alagia, Paul. Williston on Contracts Edited by Walter H. E. Jaeger. *Kentucky Law Journal*, Vol. 46 (1968): 208 - 300
- Audit, Bernard. La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 43 N°1, Janvier-mars (1991): 250 – 251.
- Audit, Bernard. *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria. Lex Mercatoria and Arbitration*. Juris Publishing. 1998.
- Azeredo da Silveira, Mercédeh. Anticipatory Breach Under The united Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Nordic Journal of Commercial Law* no. 2 (2005): 24 - 25
- Beatson, Jack y Daniel Friedmann. *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press. 1995
- Beheshti, Reza. Anticipatory Breach of Contract and the Necessity of Adequate Assurance Under English Law and Uniform Commercial Code. *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*. no. Part 2 (Apr 27, 2018): 283
- Bianca, Cesare Massimo, Michael Joachim Bonell, y J. Barrera Graf. *Commentary on the International Sales Law*. Milán: Giuffrè. 1987
- Borden, Michael J. The Promissory Character of Adequate Assurances of Performance. *Brooklyn Law Review* 76 (2010): 167
- Borysewicz, M. *Convention et projets de Convention sur le vente Internationale de marchandises*. Les ventes internationales de marchandises. Paris: Economica Press. 1981
- Bridge, M. G. *The International Sale of Goods*. Fourth ed. Oxford: Oxford University Press. 2017
- Cañellas, Anselmo Martínez. La Interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa Internacional de mercaderías, de 11 De Abril de 1980 Comares. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 5, junio (2005): 647-650
- Open law. “Caso: Albert Hochster V. Edgar Frederick de la Tour. [1853] EWHC QB J72”. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1853/J72.html>
- Carter, J. W. The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach. *The Modern Law Review* 47, no. 4 (1984): 422-436
- Carter, J. W., Andrew Phang, y Sock-Yong Phang. Performance Following Repudiation: Legal and Economic Interests. *Journal of Contract Law* 15, no (1999.): 97

- Carter, J. W. 1996. Adequate Assurance of due Performance. *Journal of Contract Law* 10, no. 1 (May 1, 1996): 1-10
- Carter, John W. Party Autonomy and Statutory Regulation: Sale of Goods. *Journal of Contract Law* 6 (1993): 93
- Castro y Bravo, Federico. De nuevo sobre el error en el consentimiento. *Anuario De Derecho Civil* 41, no. 2 (1998)
- Comisión General de Codificación Sección Segunda de Derechos Mercantil. "Propuesta de la sección segunda de Derecho Mercantil del proyecto de Ley de Código Mercantil tras. Dictamen del Consejo del Estado". [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta\\_de\\_la\\_Seccion\\_Segunda\\_de\\_Derecho\\_Mercantil\\_del\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_Codigo\\_Mercantil\\_.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta_de_la_Seccion_Segunda_de_Derecho_Mercantil_del_Anteproyecto_de_Ley_de_Codigo_Mercantil_.PDF)
- Comisión general de codificación. Sección de Derecho Civil (2009) "Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos". [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta\\_para\\_la\\_modernizacion\\_del\\_Derecho\\_de\\_obligaciones\\_y\\_contratos.\\_Ano\\_2009.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF)
- Chappuis, Christine y Grégoire Geissbuehler."35 Years of CISG – Present Experiences and Future Challenges. National Report: Switzerland." *Faculty of Law, University of Zagreb*. 2017: 423 - 443
- Date-Bah. "Problems of Unification of International Sales Law from the Standpoint of Developing Countries". *En Problems of Unification of International Sales Law: Working Papers Submitted to the Colloquium*. New York: Oceana Publications. 1980
- Dawson, Francis. "Metaphors and Anticipatory Breach of Contract." *Cambridge Law Journal* 40, no. 1 (Apr, 1981): 83-107
- De la Escalera, Carmen Martín. La Conferencia de Bandung, sus conclusiones y su posible alcance. *Revista De Política Internacional* no. 22 (1955): 93 – 103.
- Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos Del Derecho Civil Patrimonial*, 5. Ed, Madrid: Civitas. 1996
- Diez-Picazo y Ponce de Leon, Luis and Antonio Cabanillas Sánchez. *La Compraventa Internacional De Mercaderías*. 1. ed. Madrid: Civitas. 1998
- Díez-Picazo, Luis, y Antonio Cabanillas Sánchez, y Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, (1980. Viena). *En La Compraventa Internacional De Mercaderías: Comentario De La Convención De Viena*. Madrid: Civitas. 1998

