

Universidad de Chile
Escuela de Derecho
Contratos Parte Especial
Prof. Francisco González Hoch

Materiales III

“Compraventa”

1. BARROS B., Enrique. *Compraventa*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Apuntes de clases (1997) pp. 1-54
2. CAPRILE B., Bruno. *Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad*. En Hernán Corral y María Sara Rodríguez (coords.), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, Editorial Lexis Nexis (2006) pp. 629-650.
3. ADAME G., Jorge. *Obligaciones del vendedor en la compraventa internacional*. *Ars Iuris*10 (1993) pp. 21-53.
4. KATZ, Avery W. *Remedies for Breach of Contract Under the CISG*. *International Review of Law and Economics* 25 (2005) pp. 378–396

DERECHO CIVIL III

COMPRAVENTA

COMPRAVENTA¹

I.- INTRODUCCION

Definición

Conforme al artículo 1793 del Código Civil, la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.

Del análisis de esta definición, se infiere que de la compraventa surgen a lo menos dos obligaciones esenciales. Por una parte, la obligación del vendedor de dar la cosa y, por la otra, la obligación del comprador de dar el precio, esto es, el dinero que se paga por la cosa.

La obligación de dar consiste en la obligación de transferir el dominio. Por ello, el artículo 703 señala que la venta es un título traslativo de dominio, es decir, un título que por su naturaleza sirve para transferir el dominio.

Elementos de la compraventa

La compraventa supone dos elementos esenciales, estos son, el precio y la cosa. Sin ellos, o bien no existe contrato alguno, o bien deriva en un contrato diferente (art. 1444).

Los demás elementos, que se entienden incorporados a la compraventa sin necesidad de mención especial, son elementos de la naturaleza. Están dados por la ley, ya sea como efectos generales de las obligaciones o como elementos propios del contrato de compraventa, a fin de suplir la voluntad de las partes y en todo caso, las partes pueden modificarlos del modo que convengan.

Las obligaciones de saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios son elementos de la naturaleza; sólo se entienden incorporadas al contrato en los términos que señala la ley, en la medida que las partes no manifiesten lo contrario; las partes pueden modificarlas en sus propios términos. Lo mismo vale para la acción resolutoria, los riesgos y, en general, para las reglas del título sobre la compraventa y las generales del derecho de los contratos que por su sentido sean de orden público.

Por último, las partes pueden pactar libremente las cláusulas que estimen, en tanto no sean contrarias al orden público, la moral o las buenas costumbres, o en tanto no alteren la economía básica de este contrato de intercambio. Estos son los llamados elementos accidentales de la compraventa, como son, por ejemplo, las modalidades del plazo y la condición.

¹ Apuntes tomados por la ayudante Sandra Benedetto, sobre la base de las explicaciones dadas por el profesor Enrique Barros en el curso de Derecho Civil III del año 1992, y revisados por el profesor.

Objeto y Causa

Como todo contrato, la compraventa supone las exigencias de objeto² y causa. Tanto el objeto como la causa deben ser reales y lícitos.

La realidad de la causa es una exigencia que opera fundamentalmente como mecanismo de control del consentimiento. Busca que efectivamente existan contraprestaciones sobre la base de un precio serio.

Si se trata de una compraventa de bienes raíces, la lesión enorme es el único mecanismo que el Código Civil contempla para controlar que el precio sea real³.

En la compraventa de bienes muebles, sólo en la medida que exista un precio irrisorio es posible inferir que el contrato carece de causa. El control, por consiguiente, sólo se da en el límite, basta que haya un precio real, aún cuando no sea justo, para que exista causa.

Además, la causa debe ser lícita, lo que no plantea una pregunta abstracta, sino una relativa a los fines de las partes. Por otro parte, es sabido que el derecho no establece a este respecto un juicio positivo de licitud, sino uno negativo de ilicitud; a pesar de los términos del art. 1467 I, lo relevante, en consecuencia, no es comprobar si la causa es lícita, sino su ilicitud (arts. 1467 II y III y 1682). La causa es ilícita cuando la compraventa tiene por finalidad realizar un fraude en contra de terceros o en contra de la ley o cuando es contraria a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, siempre y cuando estos motivos ilícitos sean compartidos (o al menos conocidos) por ambas partes.

Características

La compraventa es un contrato esencialmente bilateral y oneroso. Supone la concurrencia de dos partes que se obligan, gravándose una en beneficio de la otra.

Si bien la compraventa es por naturaleza un contrato conmutativo, puede ser aleatorio, en la medida que se exprese dicho carácter o cuando en atención a la naturaleza del contrato aparece que se compró la suerte (arts. 1461 y 1813).

Así, la venta de cosa futura se entiende naturalmente celebrado bajo la condición de existir, a menos que se pruebe la aleatoriedad del acuerdo.

²

Se hace referencia al capítulo sobre objeto de la compraventa. Véase también, lo relativo al objeto de los actos jurídicos del Curso Derecho Civil I.

³

La lesión enorme será estudiada en el capítulo relativo al precio en la compraventa.

No pierde el contrato su carácter jurídico conmutativo si la cosa, luego del contrato, aumenta o disminuye de valor. Ese es un riesgo económico que dirime el contrato, que no altera sus efectos.

Sólo en casos extremos de excesiva onerosidad sobreviniente por causas imprevistas, y en el entendido que no se trata de un riesgo económico que el deudor haya asumido (como será lo natural), puede plantearse de buena fe una revisión por imprevisión.

Calificación

Como se dijo, el comprador debe pagar un precio en dinero. Sin embargo, es posible que el precio se pague parte en dinero y parte en otra cosa, en cuyo caso sólo será venta si la cantidad pagada en dinero es superior al valor de la cosa. En caso contrario, se tratará de una permuta (art. 1794).

El contrato de compraventa es un título traslativo de dominio; por ser tal se diferencia, por ejemplo, del arrendamiento y del comodato. También es distinto de la donación, ya que aún cuando ésta es un título traslativo es de carácter gratuito.

En cuanto al contrato de sociedad, si bien es un título traslativo de carácter oneroso, es un título de aporte, a diferencia de la compraventa que es de intercambio.

Funciones de la compraventa

Es el más puro contrato de intercambio, que da lugar a obligaciones de dar.

En un sentido estrictamente jurídico es un título traslativo de dominio. No es un modo de adquirir el dominio, sino el antecedente necesario para ello. En este sentido nuestro derecho difiere completamente del francés. Para este último, la compraventa es, a la vez, un contrato y un modo de adquirir el dominio de las cosas.

El hecho de que la compraventa sea un título traslativo de dominio y no un modo de adquirir permite que la venta de cosa ajena sea válida. Si bien, es inoponible al verdadero dueño, éste tiene la posibilidad de ratificarla reconociéndole eficacia a su respecto (arts. 1815, 1818). Por otro lado, nada impide que el vendedor, que al momento de la venta no era propietario, adquiera la cosa para sí a fin de luego transferirla al comprador.

II.- FORMA Y REQUISITOS

Principio

La compraventa es un contrato de carácter consensual, esto es, para que se perfeccione basta que las partes acuerden el precio y la cosa, conforme lo señala el artículo 1801 del Código Civil.

Sin embargo, este principio general contempla una serie de excepciones. Se trata de casos en que se exige la concurrencia de ciertas formalidades para el perfeccionamiento de la compraventa, ya sea, como solemnidades, como formalidades habilitantes, como medio de prueba o simplemente como exigencias formales establecidas convencionalmente.

Formalidades como solemnidad

Las solemnidades son formalidades, distintas a la entrega, exigidas por ley para la validez del acto en razón de su naturaleza. Persiguen la certeza de la expresión de voluntad. No sólo están establecidas en beneficio de las partes, sino también de terceros (acreedores, cesionarios y adquirentes).

La solemnidad más típicamente exigida en el caso de la compraventa es la escritura pública. La escritura pública es un instrumento público otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público (art. 1699). En caso de omisión de la escritura pública, la doctrina y la jurisprudencia chilena se han uniformado en torno a la idea de que dicha compraventa es nula de nulidad absoluta⁴.

El artículo 1801 y otras normas dispersas en el ordenamiento jurídico señalan algunos casos en que se exige escritura pública para el perfeccionamiento de una compraventa:

(a) Compraventa de bienes raíces. Se entiende que se exige escritura pública no sólo al vender el derecho pleno sino también la nuda propiedad sobre un bien raíz. Igualmente, es exigida para perfeccionar la venta de las cuotas de comunidad sobre un inmueble, así como también en el caso de la subasta pública de un bien raíz, en cuyo caso es el juez quien actúa como vendedor (art. 1801).

(b) Compraventa de servidumbres y censos La venta de una servidumbre se perfecciona en virtud de una escritura pública (art. 1801). Así, la escritura sirve tanto de título traslativo como de modo de adquirir el dominio. Recordemos que la tradición de la servidumbre se efectúa por escritura pública en la que el tradente expresa constituir y el adquirente aceptarla (art. 698). Para ello, generalmente se incorpora una cláusula especial en el mismo instrumento. Aunque no es requisito para la tradición, la servidumbre puede ser inscrita (Reglamento Conservador, art. 53 N°2).

(c) Compraventa de una sucesión hereditaria. Se trata de la venta de una herencia considerada como universalidad, por lo tanto, distinta de los bienes que la forman. Se exige escritura pública sea que la herencia comprenda o no bienes inmuebles (art. 1801).

Cabe tener presente, que no existe norma expresa que señale como ha de efectuarse la tradición de la herencia. La jurisprudencia ha zanjado este vacío señalando que en este caso se debe aplicar la regla general de los bienes muebles, esto es, basta que una de las partes signifique a la otra que le transfiere el dominio (art. 684). Ahora bien, ya que

los títulos traslativos que anteceden la tradición de la herencia, sean compraventa o donación, deben constar por escritura pública, la tradición de la herencia usualmente se da por efectuada en el mismo instrumento en que conste el título mediante la inclusión de una cláusula especial.

Por otra parte, la venta de una herencia siempre se refiere a un derecho ya adquirido: la que recae sobre una sucesión futura adolece de objeto ilícito (1463 I).