- Díez-Picazo, Luis and Antonio Gullón. *Sistema De Derecho Civil*, Vol. II. 11a. ed. Madrid: Tecnos Press. 2015
- DiMatteo, Larry A, Lucien Dhooge, Stephanie Greene y Virginia Maurer. "The Interpretive Turn". En *International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*. *Nw.J.Int'L L. & Bus.* 24 (2003): 299
- Eiselen, Sieg. "Arts. 71/72 CISG–PECL, by Sieg Eiselen [South Africa]". En *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, edited by Felemegas, John. Cambridge: Cambridge University Press. 2007
- Enderlein, F. and D. Maskow. *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Commentary*. New York: Oceana, 1992
- Farnsworth, E. Allan. The American Provenance of the UNIDROIT Principles. *Tulane Law Review* 72, no. 6 (1998): 402
- Farnsworth, Edward Allan. *Farnsworth on Contracts*. 3rd ed. New York, NY. Aspen. Law & Business. 2004
- Felemegas, John. *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: University Press. 2007
- Fernández de Casadevante, Romani, Carlos R y Francisco Javier Quel López. Las Naciones Unidas y El Derecho Internacional. *Ariel* (1997): 173 - 176
- Ferrari, Franco. Autonomous Interpretation Versus Homeward Trend Versus Outward Trend in CISG Case Law. *Uniform Law Review* 22, no. 1 (2017): 246 - 267
- Ferrari, Franco. Burden of Proof Under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG). *Int'L Bus.LJ* (2000): 665
- Ferrari, Franco. *The CISG and its Impact on National Legal Systems – General Report. The CISG and its Impact on National Legal Systems*. Berlin, New York: Sellier de Gruyter. 2009
- Ferrari, Franco. Have the Dragons of Uniform Sales Law been Tamed. Ruminations on the CISG's Autonomous Interpretation by Courts. *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H.Kritzer on the Occasion of His Eightieth Birthday* (2008): 134-167
- Franco Ferrari. *La Compraventa Internacional: Aplicabilidad Y Aplicaciones De La Convención De Viena De 1980*. Valencia: Valencia: Tirant lo Blanch. 1999
- Ferrari, Franco y Marco Torsello. *International Sales Law-CISG-in a Nutshell*. West Academic. 2014

- Flechtner, Harry M. Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C. *JL & Com.* 8 (1988): p. 53
- Flechtner, Harry M. The several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7 (1). *JL & Com.* 17 (1997a): 187
- Flechtner, Harry M. The several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7 (1). *JL & Com.* 17 (1997): 190
- Flessner, Axel and Thomas Kadner Graziano. CISG? Zur Suche Nach Einer Abkürzung Für Das Wiener Übereinkommen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf Vom 11. April 1980. *Zeitschrift Für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* (1995): 347-350
- Fletcher, Ian F. *Foundations and Perspectives of International Trade Law*. London: Sweet & Maxwell. 2001
- Galgano, Francesco. *La Globalización en el espejo del Derecho*. Rubinzal-Culzoni Editoriales, Buenos Aires. 2005
- Galgano, Francesco. *Lex Mercatoria, Bologna*. Il Mulino. 2001
- Gall, Henryk. Conferencia De Las Naciones Unidas Sobre Comercio Y Desarrollo. *Foro Internacional* 5, no. 1(1964): 99-129
- Gebauer, Martin. Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation. *Unif.L.Rev.Ns* 5 (2000): 683
- Grossfeld, Bernhard and Peter Winship. The Law Professor Refugee. *Syracuse J.Int'L L. & Com.* 18 (1992): 3
- Heidemann, Maren. *Methodology of Uniform Contract Law : The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*. 1. Aufl. ed. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg. 2007
- Herber, Rolf and Beate Czerwenka. Internationales Kaufrecht: Kommentar Zu Dem Übereinkommen Der Vereinten Nationen Vom 11. April 1980 Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf. München: Beck, 1991
- Herman, Shael. Llewellyn the Civilian: Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code. *Tul.L.Rev.* 56 (1981): 1125
- Hillman, Robert A. Applying the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Elusive Goal of Uniformity. *Cornell International Law Journal, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* 1995: 316.