(d) Compraventa del derecho de usufructo sobre inmuebles. El usufructo, como todo derecho real, supone un título y un modo de adquirir. En cuanto al modo de adquirir, el usufructo sobre bienes inmuebles está sujeto a la regla de la inscripción. El artículo 767 señala que el usufructo que ha de recaer sobre inmuebles por actos entre vivos no vale si no se otorga por instrumento público inscrito.

De esta norma se infiere que si el usufructo recae sobre un bien inmueble, su título debe constar por instrumento público. Por consiguiente, la compraventa debe constar por escritura pública.

(e) Compraventa del derecho de uso y habitación. Lo señalado en el párrafo anterior vale también para el derecho de uso y habitación (art. 811 en relación con art. 766). A este respecto, se ha planteado la duda de si es posible comprar este derecho, en la medida que tiene el carácter de personalísimo. Sin embargo, tal carácter de personalísimo del mismo se refiere a su vigencia y ejercicio: cualquiera sea el título en virtud del cual se adquirió, el uso o habitación no pueden ser cedidos ni arrendados, ni son transmisibles (art. 819).

(f) Compraventa de naves. A diferencia de las aeronaves, las naves están sujetas a un régimen que las asimila a los bienes raíces. Incluso pueden ser hipotecadas (Código de Comercio, art. 832).

(g) Compraventa de aguas. El agua es un bien comerciable distinto de la tierra. Los contratos que sirvan de título a la transferencia de las aguas deben constar en escritura pública (Código de Aguas, art. 113).

Por último, el ordenamiento jurídico señala otros casos de compraventas sujetas a **solemnidades distintas de la escritura pública**, las que se exigen en atención a las circunstancias.

(h) Ventas forzosas. Las ventas forzosas, llevadas a cabo por la autoridad pública, están sujetas a una serie de formalidades que constituyen solemnidades de la misma, como la tasación, los avisos o las publicaciones y la subasta pública, entre otras (Código de Procedimiento Civil, arts. 481 ss.).

Si el bien es de aquéllos cuya venta deba hacerse por escritura pública, será necesaria esta solemnidad. A la escritura comparece el juez como representante legal del vendedor (idem, art. 497).

⁴ Véase en el Curso de Derecho Civil I el capítulo sobre inexistencia y nulidad.

(i) Juicio de partición. La ley también exige una serie de formalidades en caso de que el partidor venda el bien común a fin de repartir lo obtenido entre los comuneros. Dicha venta debe efectuarse previa tasación y publicación de avisos correspondientes, en pública subasta. La venta, por su parte, deberá constar en escritura pública si la naturaleza del bien así lo exige.

Mandato y formalidades de la venta

El mandato es, por regla general, de carácter consensual (art. 2173). ¿Qué ocurre si se otorga un mandato para celebrar un contrato solemne? En principio es posible afirmar que si la compraventa encargada es solemne, el mandatario debe cumplir las solemnidades requeridas al tiempo de efectuar su gestión, lo que no supondría que el mandato, en cuya virtud interviene en esa compraventa, sea solemne.

Sin embargo, si el acto encargado es solemne resulta dificultoso acreditar la personería del mandatario sino a través de un acto solemne. A esta razón práctica se ha agregado una dogmática, que resulta discutible, pero que se ha generalizado: cuando el mandante no comparece al acto solemne se ha entendido que debe manifestar su voluntad de otorgar poder de representación con iguales formalidades que el acto que autoriza al mandatario realizar. Por ello, la jurisprudencia mayoritaria ha estimado que el mandato otorgado para la ejecución de una compraventa solemne debe cumplir con las mismas solemnidades que dicha compraventa.

Formalidades habilitantes

Se trata de formalidades exigidas en atención a la calidad o estado de las personas que realizan el acto. A diferencia de las solemnidades, cuya omisión ya fue analizada en el título anterior, la falta de las formalidades habilitantes, cuando su concurrencia es exigida por ley, acarrea consigo la nulidad relativa del acto (art. 1682).

Recordemos que el incapaz relativo debe actuar, o bien representado, o bien habilitado, por su representante legal, sea el padre o madre, el curador o incluso, en determinados casos, el juez.

Por otro lado, es necesario distinguir las dos dimensiones en que operan las formalidades habilitantes. Por una parte, son el medio a través del cual el incapaz relativo puede actuar en la vida del derecho. Pero, además, las formalidades habilitantes son requisito necesario para que quien actúa como representante legal de otra persona pueda realizar determinados actos. Por ejemplo, el marido requiere autorización de la mujer para enajenar o gravar bienes raíces sociales o los derechos hereditarios de ésta (art. 1749 III); el propio marido requiere autorización de la mujer para enajenar bienes raíces propios de la mujer (art. 1754 I); al igual que el tutor o curador requiere autorización judicial para enajenar los bienes raíces o los bienes muebles preciosos o que tengan un valor de afección del pupilo (arts. 393, 394).

Formalidades voluntarias

Si las partes pactan la concurrencia de formalidades para celebrar una compraventa que no es solemne de acuerdo con la ley, no hay contrato mientras éstas no se cumplan. Se entiende que el consentimiento se encuentra pendiente. La formación del contrato queda en suspenso hasta que se cumplan las formalidades convencionales y no se entiende celebrado de un contrato de promesa.

Así lo entiende el artículo 1802, al señalar que “si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el artículo precedente no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida”.

La frase final del artículo 1802 muestra que las formalidades voluntarias pueden ser renunciadas por las partes, incluso tácitamente. En ello sólo existe una aplicación de los principios generales acerca de la forma en que se puede expresar la voluntad.

Origen de las arras

Las arras son una de las instituciones más arcaicas del derecho. Antiguamente, la compraventa no era de carácter consensual, no bastaba el mero consentimiento de las partes para que se entendiera perfecta y mientras no principiara la ejecución no había aún contrato. En este contexto, las arras permitían expresar un consentimiento previo a la ejecución del contrato.

Posteriormente, la compraventa se transformó en un contrato naturalmente consensual y junto con ello, las arras pasaron a cumplir una función de garantía. Actualmente, son un instrumento para asegurar que el consentimiento en la venta será otorgado y sólo excepcionalmente se entienden dadas como parte del precio, esto es, como señal de convención.

Arras como garantía

Se trata de dinero o cosas muebles de carácter fungible entregadas por una de las partes a fin de garantizar el consentimiento. El artículo 1803 las concibe como una “prenda” de la celebración o ejecución del contrato. La palabra “prenda” debe allí ser entendida en un sentido genérico de garantía y no en el sentido estricto de garantía real que cauciona otra obligación. En efecto, cada una de las partes podrá retractarse del contrato. Si quien se retracta es quien otorgó las arras, las perderá, por el contrario, si quien se retracta es quien las recibió, debe restituirlas dobladas.

Si dadas las arras las partes pueden retractarse significa que las partes no han entendido ligarse definitivamente, mutuamente se reservan la facultad de desistirse. En consecuencia, aún no se ha perfeccionado el contrato. Por eso, la retractación no significa un

incumplimiento, sino por el contrario, se trata del ejercicio de una facultad. No hay, por consiguiente, derecho a indemnización.

En todo caso, la partes deben fijar un plazo dentro del cual puedan retractarse. En caso de no estipularlo, no podrán retractarse después de los dos meses subsiguientes a la convención o después de otorgada escritura pública de la venta o una vez principiada la entrega (art. 1804).

Se ha entendido que un contrato celebrado con arras dadas en garantía ha sido convenido bajo una condición suspensiva negativa, cual es que las partes no se retracten en la oportunidad señalada.

Arras como señal de convención o parte del precio

Las arras otorgadas expresamente como señal de convención o parte del precio son testimonio de la celebración definitiva del contrato. La venta se reputa perfecta desde ese momento, sin perjuicio de las solemnidades que correspondan, si éstas son procedentes.

Para que las arras sean otorgadas como señal de convención o parte del precio, es necesario que se exprese por escrito, de modo contrario son consideradas como arras en garantía, reservándose las partes la facultad de retractarse (art. 1805).

Otorgadas arras en señal de consentimiento, surge la obligación de las partes de otorgar la escritura pública, si la compraventa exigiere esta formalidad.

Gastos por formalidades de la venta

Conforme al artículo 1806, tanto los impuestos, las costas de escritura de la venta así como cualquier otra solemnidad de la venta serán naturalmente cargo del vendedor.

III.- CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN

Aplicación de reglas generales

La capacidad legal de una persona consiste en la aptitud para poder obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra persona. El principio básico es que toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces (arts. 1445 y 1446).

En consecuencia, la regla general es la capacidad y la incapacidad es de derecho estricto, de modo que debe ser establecida por ley.

Este mismo principio se aplica en caso de la compraventa ya que es hábil para celebrar dicho contrato toda persona que la ley no declare inhábil para celebrarlo o para celebrar

todo contrato en general (art. 1749). Las normas sobre capacidad se entienden de orden público.

Tipos de incapacidad

La incapacidad puede ser absoluta, relativa o especial. Las dos primeras se aplican a todo tipo de acto, incluida, por cierto, la compraventa. Las incapacidades especiales, en cambio, son verdaderas prohibiciones que la ley impone a ciertas personas para celebrar compraventas en determinados casos.

Son **incapaces absolutos** los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los impúberes. Ellos están inhabilitados para celebrar una compraventa sino a través de su representante legal, sea el padre, la madre, el tutor o curador. Si intervienen personalmente en el contrato, dicho acto adolece de nulidad absoluta (art. 1682).

Los **incapaces relativos**, en cambio, pueden actuar en derecho, ya sea representados o en virtud de la autorización de su representante legal, esto es, el padre, la madre, el curador e incluso, en determinados casos, el juez. Son incapaces relativos los menores adultos y los disipadores que se encuentran bajo interdicción de administrar lo suyo⁵. La falta de la autorización correspondiente acarrea la nulidad relativa de la compraventa, la que sólo puede ser reclamada por aquellos a cuyo favor ha sido establecida, sus herederos o cesionarios (art. 1684).

La regla general es que la sola voluntad del representante legal es suficiente para obligar al representado. Sin embargo, excepcionalmente, tal representante requiere ciertas autorizaciones para poder realizar determinados actos.