- Honnold, John. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The Studies, Deliberations, and Decisions that Led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers. 1989
- Honnold, John and Flechtner, Harry M. *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 4<sup>a</sup> ed. ed., Norwell: Wolters Kluwer Law & Business. 2009
- Honnold, John. "A Uniform Law for International Sales." *University of Pennsylvania Law Review* 107, no. 3 (1959): 299-330
- Honsell, Heinrich and Martin Karollus. *Kommentar Zum UN-Kaufrecht : Übereinkommen Der Vereinten Nationen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf (CISG)*. Berlin: Springer. 1997
- Heinrich Honsell et al. *Kommentar Zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen Der Vereinten Nationen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf (CISG)*. Springer-Verlag. 2009
- Instituto Internacional para la Unificación del Derechos Privado. "Principios UNIDROIT". <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>
- Jacobs, Christopher M. Notice of Avoidance Under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability, *University of Pittsburgh Law Review* 64, no. 2 (2003): 407 – 429
- Kaczorowska, Alina. *International Trade Conventions and their Effectiveness: Present and Future*. Springer. 1995
- Kahn, Philippe. *La Vente Commerciale Internationale. Bibliothèque De Droit Commercial*. Vol. T. 4. Paris: Sirey. 1961
- Karton, Joshua. Contract Law in International Commercial Arbitration: The Case of Suspension of Performance. *International & Comparative Law Quarterly* 58, no. 4 (2009): 863 - 896
- Kazuaki, Sono. *The Vienna Sales Convention: History and Perspective*, Sarcevic, Petar and Paul Voken. Ed., Vol. 1 New York: Oceana Publications. 1986
- Keller, Bertram. Favor Contractus: Reading the CISG in Favor of the Contract. *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries—festschrift for Albert H. Kritzer on He Occasion of His Eightieth Birthday*. Wildy. Simmonds and Hill Publishing London (2008): 247 - 266
- Kelly, Elizabeth Slusser and Ann Puckett. *Uniform Commercial Code Confidential Drafts*. William S. Hein & Company. 2007
- Koch, Robert. The Concept of Fundamental Breach of Contract Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998*, Kluwer Law International (1998): 177 - 354