Tal es el caso del marido en los casos de los artículos 1749 III y 1754. Del mismo modo, no le es lícito al tutor o curador enajenar los bienes raíces o los bienes muebles preciosos del pupilo sin previo decreto judicial que lo autorice en razón de utilidad o necesidad manifiesta (art. 393).

Representación de personas jurídicas

Quien actúa como representante de una persona jurídica no tiene un poder ilimitado de representación, sino está limitado por los poderes que le hayan sido otorgados por la ley o los estatutos, o por los poderes que específicamente le hayan conferido otros órganos de la

⁵ La mujer casada bajo sociedad conyugal era incapaz relativa bajo el Código Civil originario. La ley 18.802 estableció la plena capacidad de la mujer bajo ese régimen de bienes, pero conservó la administración por el marido de los bienes propios de la mujer, así como de los bienes sociales. Esta administración del marido, a su vez, está sujeta a reglas de protección de la mujer, quien tiene que autorizar los actos que envuelven disposición de bienes raíces, incluidas promesas de venta y arrendamientos por largo tiempo (arts. 1749 y 1754). Así, aunque no hay en juego protección de incapaces, se aplican a la sociedad conyugal los mismos principios y reglas vigentes bajo el régimen de incapacidad relativa de la mujer.

persona jurídica. Así, por ejemplo, en una sociedad anónima es el directorio el órgano que confiere poder de representación al gerente general.

Es un principio básico del derecho privado que quien excede el poder de representación que le ha sido conferido, no se entiende que actúa como representante, de modo que el acto resulta inoponible al supuesto representado. De esta forma, el tercero con quien contrata asume en principio el riesgo de que quien se dice representante tenga efectivamente poder para celebrar una compraventa, todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de los efectos de mandatos aparentes⁶.

En el derecho público, el principio es más extremo. En caso de extralimitación, se sanciona con la nulidad del acto, que a diferencia de la inoponibilidad, no permite ratificación.

Dicho principio se funda en el artículo 7º de la Constitución Política, norma que señala en su inciso primero y tercero, respectivamente:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las sanciones y responsabilidades que la ley señale”.

Una aplicación práctica de este principio se consagra en el artículo 1797, que prohíbe a los administradores de establecimientos públicos vender parte alguna de los bienes que administran, y cuya enajenación no está comprendida en sus facultades administrativas ordinarias, salvo expresa autorización de la autoridad competente.

Incapacidades especiales. Naturaleza y sanción:

Las incapacidades especiales son verdaderas prohibiciones para que ciertas personas en determinadas circunstancias celebren un contrato de compraventa.

Su principal función es evitar conflictos de intereses, limitando la autocontratación. Pero también persiguen resguardar la fe pública y proteger los derechos de terceros evitando el fraude.

Hay quienes sostienen que su incumplimiento debe sancionarse con la nulidad absoluta del acto. Para ello se fundan en el artículo 10 que señala expresamente que los actos prohibidos por ley son nulos y de ningún valor; además, el artículo 1466 califica de objeto ilícito la celebración de todo contrato prohibido por las leyes, regla que es consistente con la del artículo 1682 inc. 1º que aplica la misma sanción.

Sin embargo, también hay razones para sostener que las incapacidades especiales deberían sancionarse con nulidad relativa. En primer lugar, no siempre hay un interés público

⁶ Véase capítulo sobre mandato en este curso. Véanse en especial los artículos 1448, 2160 552 y 2079.

comprometido, como ocurre, por ejemplo, con las limitaciones que la ley impone al mandatario, por otra parte, no siempre se trataría de una prohibición, sino de una forma de limitación que autorizaría el acto en la medida que exista la autorización correspondiente. Por último, en ciertos casos es procedente la ratificación del acto, como por ejemplo, en el caso del mandato.

Esta disparidad de criterios se ha resuelto señalando que en aquellos casos en que exista un interés público comprometido procede nulidad absoluta y si, por el contrario, sólo se afectan intereses particulares su incumplimiento se sanciona con nulidad relativa. así, debe entenderse que las normas de los artículos 1796, 1797 y 1798 dan lugar a nulidad absoluta. En cambio, las referidas en los artículos 1799 y 1800, dan lugar a nulidad relativa.

Casos de incapacidades especiales

1) Para vender y comprar (art. 1796):

i) Se prohíbe la compraventa entre cónyuges no divorciados a perpetuidad. Con esta prohibición se busca proteger los intereses de terceros que pudieran verse comprometidos por actos simulados fraudulentos. En caso de incumplimiento, se sanciona con la nulidad absoluta de la compraventa (art. 1796).

ii) También es nulo el contrato de compraventa celebrado entre padre o madre y el hijo de familia. Debe entenderse que estas incapacidades son prohibiciones de interés público que están sancionadas con la nulidad absoluta.

2) Para comprar:

i) Se prohíbe al empleado público comprar los bienes públicos o privados que se vendan por su ministerio. Igualmente, se prohíbe a los jueces, procuradores, abogados y escribanos comprar los bienes en cuyo litigio intervinieron y que se vendan a consecuencia del litigio, aún cuando la venta se efectúe en pública subasta.

Se pretende proteger el interés y la fe públicos comprometidos; en caso de contravención dicha venta tiene objeto ilícito y, por tanto, adolece de nulidad absoluta.

ii) No es lícito a los tutores y curadores comprar parte alguna de los bienes del pupilo (art. 1799). Sin embargo, la propia ley se encarga de establecer que bajo determinadas circunstancias la venta de bienes muebles sería procedente, esto es, siempre que cuente con la autorización de los otros tutores o curadores, no implicados en la compra, o con una autorización judicial en subsidio (art. 412). Debe entenderse que respecto de bienes raíces rige una prohibición (sancionada con nulidad absoluta) y que respecto de los muebles se exige una formalidad habilitante (sancionada con nulidad relativa).

3) Para vender o comprar:

i) Ni los mandatarios, ni los síndicos, ni los albaceas pueden comprar la cosa que se les ha ordenado vender, ni tampoco vender de lo suyo lo que se les ha ordenado comprar, sino en los términos del artículo 2144, esto es, con autorización expresa del mandante (art. 1800). Lo cierto es que esta norma no se aplica a las albaceas, a quienes en virtud de la norma especial del artículo 1294 se aplican las restricciones que rigen para los tutores y curadores (art. 1294 en relación con art. 412).

IV.- OBJETO DE LA COMPRAVENTA

Introducción

El objeto de un contrato son las obligaciones que crea; en este caso, las obligaciones del comprador y del vendedor. Estas obligaciones tienen a su vez por objeto conductas: prestaciones de dar, hacer o no hacer. Dichas prestaciones recaen, a su vez, en cosas.

En el caso de obligaciones de hacer el objeto es la prestación misma; en cambio, si se trata de obligaciones de dar, se entiende que su objeto es la cosa sobre la cual recae dicha prestación.

El Código Civil, sin embargo, efectúa por razones prácticas una simplificación y entiende como objeto de los contratos las prestaciones (obligaciones de hacer y no hacer) o la cosa debida (obligaciones de dar y entregar) (arts. 1460 y 1461)⁷.

La compraventa típicamente supone una obligación de dar. Por tanto, el objeto está referido al objeto de las prestaciones, esto es, al precio (dinero) y la cosa (cualquier cosa comerciable, corporal o incorporeal, distinta al dinero).

El precio y la cosa son los elementos esenciales de la compraventa, sin los cuales o bien no existe contrato o bien deriva en un contrato diferente, como por ejemplo, en donación en caso de no concurrir el precio (art. 1444).

Basta que las partes acuerden el precio y la cosa para que exista compraventa, ya que la ley establece normas supletorias respecto de los demás elementos (elementos de la naturaleza). A ello se agregan los elementos implícitos, que se derivan “de la naturaleza de la obligación” o que son establecidos por las costumbres (art. 1546).

Entre los elementos legales de la naturaleza, cabe distinguir dos grupos de normas: en primer lugar, las normas específicas que regulan la compraventa en forma supletoria a la voluntad de las partes, como por ejemplo, las que regulan las obligaciones del comprador y del vendedor, las obligaciones de entrega o los plazos, entre otras; y las normas referidas a efectos generales de las obligaciones, como son los riesgos, la condición resolutoria tácita, la mora o los perjuicios.

⁷

Sobre este tema, véase Curso de Derecho Civil I.

Además, las partes pueden introducir las cláusulas o modalidades que estimen convenientes (elementos accidentales). Sin embargo, el legislador regula específicamente ciertos pactos especiales a propósito del título de la compraventa; estos son el pacto comisorio, el pacto de retroventa y el pacto de retracto, estableciendo la ley respecto de ellos sus propios elementos esenciales.

El precio

Introducción

El precio es el dinero que el comprador da por la cosa vendida. Que el precio sea principalmente dinero diferencia a la compraventa de la permuta. Cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario. La permuta se caracteriza porque las obligaciones del vendedor se duplican, esto es, también las tiene el comprador (art. 1793). Para todos los efectos prácticos, en la permuta concurren dos partes que recíprocamente asumen la posición de vendedores.

Requisitos del precio

El precio debe ser real y determinado.

(a) **Real:** Es necesario que el precio sea serio. Cuando el precio no es real, el contrato carece de causa. Por lo tanto, al exigirse que el precio sea real, se controla efectivamente tanto al momento del consentimiento, como respecto del objeto y la causa. Recordemos que todo contrato debe tener un objeto (art. 1460) y que no puede existir obligación sin una causa real y lícita (art. 1467).

Ahora bien, uno de los cambios más importantes que ha introducido el derecho moderno ha sido la distinción entre el precio real y el precio justo. Un precio vil no excluye la existencia del precio. Los requisitos para que un precio sea real son menores que los requisitos exigidos para que sea justo. Para que sea real, basta simplemente que exista contraprestación y que ésta no sea puramente simbólica⁸. El mero desequilibrio no supone la falta de precio.

En razón de lo anterior la compra de cosa propia no vale (art. 1846). Si la cosa le pertenece al comprador, no existe contraprestación, y por consiguiente, no hay causa real en dicho contrato.