- Kopelmanas, Lazare and Georges Fischer. *La Codification Des Coutumes Du Commerce International Dans Le Cadre Des Commissions Régionales Économiques Des Nations Unies.* " *Annuaire Français De Droit International* 1, no 1 (1955): 370-375
- Kröll, Stefan, Loukas A. Mistelis y María del Pilar Perales Viscasillas. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. 2nd ed. München: C.H. Beck. 2018
- Landwehr, Martha L. *Private Investors Abroad - Problems and Solutions in International Business in 1983*. Matthew Bender. 1983
- Ole Lando and Hugh Beale, *Principles of European Contract Law. Parts I, II and III- Combined and rev. ed. (The Hague etc.): The Hague etc.]:* Kluwer Law International. 2003
- Liu, Chengwei y Marie Stefanini Newman. *Remedies in International Sales: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*. Juris Publishing, Inc. 2007
- LIU, Qiao. *Anticipatory Breach of Contract*. Oxford and Portland: Hart Publishing. 2011
- Lookofsky, Joseph. *Understanding the CISG: (Worldwide)*. Edition. Fifth (worldwide) edition Copenhagen: Kluwer Academic. 2017
- Magnus, Ulrich. The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common Law-Best of all Worlds. *J.Civ.L.Stud.* 3 (2010): 73
- Magnus, Ulrich and Julius von Staudinger. *J. Von Staudingers Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch Mit Einführungsgesetz Und Nebengesetzen: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*. Vol. 2 Walter de Gruyter. 2018
- Malcolm, Evans. The Activity of the International Institute for the Unification of Private Law. *Unif.L.Rev.Os* (1994): 2
- Matteucci, Mario. UNIDROIT-the First Fifty Years. *I Unif.L.Rev.Os* (1976): 14
- Memmo, Daniela. Il Contratto Di Vendita Internazionale Nel Diritto Uniforme," *Rivista Trimestrale Di Diritto E Procedura Civile* (1983): 181
- Ministère de la Justice des Pays-Bas. *Actes et documents de la Conférence diplomatique sur L'Unification du Droit en matière de la vente Internationale, La Haye, 2 - 25 Avril 1964*. La Haye: Ministère de la Justice des Pays-Bas. La Haye, 1966
- Miquel, Joan. *Curso De Derecho Romano*, ed. Miquel, Joan. Barcelona: PPU. 1987
- Morales, Antonio Manuel. *El error en los contratos*. Madrid: Ceura, 1988
- Moss, Sally. The Why the United Kingdom has Not Ratified the CISG. *JL & Com.* 25 (2005): 483
- Mustill, Michael. Anticipatory Breach of Contract: The Common Law at Work. *Butterworth Lectures 1990* (1989): 1-78

- Naciones Unidas. "Acta Final de la Conferencia de sobre Comercio y Desarrollo Ginebra de 1964. Documento E./CONF.46/141, Vol. I, Anexo A. VI.5, p. 64 (Ginebra 16 de junio de 1964)". <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL3/159/09/pdf/NL315909.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. "Progressive Development of the law of International Trade: Report General Secretary, Documento A/6396 (23 de septiembre de 1966)". <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N66/236/22/pdf/N6623622.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. "Resolución A/5728" (9 de septiembre de 1964). Consideration of steps to be taken for progressive development in the field of private international law with a particular view to promoting international trade". <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N64/186/39/pdf/N6418639.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. "Resolución A/5933" (13 de julio de 1965). Consideration of steps to be taken for progressive development in the field of private international law with a particular view to promoting international trade". <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N65/170/75/pdf/N6517075.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. "Resolución 174 (II) de la Asamblea General. Establecimiento de una comisión de derecho internacional. Documento A/RES/174(II) (21 de noviembre de 1947)". <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/041/12/pdf/NR004112.pdf?OpenElement>
- Naciones Unidas. "Resolución 2102. Examen de las medidas que se deberán adoptar para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional privado con miras, en particular, a fomentar el comercio internacional. Documento A/RES/2102 (XX) (20 de diciembre de 1965)". [https://undocs.org/es/A/RES/2102\(XX\)](https://undocs.org/es/A/RES/2102(XX))
- Naciones Unidas. "Resolución 2205 (XXI) Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Documento A/RES/2205 (XXI) (17 de diciembre de 1966)". [https://undocs.org/es/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/es/A/RES/2205(XXI))
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. I: (New York: Naciones Unidas, 1968-1970), p. 105, Documento A/CN.9/SER.A/1970". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1968-70\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1968-70_s.pdf)
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. III: (New York: Naciones Unidas, 1973), pp. 37 a 49, Documento A/CN.9/SER.A/1972". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1972a\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1972a_s.pdf)
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. V: (New York: Naciones Unidas, 1976), p. 92, párr. 50. Documento A/CN.9/SER.A/1974". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1974\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1974_s.pdf)
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. VI: (New York: Naciones Unidas, 1976), p. 63, párr. 100. Documento