En cuanto a la justicia del precio, a pesar de que el derecho no controla la equivalencia objetiva de las prestaciones, se han desarrollado ciertos mecanismos de control. Por

⁸

En esto existe una diferencia de grado con el derecho del common-law, donde la doctrina de la **consideration** es puramente formal: basta, en principio, que haya contraprestación, por insignificante que sea, para que se entienda que hay un contrato (intercambio).

ejemplo, mediante las normas de protección del consentimiento, como son los deberes de información o el control de las condiciones generales de contratación; por medio de reglas que permitan la existencia de mercados competitivos previniendo la aparición de monopolios que estén en condiciones de fijar abusivamente sus precios o por medio del reconocimiento de la institución de la lesión enorme, que opera en la compraventa de bienes raíces. A esta última se hará referencia más adelante.

(b) Determinado

Se trata de una característica generalmente exigida al objeto de todo contrato. En todo caso, los grados de determinación pueden ser diferentes (art. 1461)⁹.

En una obligación de dar, el grado más alto de determinación del objeto consiste en definirlo como especie o cuerpo cierto. La alternativa es definirlo como un género, en que la obligación se cumple dando cualesquiera individuos de un género determinado (art. 1508). La obligación de pagar el precio es de género, esencialmente. Porque el dinero es genérico, es necesario definir la cantidad (art. 1461).

Lo usual es que las propias partes fijen la cantidad, ya sea que se trate de una cantidad fija o de una variable. En este caso, puede ser determinable directamente o por medio de un índice que puede ser establecido en atención a cualquiera de los distintos medios de reajuste (por ejemplo, UF, IPC o moneda extranjera pagadera en moneda nacional).

En caso de venderse cosas fungibles al precio de mercado, se entiende que es el de mercado el del día de la entrega, salvo se acuerde otra cosa (art. 1808).

El precio también puede ser determinado por un tercero. Si el tercero designado por las partes no puede fijarlo, deberá hacerlo aquel que haya sido designado por las partes en reemplazo, si éste tampoco lo hiciera no hay venta, ya que falta el precio que, como se dijo, es de la esencia de la compraventa (1809). El límite de indeterminación está dado por la voluntad de un tercero perfectamente identificado.

En todo caso, no es posible dejar el precio al arbitrio del comprador. Se trataría de una condición meramente potestativa del deudor (“voy a pagar cuanto yo quiera”) y por lo tanto, nula.

Regulación del precio

Ha habido períodos en que la autoridad económica era muy proclive a fijar precios o al menos, a establecer márgenes de utilidad en la reventa. Hubo un momento, en los años 70, en que la cantidad de precios fijados por la autoridad superaba los 4.000 ítemes.

En el presente, la fijación de precios sólo es utilizada para regular los precios en aquellas actividades donde existen monopolios naturales, en que por razones económicas (y no en

⁹ Véase Curso de Derecho Civil I.

razón de prohibiciones o estancas legales) no es imaginable más de una empresa prestando un servicio en particular (electricidad, telefonía básica, agua potable, servicios sanitarios).

Cualquiera sea el caso, se ha entendido que los contratos de compraventa que no respeten dichos precios adolecen de nulidad absoluta por ser contrarios al orden público. Sin embargo, dicha nulidad sólo alcanza a la cláusula en particular, en la medida que sea sustituible por el precio regulado (principio de conservación del contrato)¹⁰.

Control de equidad del precio. Lesión enorme

Fundamento

El control de la justicia contractual se centra, en el derecho moderno, ante todo en el consentimiento. Los resguardos, como se ha mostrado¹¹, tienden a que operen mercados competitivos y que las decisiones puedan ser tomadas sobre una base informada. En mercados dinámicos, el tiempo y la atribución voluntaria son muy importantes y valorados. En este contexto, el contrato adquiere fuerza en la medida que sea válidamente consentido.

La lesión enorme encuentra su fundamento en una tradición anterior, orientada por un ideal material de justicia en los intercambios.

A pesar de que muchos autores la han tratado como un vicio del consentimiento (el desequilibrio supone un error en la causa), lo cierto es que la lesión enorme atiende a un defecto objetivo de la compraventa, que no podrá suplirse aún cuando las partes consienten libre e informadamente en el contrato.

Alcance

La lesión sólo es aplicable a la compraventa de bienes inmuebles. Se exceptúan las ventas efectuadas por el ministerio público (arts. 1889, 1891).

En todo caso, para que resulte aplicable se exige que la compraventa sea concebida por las partes como conmutativa. En la conmutatividad se encuentra el fundamento de la lesión. Por ello, no resulta aplicable a las compraventas que tengan carácter aleatorio, como por ejemplo, la compraventa de una pertenencia minera o la venta de la nuda propiedad de una cosa con reserva del usufructo (no se sabe cuanto va a durar la vida del usufructuario).

¹⁰ Se hace referencia a “Seminario sobre Nulidad Parcial”, Curso Derecho Civil III. Una solución análoga, para el mutuo de dinero en que se pacte un interés superior al máximo legal (18010, art. 8°).

¹¹ Se hace referencia al capítulo sobre Fundamentos de Obligatoriedad del Contrato. Curso de Derecho Civil III.

La aleatoriedad es una característica que tiende, cada vez más, a juzgarse en términos económicos. Se trata de un importante problema de interpretación del contrato, que deberá solucionarse en cada caso en particular. En todo caso, la regla general es que los contratos de compraventa se entiendan conmutativos, salvo en cuanto se pruebe que la intención de las partes ha sido vender un acaso o eventualidad (art. 1813).

Cuándo hay lesión

Para determinar cuándo hay lesión enorme se atiende a las nociones de “duplo” y “mitad” del justo precio (precio de mercado).

Así, el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende. El comprador sufre lesión enorme cuando el justo precio que paga por la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella (art. 1889).

Momento en que se juzga la lesión

La lesión se juzga al momento de celebrar el contrato de compraventa (art. 1889). Si por ejemplo, al tiempo de celebrarse la compraventa se acordó un precio justo, pero con el correr del tiempo la cosa objeto de la obligación del vendedor se aprecia o desvalora en el mercado, no se trata de un caso de lesión sino de desequilibrios ex-post que, en el extremo, pueden dar lugar a un caso de imprevisión. Así, si una compraventa deviene en mal negocio, no es causa para alegar que existió lesión.

Si se celebra un contrato de promesa, se entiende que la lesión debe juzgarse al tiempo de la celebración de la promesa ya que en ese momento se forma el consentimiento. Así ha sido fallado reiteradamente por nuestra jurisprudencia.

Efecto de la lesión

Conforme señala el artículo 1888, el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme.

El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá a su arbitrio consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte. Del mismo modo, el vendedor contra quien se pronuncia la rescisión podrá a su arbitrio, consentir en ella o restituir el exceso recibido por sobre el justo precio aumentado en una décima parte. En ambos casos, los frutos e intereses se deben sólo desde la demanda y no podrá pedirse restitución de las expensas que haya ocasionado el contrato (art.1890).

De esta forma, el demandado de rescisión por lesión tendrá un derecho alternativo. Una vez declarada la rescisión podrá optar a su arbitrio entre:

1) Aceptar la revocación (rescisión). En este caso, se debe restituir la cosa y el precio. El precio debe ser actualizado, como es la regla general respecto de obligaciones restitutorias. No se responde por los deterioros que haya sufrido la cosa, salvo si el comprador se hubiere aprovechado de ellos (art. 1894). Los frutos y expensas se deben sólo desde la fecha de la demanda. Y, por último, el comprador tiene la obligación de purificar la cosa de hipotecas u otros derechos reales que haya constituido sobre ella antes de restituirla (art. 1894).

2) Completar el comprador el precio o restituir el vendedor parte del precio, en los términos antes señalados. Se trata de reconocer a la contraparte un legítimo interés a preservar el contrato en la medida que le resulte conveniente, conservando la ventaja lícita que de él se obtuvo (un décimo respecto del precio de mercado).

Extinción de la “acción rescisoria” a que da lugar la lesión

La ley establece tres formas de extinguir la acción a que da lugar la lesión:

- 1) Transcurso del tiempo: La acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años contados desde la fecha de celebración del contrato (art. 1896).
- 2) Pérdida de la cosa: Si se produce la pérdida de la cosa en poder del comprador no habrá derecho ni por una ni otra parte a la rescisión del contrato (art.1893 inc 1°).
- 3) Enajenación de la cosa por adquirente: Si el comprador hubiere enajenado la cosa , no habrá derecho por ninguna de las dos partes a pedir la rescisión de la venta, salvo que el comprador la haya vendido por más de lo que había pagado por ella. En este caso, el primer vendedor podrá reclamar este exceso sólo hasta la concurrencia del justo valor con deducción de una décima parte.

Naturaleza de la “acción rescisoria” a que da lugar la lesión

Si bien el Código califica la acción a que da lugar la lesión de acción rescisoria, es más bien una acción revocatoria que tiene efectos limitados. En primer lugar, no pasa a terceros; en segundo término, no da lugar a la restitución de los frutos; además, su declaración da al condenado civil un derecho alternativo a hacer subsistir el contrato, situación que no ocurriría de tratarse de una acción rescisoria propiamente tal.

Naturaleza de la institución de la lesión

La lesión enorme, en los términos arriba señalados, es una institución de orden público. Desde esta perspectiva, se entiende que las estipulaciones de las partes tendientes a que no sea procedente la acción de rescisión no tengan valor alguno. Del mismo modo, si el vendedor expresa su intención de donar el exceso de precio, dicha expresión se considerará como no escrita (art. 1892).

La cosa

Introducción

La cosa vendida puede ser cualquier cosa comerciable, esto es, susceptible de ser transferida. La única limitación es que no puede ser dinero. Pueden ser vendidas tanto las cosas corporales, muebles e inmuebles, como las incorporales (art. 565). Así, los meros

derechos también pueden ser vendidos (por ejemplo, el derecho de usufructo, el derecho de herencia, derechos en sociedad, cuotas en comunidades o derechos o acciones de una sociedad).

En tal caso de una comunidad, si un comunero vende su cuota, esta venta es perfectamente válida y el adquirente pasa a ser dueño de la cuota que poseía el cesionario. Por el contrario, si vende un bien que forma parte de la comunidad, se requiere la ratificación de los otros comuneros para evitar que se trate de un caso de venta de cosa ajena.

También pueden ser objeto de la venta las cosas inmateriales, esto es, la propiedad industrial (patentes, marcas), la propiedad intelectual (derecho de autor desde un punto de vista patrimonial, ya que la autoría es intransferible) y las concesiones (televisión, servicios públicos).

Durante el último tiempo se han ido desarrollando nuevos bienes económicos, que también pueden ser vendidos, por ejemplo, los derechos de emisión de contaminantes e incluso los derechos de la personalidad, como la imagen e incluso, la privacidad (“historia de una vida”).

También los intangibles de una empresa pueden ser vendidos. Los intangibles constituyen, con todo, un concepto vago, que se refiere a un conjunto de bienes que forman parte del giro e identificación de la empresa y que suelen tener un importante valor económico, como son, el derecho de llaves, la clientela o el llamado “*know-how*”.

Requisitos de la cosa

La cosa, como elemento esencial de la compraventa, debe ser: (a) comerciable, (b) determinada y (c) posible.

(a) Comerciable

La comerciabilidad supone dos elementos: apropiabilidad y transferibilidad. Por una parte, es necesario que la cosa sea susceptible de apropiación. Los bienes libres, por ejemplo, no son apropiables y, por tanto, no son comerciales. En segundo término, deben ser transferibles, lo que no es el caso respecto de los derechos personalísimos. En todo caso, la regla general es que los bienes sean comerciables; la in comerciabilidad es de derecho estricto.

Son bienes in comerciables, por ejemplo, los bienes comunes a todos los hombres (art. 585); los bienes consagrados al culto divino (art. 586); los cementerios, capillas y tumbas (art. 586); los bienes nacionales de uso público en tanto no sean desafectados (art. 589); la sucesión futura (art. 1463); los derechos que surgen del pacto de retroventa (art. 1884); los derechos personalísimos, como los derechos de uso y habitación, los alimentos futuros legales (sí se pueden ceder los créditos de alimentos devengados) o los derechos de seguridad social (al menos de una manera diferente a la autorizada por la ley), entre otros.

Ahora bien, existen dos casos que merecen ser tratados con más detención a fin de determinar su comerciabilidad. Estos son las cosas litigiosas y la clientela.

1) Cosas embargadas v litigiosas

Conforme los números 3 y 4 del artículo 1464, hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; y en la enajenación de las especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce del litigio.

A su vez el artículo 1820 señala que pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no está prohibida por ley.

Para algunos autores, del análisis del artículo 1464 es posible concluir que si hay objeto ilícito en la enajenación, esto es, en la transferencia de las cosas embargadas o litigiosas mientras no haya autorización del juez o del acreedor, hay también objeto ilícito en la venta. Por lo tanto, la venta sería nula.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina, la venta en este caso sería válida ya que la norma del 1464 es una norma no de carácter prohibitivo, sino imperativo, porque establece requisitos para enajenar y no prohíbe la enajenación a todo respecto, como sería característico de las normas prohibitivas. Por tanto, en la medida que estos requisitos sean cumplidos, la venta podrá dar lugar a una tradición perfectamente válida (como sería el caso, si el juez, luego de la compraventa, autoriza la enajenación en el caso del artículo 1464 N°4. Además, desde un punto de vista económico, es conveniente que la venta sea considerada válida, ya que será un buen medio para que el deudor se pueda hacer del dinero suficiente para solventar la obligación que ha dado lugar al embargo. Lo mismo valdría respecto de otras medidas precautorias, que puedan recaer sobre la cosa.

En cuanto al carácter litigioso de una cosa, es necesario que éste sea declarado por el juez. Cabe tener presente la distinción entre cosa litigiosa y derecho litigioso. La cosa litigiosa es aquella sobre cuya propiedad se discute. Los derechos litigiosos se refieren a la expectativa que tiene el actor de obtener una sentencia favorable en un juicio.

Si bien los derechos litigiosos pueden ser vendidos, el legislador no mira la venta con buenos ojos y trata de evitar su contenido especulativo (la cesión de ellos tiene por objeto directo el evento incierto de la litis).

Como se sabe, la regla general es que quien adquiere un derecho lo adquiere con las mismas características que dicho derecho tenía para el cedente. Sin embargo, si se cede un derecho litigioso, el demandado tiene el derecho a pagar al cesionario (vencedor en juicio) lo mismo que este cesionario pagó para adquirir dicho derecho (art. 1913). El demandado tiene un

término de nueve días para hacer efectiva dicha prerrogativa desde la notificación del decreto que manda a ejecutar la sentencia. De esta forma, se evitan las especulaciones en torno a la litis.

Por ello, en aquellos casos en que se descarta el afán especulativo esta norma de excepción deja de aplicarse. Por ejemplo, cuando la cesión es gratuita, cuando se ha enajenado en una venta forzada, cuando ha sido dado en pago de una deuda, cuando un coheredero lo cede a otro coheredero, cuando el derecho litigioso accede a otra cosa que es enajenada o cuando se cede a un poseedor de buena fe porque es necesario para el goce tranquilo y seguro de un inmueble (art. 1913 II).

2) Clientela

Si se trata de un establecimiento de comercio, se ha entendido que la clientela es parte integrante del mismo, y como tal, puede ser objeto de la venta. La venta en sí supone ciertas obligaciones de no competencia.

En cuanto a la venta de la clientela de profesionales, antiguamente se considera ilícita por ser ésta una relación personal. Hoy, por el contrario, las prestaciones de servicios se miran más como obligaciones de medio y como tales, admiten la transferencia de la clientela. Si bien la venta no ata al cliente con el comprador, es razonable que el vendedor le provea a éste los medios necesarios para mantener a su clientela.

(b) Determinada

La exigencia de que la cosa sea determinada excluye la venta del patrimonio como universalidad. Sólo es posible vender universalidades jurídicas mediante la individualización de cada uno de los objetos que son vendidos, con la única excepción de la venta de la herencia (art. 1811).

La determinación puede ser genérica o de especie o cuerpo cierto. Si se vende como especie o cuerpo cierto, el objeto se encuentra perfectamente individualizado. En este caso, el riesgo de la cosa vendida lo asume el comprador, salvo que el vendedor haya incurrido en mora o se haya obligado a entregar la misma cosa a dos personas distintas.

Esta regla de atribución de riesgos no rige en caso de que la venta sea condicional. En este caso, se posterga el riesgo a cargo del vendedor hasta el cumplimiento de la condición (arts. 1550, 1820).

La cosa debe estar determinada, a lo menos, en cuanto al género. Ello supone que la cantidad esté determinada o sea determinable. En cuanto a la calidad exigida, si nada se dice se entiende que la cosa puede ser cualquier individuo dentro del género de una calidad mediana.

El problema del riesgo no se presenta en las obligaciones de género, ya que el género no perece. En este tipo de obligaciones, la determinación de la cosa se efectúa al momento de la entrega.

Sin embargo, existen dos casos de excepción en que la determinación se verifica antes de la entrega: en primer lugar, si la cosa es de aquellas que suele venderse a peso, cuenta o medida pero se ha individualizado de modo tal que no puede confundirse con otra porción de la misma, el riesgo es del comprador desde el momento en que el precio ha sido acordado (art. 1821 inc. 1º); en segundo lugar, si se trata de este mismo tipo de cosas, pero se vende una porción indeterminada, el riesgo será del comprador desde el momento en que sea pesada, contada o medida aún cuando la cosa no haya sido entregada aún (art. 1821 inc. 2º).

Por último, cabe destacar un caso particular en que el consentimiento se forma después de la entrega. Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras quien ha recibido la cosa no declara que le agrada. Durante ese lapso de tiempo, el riesgo de la cosa le pertenece al vendedor. Si no se estipula se entiende que la venta es a prueba cuando la cosa se acostumbra a vender de este modo (art. 1823).

(c) Posible

La posibilidad del objeto es un tema vinculado especialmente a las obligaciones de hacer, ya que en el caso de las obligaciones de dar o entregar se entiende implícitamente que la prestación debe ser posible.

La prestación es imposible en dos casos: 1) compra de cosa propia y 2) venta de cosa que se supone existente pero que no existe.

1) Compra de cosa propia

Conforme el artículo 1816, la compra de cosa propia no vale, ya que dicha operación carece de causa. En este caso, el comprador tiene derecho a que se le restituya lo que dio por ella.

2) Venta de cosa que se supone existente pero que no existe (art. 1814).

En este caso, se supone que la cosa existe al tiempo de celebrarse el contrato. En la venta futura, en cambio, al celebrarse la compraventa se sabe que la cosa no existe pero se espera que llegue a existir.

La venta de cosa que se supone existente no produce efecto alguno. Más aún, si quien vendió lo hizo a sabiendas de que la cosa objeto de la venta no existía en el todo o en una parte considerable al tiempo de la venta, debe resarcir los perjuicios causados al comprador de buena fe.

En cuanto a la venta de cosa futura y a la venta de cosa ajena, cabe tener presente que ambas son perfectamente posibles:

1) Venta de cosa futura

Es posible la venta una cosa que no existe al tiempo de la venta pero que sí se espera que exista a futuro. En estos casos, se entiende que es una venta condicional (sujeta a la condición de que la cosa exista) y conmutativa, a menos que se exprese lo contrario o que en atención a la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte. En este último caso, se trataría de un contrato puro y simple de carácter aleatorio (art. 1813).

2) Venta de cosa ajena

La venta de cosa ajena vale, ya que la venta es el título y no el modo de adquirir el dominio. Lo anterior se ve reafirmado por dos normas fundamentales. En primer término, aquella que señala que la venta de cosa ajena puede ser ratificada posteriormente por el dueño, lo que le da al comprador todos los derechos de tal desde el momento de la venta (art. 1818).

Y en segundo lugar, el artículo 1819 conforme al cual si la cosa ajena es vendida y entregada a otro y posteriormente el vendedor adquiere el dominio de ella, se mira al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición. Por ello, si el vendedor la vendiera a otra persona después de adquirido el dominio, subsistiría el dominio de ella en el primer comprador.