BIBLIOGRAFÍA

JULIÁN LOZANO HERNÁNDEZ

- A/CN.9/SER.A/1975". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1975a\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1975a_s.pdf)
- Naciones Unidas. "Analysis or comments and proposals by Government relating to articles 71 to 101 of ULIS". <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/acn9-wg2-wp17-e.pdf>
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. VIII: 1977 (New York: Naciones Unidas, 1979), págs. 100-102, Documento A/CN.9/SER.A/1977". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1977\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1977_s.pdf)
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. IX: 1978 (New York: Naciones Unidas, 1980), Documento A/CN.9/SER.A/1978". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1978\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1978_s.pdf)
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. X: 1979 (New York: Naciones Unidas, 1981), págs. 9-10, Documento A/CN.9/SER.A/1979". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1979\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1979_s.pdf)
- Naciones Unidas. "Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XI: (New York: Naciones Unidas, 1980), págs. 159-173, Documento A/CN.9/SER.A/1980". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb\\_1980\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/yb_1980_s.pdf)
- Organización Mundial de Comercio. "Evolución del comercio en el marco de la OMC: estadísticas útiles". [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/statistics/trade\\_evolution/evolution\\_trade\\_wto\\_s.htm#:~:text=A%20fecha%202022%2C%20el%20volumen,son%20del%209%25%20en%20promedio](https://www.wto.org/spanish/res_s/statistics/trade_evolution/evolution_trade_wto_s.htm#:~:text=A%20fecha%202022%2C%20el%20volumen,son%20del%209%25%20en%20promedio)
- Naciones Unidas. "Documentos de la Conferencia y Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de los Comisiones Principales (Nueva York: Naciones Unidas, 1981). Documento A/CONF.97/19". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg\\_conference\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg_conference_s.pdf)
- Naciones Unidas. "Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General "Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales. Documento A/RES/1514 (XV) (14 de diciembre de 1960)". [https://undocs.org/es/A/RES/1514\(XV\)](https://undocs.org/es/A/RES/1514(XV))
- Naciones Unidas. "Resolución 1686 (XVI) de la Asamblea General "Labor futura en materia de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, Documento A/RES/1686 (XVI) (18 de diciembre de 1961)". [https://undocs.org/es/A/RES/1686\(XVI\)](https://undocs.org/es/A/RES/1686(XVI))
- Naciones Unidas. "Resolución 1785 (XVII) de la Asamblea General "Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Documento A/RES/1785 (XVII) (8 de diciembre de 1962)". [https://undocs.org/es/A/RES/1785\(XVII\)](https://undocs.org/es/A/RES/1785(XVII))
- Naciones Unidas. "Resolución 1707 (XVI) de la Asamblea General. El Comercio internacional como principal instrumento para el desarrollo económico. Documento A/RES/1707 (XVI) (19 de diciembre de 1961)". [https://undocs.org/es/A/RES/1707\(XVI\)](https://undocs.org/es/A/RES/1707(XVI))