V.- OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Introducción

El vendedor tiene la obligación esencial de dar la cosa vendida al comprador. Así lo estipula claramente la ley al definir el contrato de compraventa (art. 1793). Sin embargo, la obligación de dar supone además ciertas obligaciones accesorias, como las de entregar y conservar la cosa hasta el momento de la entrega (arts. 1548, 1549).

Además, el vendedor tiene obligaciones de garantía respecto del comprador. Se trata de las obligaciones de saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios.

Ambos grupos de obligaciones se encuentran contempladas en el artículo 1824 del Código Civil: "las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida"

Obligación de dar y entregar

Naturaleza de esta obligación

En el derecho romano la venta constituía (como en el derecho chileno) un título y no tradición; por consiguiente, el vendedor sólo se obligaba a garantizarle al comprador la posesión pacífica de la cosa que vendía, pero no su dominio.

En la tradición francesa, en cambio, la venta no fue distinguida de la tradición, por lo que transfería el dominio. De la contraposición de estas dos tradiciones surgieron dos grandes modelos: aquél que postula que el vendedor sólo tiene la obligación de garantizar la posesión pacífica del comprador, y el que señala que el vendedor está obligado a transferir el dominio de la cosa que vende.

Si bien, gran parte de nuestra tradición civilista se basa en el modelo francés, respecto de esta materia en particular, nuestro Código adoptó la tradición jurídica romana. Por lo tanto, el vendedor no tiene la obligación de transferir la propiedad sino de constituir al comprador en poseedor pacífico. La venta cumple la función de título traslativo de dominio y no de modo de adquirir.

Por ello, se entiende que en nuestro derecho sea válida la venta de cosa ajena. El vendedor no tiene derecho a pedir la resolución del contrato de compraventa si ex-post se da cuenta que se le vendió algo ajeno. En este caso, el comprador deberá hacer efectivas sus acciones de garantía, pero no tiene derecho a pedir la resolución del contrato.

Así, el vendedor cumple su principal obligación haciendo tradición de la cosa. Sin embargo, para dar cumplimiento a la obligación de dar no basta el sólo acto jurídico de la tradición, es necesario además, la entrega material de la cosa vendida. La obligación de dar supone siempre la de entregar la cosa (art. 1548).

Hay ciertos casos excepcionales en que la obligación de dar no incluye la obligación de entrega material, estos son (art. 684 N°5):

- 1) Cuando se transfiere la nuda propiedad y el antiguo dueño adquiere la calidad de tenedor de la cosa (constitutio posesoria), y;
- 2) Cuando quien tiene la tenencia material de la cosa se transforma en poseedor de la misma, por ejemplo, si el arrendatario compra la cosa que arrienda (tradition brevi manu).

Venta a dos personas diferentes

Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, es necesario distinguir dos ámbitos de efectos distintos: en cuanto a los riesgos y en cuanto a la obligación del vendedor. En relación a los riesgos, en este caso se altera la regla general. El riesgo de la especie o cuerpo cierto cuya entrega se debe será del vendedor.

En cuanto al cumplimiento de la obligación del vendedor, se prefiere al comprador que esté en posesión de la cosa, ya que si el vendedor era dueño, el nuevo poseedor también

lo será. Siempre se prefiere a aquél a quien se le entregó primero. Si la cosa no ha sido entregada a ninguno, se opta por aquél que tenga el título más antiguo. En la medida que el otro no ha visto satisfecha su pretensión, tendrá derecho a ejercer la acción resolutoria junto con la acción de indemnización de perjuicios correspondiente (art. 1817).

Lugar de la entrega

No hay norma especial que regule esta materia, por lo que a falta de acuerdo expreso de las partes, se le aplican en forma supletoria las normas relativas al pago.

Si se trata de un bien inmueble, la entrega deberá efectuarse en el lugar donde éste se encuentra.

Si es un bien mueble, se aplican los artículos 1587 y 1588, que distinguen entre especie o cuerpo cierto y género. En el primer caso, la entrega corresponde en el lugar donde se encontraba el mueble a la época de la celebración del contrato. Si se trata de un género, la cosa se debe entregar en el domicilio del deudor.

Gastos de la entrega

A menos que se pacte otra cosa, los gastos de la entrega son de cargo del vendedor (art. 1825, relación con art. 1806).

En cuanto a los gastos de la entrega, el vendedor debe soportar aquellos que resulten de poner la cosa en disposición de entregarla y el comprador, los que signifiquen transportarla después de que le ha sido entregada (art. 1825). Por lo tanto, antes de la entrega los gastos los soporta el vendedor y después de la entrega, el comprador.

Esta norma es consistente con el artículo 1571, conforme al cual, los gastos que ocasiona el pago son de cargo del deudor, sin perjuicio lo estipulado por las partes o de que el juez ordene algo distinto.

En definitiva, el factor determinante para definir cual de las partes asume los gastos de la entrega es el lugar en donde ésta se efectúe. Por ejemplo, si se vende una maquinaria pesada, normalmente ésta es entregada en el depósito del vendedor y será el comprador quien deberá asumir los gastos de transporte y de seguro en forma íntegra. Por lo tanto, en la práctica, la regla se altera y es el comprador quien debe soportar gran parte de los costos de la entrega, lo que puede incrementar considerablemente el costo de la compra.

En todo caso, estas normas son supletorias a la voluntad de las partes, quienes pueden acordar el pago de los gastos en los términos que estimen convenientes¹².

¹² En el comercio internacional se conocen las ventas "ex fábrica" en que el vendedor entrega en sus propias instalaciones; FOB (free on board) y CIF (Cost, insurance and freight), en que el vendedor asume los costos de seguro y flete hasta el puerto de destino. Las reglas sobre compraventas internacionales fueron desarrolladas por la costumbre y codificadas en los llamados INCOTERMS que definen el alcance de las obligaciones de las partes en las formas de venta referidas y en otras de uso menos frecuente. Un tratado

Epoca de la entrega

El vendedor está obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él (art. 1826).

Si no se fijó plazo para la entrega, las obligaciones del comprador y del vendedor son obligaciones simultáneas, de modo que opera la excepción de contrato no cumplido. En este caso, si el comprador no ha pagado o no está pronto a pagar el precio íntegro, el vendedor puede excepcionarse del cumplimiento de su obligación (art. 1826, inc. 2°).

Lo anterior encuentra su fundamento en que la compraventa es, por esencia, un contrato bilateral, y en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumple o no se allana a cumplir en tiempo y forma debido (art. 1552).

Si el vendedor tiene una obligación a plazo, debe entregar la cosa a la época fijada en el contrato. Si se ha fijado un plazo diferente para el comprador y para el vendedor, las obligaciones no son simultáneas, y no opera la excepción del contrato no cumplido.

Sin embargo, el vendedor igualmente podría negarse a entregar la cosa en caso de caducidad del plazo (art. 1496), esto es, cuando después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio. En este caso, no podrá el comprador exigir la entrega, aún cuando se haya estipulado plazo para el pago del precio, a menos que pague o asegure el pago (art. 1826, inc 4).

Estado de la cosa al tiempo de la entrega: obligación accesoria de conservar

La obligación de entregar la cosa exige que ésta se encuentre en determinado estado, el que dependerá del nivel de especificación de la cosa que se vende. Si es un género, se deberá entregar una cosa de la calidad convenida, y a falta de estipulación, deberá entregarse cualquier cosa del género de calidad mediana.

Si se trata de un cuerpo cierto, a falta de convención de las partes, la cosa deberá entregarse en el estado que se haya convenido y a falta de acuerdo expreso en el estado que se encontraba al momento de celebrarse la compraventa (art. 1828). La obligación de entregar comprende, por tanto, la de conservar la cosa hasta el momento de la entrega (art. 1548). La conservación de la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado (art. 1549). Por tratarse de un contrato oneroso, el vendedor responde de la culpa leve.

En cuanto a la pregunta de si toda compraventa exige el mismo grado de cuidado, cabe tener presente que se trata de una valoración en abstracto. No se hacen consideraciones

internacional ratificado por Chile (la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías) rige los contratos de venta internacionales).

subjetivas del deudor, pero para juzgar el cuidado debido sí se toman en cuenta las circunstancias objetivas de cada caso en particular.

La obligación del vendedor es de resultado: se obliga a dar la cosa comprada por la otra parte. Si la cosa se destruye o tiene defecto sobreviniente, se entiende que el vendedor es responsable, a menos que pruebe que la destrucción o deterioro se produjo por caso fortuito o fuerza mayor. En la materia sólo existe aplicación de las reglas generales (arts. 1547 y 1670 ss.)¹³.

Cosas accesorias a la cosa vendida

Si se vende un bien inmueble, se entienden incluidos en esta venta los inmuebles tanto por adherencia y por destinación; la compra incluye todos los bienes accesorios al inmueble (art. 1830).

En cuanto a la venta de un bien mueble, no hay norma expresa, por lo tanto, se debe realizar una labor de interpretación para cada caso en particular. Así, por ejemplo, si se vende un establecimiento de comercio se entiende que se vende también el llamado "derecho de llaves".

El Código Civil contempla una norma especial referida a los frutos. Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, se entienden comprendidos en la venta, a menos que haya plazo o condición, en cuyo caso los frutos pertenecen al vendedor hasta el cumplimiento de dicho plazo o condición (art. 1816, en relación con art. 1488).

Venta de un predio rústico

Es posible vender un bien mueble en atención a la cantidad (como género), o como especie o cuerpo cierto. Por ejemplo, vendo 150 quintales del trigo o vendo el trigo que está en la bodega.

Análogos criterios pueden ser aplicados a la venta de inmuebles. Es posible vender un bien raíz como una especie o cuerpo cierto, como, por ejemplo, si vendo el Fundo La Margarita, ubicado en la comuna de Pirque y cuyos deslindes son tales.

Pero, también es posible vender un inmueble en atención a la extensión del mismo. Por ejemplo, vendo el Fundo La Margarita de 50 has. ubicado en la comuna de Pirque. Este tipo de venta recibe el nombre de "venta en relación a su cabida". Igualmente, se trata de la venta de una especie o cuerpo cierto, ya que se vende un inmueble individualizado, pero se caracteriza porque el precio es fijado por unidad de medida y porque la extensión declarada es elemento esencial del consentimiento. La cantidad es el elemento esencial de este

¹³ Referencia: Contratos. Parte General; capítulo Exoneración de responsabilidad del deudor.

contrato, a diferencia de la venta como especie o cuerpo cierto propiamente tal, en que el precio se fija con independencia de su extensión (art. 1831).