- Naciones Unidas. "Resolución 1710 (XVI) de la Asamblea General. Programa de cooperación económica internacional. Documento A/RES/1710 (XVI) (19 de diciembre de 1961)". [https://undocs.org/es/A/RES/1710\(XVI\)](https://undocs.org/es/A/RES/1710(XVI))
- Naciones Unidas. "Resolución 1820 (XVII) "Declaración de El Cairo de los países en vías de desarrollo. Documento A/RES/1710 (XVI) (18 de diciembre de 1962)". [https://undocs.org/es/A/RES/1820\(XVII\)](https://undocs.org/es/A/RES/1820(XVII))
- Naciones Unidas. "Resolución 1995 (XIX) de la Asamblea General. Establecimiento de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo como órgano de la Asamblea General". [https://undocs.org/es/A/RES/1995\(XIX\)](https://undocs.org/es/A/RES/1995(XIX))
- Naciones Unidas. "Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa Internacional de Mercaderías". [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg\\_digest\\_2016\\_s.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/cisg_digest_2016_s.pdf)
- Parra-Aranguren, Gonzalo. Legislación Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas)* (1986): 9 – 89
- Máximo Pérez García y Carmen Jerez Delgado. La Comisión General de codificación y Su labor en la modernización del Derecho de obligaciones. *Revista Jurídica Universidad Autónoma Madrid* (2009): 155-179
- Pejovic, Caslav. Stoppage in Transit and Right of Control: 'Conflict of Rules'. *Pace International Law Review* 20, no. 1 (2008): 140
- Peters, Lena. *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*. Alphen aan den Rijn: Wolters. Kluwer Law International. 2012
- Rabel, Ernst. Der Entwurf Eines Einheitlichen Kaufgesetzes. *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht* 9 (1935): 1-79
- Rabel, Ernst. A Draft of an International Law of Sales. The University of Chicago. *Law Review* 5, no. 4 (1938): 543-565
- Rabel, Ernst. The Hague Conference on the Unification of Sales Law. *The American Journal of Comparative Law* (1952): 58-69
- Rabel, Ernst. *Das Recht Des Warenkaufs, Eine Rechtsvergleichende Darstellung, unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1936*. Berlin. 1936.
- Ramberg, Jan and Johnny Herre. *Köplagen. Norstedts Juridik*. 1. uppl. ed. Stockholm: Fritze. 1995
- Ridruejo, José Antonio Pastor. *Las Naciones Unidas y La Codificación Del Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos y Políticos*. Ariel. 1997

- Riesenfeld, Stefan. The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples. *Am.J.Comp.L.* 37 (1989): 1
- Robertson Jr, R. J. The Right to Demand Adequate Assurance of due Performance: Uniform Commercial Code Section 2-609 and Restatement (Second) of Contracts Section 251. *Drake L.Rev.* 38 (1988): 305
- Rosental, Mark Moisevich and Pavel Fedorovich Iudin. *Diccionario Filosófico*. Montevideo: Ediciones Pueblos Unidos. 1965
- Rowley, Keith A. A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law. *U.Cin.L.Rev.* 69 (2000): 565
- Saidov, Djakhongir. Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review - Revue De Droit Uniforme* 11, no. 4 (2006): 795-822
- Saidov, Djakhongir. *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments*. Oxford: Hart Publishing. 2008
- Saidov, Djakhongir. Methods of Limiting Damages Under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods." *Pace International Law Review* 14, no. 2 (2002): 377
- Šarčević, Petar y Paul Volken. *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*. Dobbs Ferry. NY: Oceana Publications. 1986
- Sargis, Marc W. The Uniform Commercial Code Section 2-609: A Return to Certainty, 14 J. *Marshall L. Rev.* 113 (1980). *UIC Law Review* 14, no. 1 (1980): 5
- Schlechtriem, Peter. *Internationales UN-Kaufrecht: Ein Studien- Und Erläuterungsbuch Zum Übereinkommen Der Vereinten Nationen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf (CISG)*. Tübingen: Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996
- Peter Schlechtriem and UN-Kaufrecht Internationales. *Ein Studien-Und Erläuterungsbuch Zum Übereinkommen Der Vereinten Nationen Über Verträge Über Den Internationalen Warenkauf (CISG)*, Tübingen: Mohr. 2003
- Schlechtriem, Peter. Interpretation, Gap-Filling and further Development of the U.N. Sales Convention. *Pace International Law Review* 16, no. 2 (2004): 306
- Schlechtriem, Peter. *Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Manz. 1986
- Schlechtriem, Peter and Petra Butler. *UN Law on International Sales : The UN Convention on the International Sale of Goods*. Springer-Lehrbuch. Berlin, Heidelberg: Springer. 2009
- Schlechtriem, Peter, Ulrich Magnus y Gesellschaft für Rechtsvergleichung. *Internationale Rechtsprechung Zu EKG Und EAG: Eine Sammlung Belg., Dt., Ital., Israel. U. Niederländ. Entscheidungen Zu D. Haager Einheitlichen Kaufgesetzen*. Nomos-Verlag-Ges. 1987