Si la cabida real es mayor que la declarada en el contrato, el comprador deberá aumentar porcentualmente el precio, salvo que el precio de la cabida que sobre alcance más del 10 % del precio de la cabida real. En este caso, el comprador podrá, a su arbitrio, aumentar proporcionalmente el precio o desistirse del contrato junto con resarcir el perjuicio causado.

Si la cabida real es menor que la declarada, el vendedor deberá completar el precio o, si no se le exigiere o no pudiere, deberá sufrir la disminución proporcional del precio. Lo anterior, salvo que el precio de la cabida que falta sea mayor del 10% del precio de la cabida total. En este caso, el comprador podrá a su arbitrio, aceptar la disminución del precio o desistirse del contrato, junto con el resarcimiento correspondiente (art. 1832).

Es fundamental la aplicación de la regla del 10%, ya que esta diferencia determina el umbral para saber si procede o no el desistimiento.

En caso de que estas diferencias se deban a culpa o dolo del vendedor, será además procedente la indemnización de perjuicios que corresponda.

Por el contrario, si el predio se vende como cuerpo cierto no hay lugar a las acciones anteriores, salvo que tenga deslindes expresamente señalados, caso en el cual se aplican por analogía las reglas sobre cabida (art. 1833).

Iguals reglas rigen también cada vez que se vendan conjuntos de bienes muebles, como, por ejemplo, si son vendidos los 2.000 quintales de trigo que están en tal bodega (art. 1835).

Las acciones precedentes prescriben en un año desde la entrega (1834). La prescripción es de corto plazo y, por consiguiente, corre contra toda persona (art. 2524).

Lesión enorme y cabida

La cabida tiene por objeto ajustar el precio pagado, esto es, que lo dado corresponda efectivamente a lo que la otra parte se obligó a dar por el precio pagado. En este caso, se busca la adecuación del precio y sólo una parte puede dejar sin efecto el contrato.

La lesión, en cambio, apunta a evitar un precio vil, trata de resguardar el justo precio y en caso de que proceda, se produce la rescisión del contrato. Por ser diferentes, una acción no excluye la otra (art. 1836).

Mora del vendedor respecto de su obligación de dar y entregar

Desde cuando está en mora

Si no hay plazo, el vendedor está en mora de entregar desde el momento en que es reconvenido judicialmente.

Se puede reconvenir judicialmente desde que la obligación es exigible, esto es, inmediatamente celebrada la compraventa.

Si hay plazo, el vendedor está en mora desde que éste vence. Por ello, es recomendable como técnica contractual establecer, a falta de entrega inmediata, un determinado plazo para que el vendedor cumpla su obligación. Con ello, se evita la necesidad de reconvenir judicialmente para constituirlo en mora (arts. 1551, 1826).

Efectos de la mora del vendedor de su obligación de entregar

Si el vendedor se constituye en mora de entregar, se producen una serie de efectos fundamentales:

- 1) El principal efecto de la mora del vendedor, es que surge para el comprador el derecho a ejercer la acción de indemnización por los perjuicios que este incumplimiento le cause (indemnización moratoria) (arts. 1557, 1558).

La evaluación de los perjuicios se debe realizar por vía judicial (regla general), salvo que se haya pactado una cláusula penal. En este caso no procede la evaluación legal (art. 1559) ya que ésta sólo opera en caso de obligaciones de dar dinero y la obligación del vendedor consiste en entregar cualquier cosa que no sea dinero.

- 2) El riesgo del cuerpo cierto es del comprador mientras esté pendiente la entrega. Pero, si el vendedor se constituye en mora, el riesgo será de él desde ese momento. La misma regla se aplica si el vendedor ha vendido la misma cosa a dos o más personas (art. 1550).

Cuando el vendedor, en cambio, se constituye en mora, debe responder aún por el caso fortuito si, de haberse cumplido en tiempo la obligación, la cosa no hubiere perecido (art. 1547).

- 3) La mora del vendedor da al comprador el derecho a ejercer la acción resolutoria (arts. 1826 inc. 2°, 1489).

Mora del comprador de recibir la cosa

Se ha entendido que el comprador está en mora desde que el vendedor ha hecho una oferta formal de pago. Existen dudas no resueltas acerca de si la oferta debe ser efectuada de acuerdo con las reglas del pago por consignación¹⁴. Nada obsta que en el contrato se convenga en un procedimiento diferente para la constitución en mora (advertencia escrita, por ejemplo).

- 1) El comprador deberá abonar al vendedor los gastos de conservación de la cosa (arts. 1827 y 1548).
- 2) Se altera la responsabilidad del vendedor, el que sólo responderá por culpa grave o dolo (arts. 1927 y 1680).

OBLIGACIONES DE SANEAMIENTO

Introducción

La obligación de garantía de sanear la cosa que tiene el vendedor comprende dos aspectos: la obligación de saneamiento de la evicción, esto es, la obligación de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa (art. 1837) y la obligación de responder por los vicios ocultos de la cosa vendida (art. 1857).

En cuanto a la acción de evicción, ésta comprende en definitiva dos acciones: la de citación de evicción por parte del comprador al deudor, que pretende que sea cautelada la posesión, y la acción de indemnización, que procede sólo en caso de que la primera no prospere.

Por su parte, los vicios redhibitorios dan lugar a dos acciones: para que se rescinda el contrato, o se disminuya proporcionalmente el precio del mismo en razón de los vicios ocultos de la cosa.

Características de ambas obligaciones

Se trata de obligaciones de garantía, por lo tanto, no es necesario que el vendedor haya actuado con culpa o dolo. En estas obligaciones, a diferencia de las acciones de incumplimiento. En consecuencia, no es valorada la conducta del vendedor. Así, por ejemplo, el vendedor se ve en la obligación de sanear todas las evicciones de causa anterior a la venta (art. 1839), excepto en el caso de la venta forzada hechas por autoridad de la justicia (art. 1851), aunque nada haya sabido, ni debido saber, acerca de defecto alguno del título.

¹⁴ La Corte Suprema ha fallado que, en todo caso, si la oferta se hace según las reglas del pago por consignación el acreedor está en mora, aunque reconoce que "podría ser punto controvertido en doctrina si ese ofrecimiento debe o no realizarse conforme a los preceptos del párrafo 7 del Título XIV del Libro IV del Código Civil (C. Suprema (1961 Rev. T. LVIII, secc. 1a., pág. 293 ss.).

Ambas son obligaciones de la naturaleza de la compraventa, se entienden incorporadas sin necesidad de mención expresa de las partes, pero pueden ser renunciadas.

Sin embargo, la renuncia de estas acciones no será válida en caso de dolo, pues se tratará de un caso de condonación de dolo futuro que adolece de objeto ilícito (art. 1465). Por eso, el vendedor está obligado a sanear los vicios de los que tuvo conocimiento y no dio noticia al comprador, aún cuando se haya pactado lo contrario (art. 1859). Del mismo modo, el pacto que exime al vendedor de la obligación de sanear la evicción será nulo si el vendedor estaba de mala fe (art. 1842).

SANEAMIENTO DE LA EVICCIÓN

Introducción

Si bien se encuentra tratada por el Código Civil a propósito de la compraventa, la doctrina comparada más generalizada ha entendido su aplicación a toda obligación de dar, como por ejemplo, en el caso de aportes a sociedades.

La obligación de sanear la evicción consiste en amparar el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, esto es, garantizar que el comprador no será turbado en el ejercicio de la posesión. Para que proceda la evicción, es necesario que la posesión sea turbada de "derecho", como, por ejemplo, por el ejercicio de una acción reivindicatoria. Se excluyen las turbaciones de hecho, que el comprador debe encarar por sí mismo.

Objeto y alcance

La acción de saneamiento de la evicción se descompone en dos acciones diferentes:

- 1) Una acción tendiente a que el vendedor defienda al comprador en caso de que éste sea demandado (citación de evicción);
- 2) En caso de que la defensa no prospere, una acción de restitución e indemnización por la pérdida de la posesión pacífica.

Características

La acción de citación es indivisible, pues la defensa no puede ser dividida (art. 1524). Si son varios vendedores de la cosa, por ejemplo en el caso de una sucesión hereditaria o de una venta conjunta, la acción puede intentarse *insolidum* (entiéndase, indivisiblemente), contra cualquiera de los herederos o vendedores, respectivamente, y sólo tendrá la obligación de asumir la defensa aquel que haya sido citado (art. 1840).

En caso de que dicha defensa no prospere, procederá la acción de restitución e indemnización. La acción de indemnización es, en consecuencia, una acción dependiente ya que sólo procede si se ha ejercido la acción de amparo y si ésta ha fracasado.

A diferencia de la acción de citación, la acción de indemnización es divisible pues persigue el pago de una suma de dinero. En consecuencia, si se trata de varios vendedores, cada uno será responsable sólo a prorrata de la cuota que le corresponda en dicha venta.

Titularidad activa

Es titular de la acción de evicción el comprador que posee la cosa vendida, y su sucesión a título universal.

En caso de que el comprador haya enajenado la cosa, el adquirente, en virtud de la tradición, adquiere todos los derechos transferibles respecto de la cosa (art. 682). Aunque se trata de una acción personal, referida al contrato y no a la cosa misma, se ha entendido que el tercero adquirente puede ejercer la acción de evicción en los términos que su antecesor.

Titularidad pasiva

La acción de evicción se ejerce en contra el vendedor de la cosa y de su sucesión a título universal.

Pero, también puede ser ejercida en contra del tercero de quien el vendedor ha adquirido la cosa que ha vendido. Esto es, el comprador puede ejercer la acción de saneamiento que contra ese tercero tendría el vendedor de haber permanecido en la posesión de la cosa. Se trata, por tanto, de una institución de economía que permite evitar una citación tras otra en caso de ventas sucesivas (art. 1841).

Evicción y resolución

La acción de evicción procede una vez entregada la cosa vendida, cuando el comprador que se encuentra en su posesión es turbado por un tercero que invoca un derecho (turbación de derecho).