- Schlechtriem, Peter and Ingeborg Schwenzer. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford Univ. Press. 2010
- Schlechtriem, Peter and Ingeborg Schwenzer. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Fourth ed. Munich: Oxford: University Press. 2016
- Schlechtriem, Peter, Ingeborg Schwenzer, and Ulrich G. Schroeter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Fifth ed. Munich: Oxford University Press. 2022
- Schmitthoff, Clive M. *The Sources of the Law of International Trade: With Special References to East-West Trade*. PAIS Archive.1964
- Schwenzer, Ingeborg. "Opinión no. 5 del Consejo Asesor de la CCIM. El derecho del comprador a resolver el contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no Conformes. (7 de mayo de, 2005)". [https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish\\_Opinion\\_5.pdf](https://cisgac.com/wp-content/uploads/2023/02/Spanish_Opinion_5.pdf)
- Schwenzer, Ingeborg and Pascal Hachem. The CISG—successes and Pitfalls." *The American Journal of Comparative Law* 57, no. 2 (2009): 457-478
- Schwenzer, Ingeborg, Pascal Hachem, and Christopher Kee. *Global Sales and Contract Law*. Oxford: Oxford University Press. 2012
- Schwenzer, Ingeborg and Peter Schlechtriem. *Festschrift Für Peter Schlechtriem Zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2003
- Sono, Kazuaki. *The Vienna Sales Convention: History and Perspective*. Sarcevic, Petar and Paul Voken. Ed. Vol. 1. New York: Oceana Publications. 1986
- Strub, M. Gilbey. The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries. *International and Comparative Law Quarterly* 38, no. 3 (Jul 1, 1989): 475-501
- Study Group on a European Civil Code. "Principles definitions and model rules of European Private Law". [https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009\\_02\\_DCFR\\_OutlineEdition.pdf](https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf)
- Szász, Iván. *A Uniform Law on International Sales of Goods. the CMEA General Conditions*. Akadémiai Kiadó. 1976
- Symposium-Ten Years of the United Nations Sales Convention. *The Journal of Law and Commerce* 17, no. 2 (1998): 184-185
- Treitel Guenter H. and Edwin Peel, *The Law of Contract*, 13. ed. ed. London: Sweet & Maxwell [u.a.]. 2011

- Villa Rodriguez, J. Comercio y Desarrollo: La Conferencia de Ginebra. *Revista de economía política (Madrid)*, 41 (1965): 82-102
- Vilus, Jelena. "Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer". En *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, ed. Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1986.
- Vogenauer, Stefan and Stephen Weatherill. *The Harmonisation of European Contract Law: Implications for European Private Laws*. Business and Legal Practice Bloomsbury Publishing. 2006
- Von Bar Christian et al. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Sellier*. European Law Publishers. 2009
- Von Ziegler, Alexander. The Right of Suspension and Stoppage in Transit (and Notification Thereof)." *Journal of Law and Commerce* 25, no. 1-2 (2005): 353-374
- Voskuil, Cornelis Carel Albert and John Anthony Wade. *Hague-Zagreb Essays 4: On the Law of International Trade*. Vol. 4. The Hague: TMC Asser Instituut. 1983
- Walter, Mark, Harry Flechtner, and Ronald Brand. *Drafting Contracts Under the CISG*. Oxford University Press. 2008
- Whitman, James. Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code. *Yale LJ* 97 (1987): 156
- Wiseman, Zipporah Batshaw. Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules, The. *Harv.L.Rev.* 100 (1986): 465
- Witz, Wolfgang, Hanns-Christian Salger y Manuel Lorenz. *International Einheitliches Kaufrecht*. 2., neu bearbeitete Auflage ed. Frankfurt am Main: Fachmedien. Recht und Wirtschaft. 2016
- Ziegel, S. Jacob. *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives: In Galston/Smit*. Ed., International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 1984
- Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: University Press. 1996