La resolución, en cambio, procede en aquellos casos en que no se haya puesto en posesión pacífica al comprador. Opera en razón del incumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida.

Requisitos de la acción de evicción

Para que proceda la acción de evicción es necesario que se reúnan ciertos requisitos:

- 1) Que se hayan ejercido acciones por parte de terceros que tengan por objeto privar al comprador del dominio y posesión pacífica de la cosa.

Para que exista evicción de la cosa es necesario que se prive al comprador de todo o parte de ella por sentencia judicial (art. 1838). En consecuencia, su ejercicio supone una acción judicial previa interpuesta por un tercero. Esta acción previa puede buscar una privación total o parcial de la posesión. Son ejemplos del primer caso: la acción reivindicatoria, la acción prendaria o la hipotecaria. La acción de servidumbre, la de usufructo o la de arrendamiento, en los casos que el arrendamiento pasa a quien adquiere la cosa (art. 1962) buscan, en cambio, la privación parcial.

- 2) Sólo la acción judicial de terceros da lugar a la acción de evicción del comprador. La evicción se produce necesariamente por una derrota judicial.

Las turbaciones de hecho, como el ejercicio de acciones posesorias, no dan lugar a evicción. Tampoco el abandono voluntario del comprador al tercero.

- 3) La acción del tercero debe tener una causa anterior a la venta. No es necesario que la causa provenga de un hecho del vendedor, es indiferente si ha habido o no culpa. Cumplidos estos tres requisitos, surge la posibilidad para el comprador de ejercer la acción de saneamiento que se descompone en dos acciones: (i) la acción para exigir amparo jurídico, que se materializa en la citación de evicción, y (ii) la acción indemnizatoria, en caso de fracasar el amparo jurídico.

Acción para solicitar amparo (citación de evicción)

Introducción

Es el vendedor quien corre con los riesgos de la evicción, por lo que debe ser llamado a defender al comprador en caso de que éste sea demandado. El comprador debe citar, a riesgo que de no hacerlo, se extinga su pretensión de indemnización (art. 1847). El vendedor sólo concurre en la medida en que haya sido debidamente citado por el comprador.

Si bien el comprador es el demandado, es el vendedor quien comparece y contra quien se sigue el juicio. El comprador será tercero coadyuvante.

Momento y efectos de la citación

Antes de la contestación de la demanda, el comprador debe solicitar al juez que cite al vendedor para que comparezca a defenderlo. Debe acompañar a esta solicitud los antecedentes que la hagan procedente (Código de Procedimiento Civil, art. 584). Si el comprador omite citar al vendedor y la cosa fuere evicta, el vendedor no será obligado al saneamiento.

El juez ordena citación. El juicio se suspende por 10 días para verificar la notificación. Una vez practicada la citación, las personas citadas deberán comparecer dentro del término de emplazamiento. El citado puede, a su vez, solicitar la citación de su vendedor en conformidad con el artículo 1841 del Código Civil (Código de Procedimiento Civil, art. 586). Vencido este término, el demandante puede solicitar que se declare caducado este derecho.

1) Si el citado no comparece:

Vencido el término de emplazamiento, el procedimiento continúa sin más trámite. El comprador no está obligado a defenderse, sino solamente a oponer sus excepciones personales. El vendedor, en cambio, será responsable de la evicción, salvo en lo que respecta a excepciones personales del comprador que éste no haya interpuesto (prescripción adquisitiva, por ejemplo)..

2) Si el citado comparece:

Se sigue contra él el juicio, pero el comprador siempre podrá intervenir en el juicio para la conservación de sus derechos. El juicio se sigue contra el vendedor, pero la sentencia se dicta contra el comprador; es una especie de subrogación personal en que el comprador actúa como tercero coadyuvante (Código Civil, art. 1844 y Código Procedimiento Civil, art. 587).

El vendedor puede allanarse a la demanda o contestarla. Si el vendedor se allana a la demanda se considera de buena fe a efectos restitutorios y el comprador podrá sostener por sí mismo y a su costa la defensa. En tal caso, en consecuencia, el comprador no tendrá derecho para exigir el reembolso de las costas en que incurrió ni el reembolso de los frutos percibidos durante su defensa.

Si el vendedor contesta la demanda, queda constituido en poseedor de mala fe y estará sujeto a las resultas del juicio. Si gana, no hay evicción. El vendedor no es obligado a indemnizar los perjuicios que la demanda causó al comprador, pero sí debe responder por las costas del juicio.

En caso de que el vendedor pierda el juicio, se produce la evicción de la cosa y procede la acción de indemnización. Por lo tanto, esta segunda acción supone necesariamente allanamiento del vendedor (que haya sido seguido de defensa por el comprador) o sentencia judicial que prive total o parcialmente de la cosa.

Acción indemnizatoria (alcance de la obligación de garantía)

Ha quedado explicado que sólo procede la obligación de indemnizar una vez que se haya dictado sentencia judicial. El alcance de la obligación de garantía dependerá de si se trata de una evicción total o parcial.

(a) Evicción total

En caso de evicción total, la indemnización debe comprender (art. 1847):

- 1) La restitución del precio, aunque la cosa al tiempo de la evicción tenga un valor inferior. El precio se restituye reajustado, pues es una obligación restitutoria, que no es objeto de acuerdo contractual explícito;
- 2) Las costas legales del contrato de compraventa satisfechas por el comprador;
- 3) El valor de los frutos que el comprador ha debido restituir al dueño. Si el vendedor se hubiere allanado a la demanda, se entiende de buena fe y, por consiguiente, no debe hacer este reembolso en lo que debe ser restituido por el período que corre desde el allanamiento;
- 4) Las costas incurridas como consecuencia y efecto de la demanda, con la reserva de lo previsto respecto del allanamiento;
- 5) El aumento de valor de la cosa evicta en poder del comprador aún por causas naturales. Sin embargo, el tratamiento no es igual para todos los tipos de aumento. Si se trata de mejoras útiles o necesarias, el vendedor debe reembolsar, salvo que el juez ordene pagarlas al tercero reivindicante (según las reglas generales sobre prestaciones mutuas). Si son mejoras voluptuarias, el vendedor debe reembolsar sólo si se encuentra de mala fe. Por último, si son mejoras que se han producido por el paso del tiempo o por causas naturales, el vendedor sólo debe abonar hasta la cuarta parte del precio de venta, salvo se encuentre de mala fe, en cuyo caso debe abonarlas íntegramente (art. 1850).

Si la cosa disminuye su valor, igualmente se restituye el precio del tiempo de la venta, salvo el comprador haya obtenido provecho de este deterioro. En este caso, se descuenta dicho monto del precio (art. 1848).

La doctrina nacional más importante considera que esta enumeración es taxativa e incompatible con cualquier otro tipo de indemnización. Sin embargo, no hay razón para no incluir la restitución de gastos no designados expresamente, como los fletes.

Si se trató de una venta forzada efectuada por la autoridad de la justicia, el vendedor limita su obligación restitutoria al precio de venta (art. 1851).

La estipulación, acordada por las partes, que exime al vendedor de la obligación de sanear la evicción, no lo exime de la obligación de restituir el dinero que recibió por concepto del precio (art. 1852).

En suma, la obligación del vendedor es esencialmente restitutoria y resulta agravada si el vendedor estaba de mala fe, de modo análogo a lo que ocurre con las prestaciones mutuas que siguen a la reivindicación.

(b) Evicción parcial

En caso de evicción parcial la ley distingue si la evicción es de tal importancia que se presume que no se habría comprado la cosa sin ella, caso en que se da derecho a pedir rescisión. El comprador debe restituir al vendedor la parte de la cosa no evicta, y, salvo se pruebe lo contrario, es considerado poseedor de buena fe a efectos de esa restitución. El vendedor debe restituir el precio, abonar el valor de los frutos que el comprador debió restituir junto con la parte evicta y restituir todo otro perjuicio que de la evicción le resulte al comprador (art. 1853).

Si la evicción parcial no es de tal importancia o en caso de que el comprador no pida la rescisión, el comprador tiene derecho a pedir el saneamiento parcial de la evicción, conforme reglas ya analizadas (art. 1854).

No procede acción de evicción

La acción de evicción no procede en caso que la evicción sea producto de la culpa del comprador o en caso de que se haya omitido por parte del comprador la solicitud de citación al vendedor (ART. 1846 N°2).

Extinción de la acción de evicción

La acción de evicción se extingue por:

1) Renuncia (art. 1852)

Las obligaciones de garantía son un elemento de la naturaleza del contrato de compraventa, por lo tanto, las partes pueden disponer de ellas conforme su voluntad. La renuncia de la acción de evicción es válida en tanto no haya dolo (usualmente por reticencia) del vendedor. Si hay mala fe del vendedor dicha renuncia no será válida.

Sin embargo, se establece un límite importante al ámbito que comprende esta renuncia, aún en caso de que sea válida. Aún cuando se renuncie, se tiene derecho a la restitución del precio, porque de otro modo, sería un caso de enriquecimiento sin causa. La única forma para que la obligación de restituir el precio se entienda renunciada, es que el comprador específicamente acepte y asuma el riesgo de la evicción.

2) Prescripción (art. 1856)

La acción de amparo es imprescriptible, la citación propiamente no prescribe, pero sí las acciones que dan lugar a ella. En este caso, si el tercero ejerce una acción que

prescribió, el comprador igualmente citará al vendedor y será éste quien interpondrá la excepción de prescripción.

En cuanto a la acción de indemnización propiamente tal prescribe en cuatro años. La acción que sólo persigue la restitución del precio sigue las reglas generales de las acciones personales, esto es, prescribe en un plazo de cinco años.

Este plazo se cuenta desde la fecha en que la sentencia de evicción se encuentre ejecutoriada, y si esta sentencia no se hubiere pronunciado, desde la restitución de la cosa.

3) Compromiso (art. 1846)

Si el comprador y el tercero que reclama derecho sobre la cosa se someten, sin autorización del vendedor, al juicio del árbitro, se extingue la obligación de saneamiento.

SANEAMIENTO DE LOS VICIOS REDHIBITORIOS

Acciones

Los orígenes de los vicios redhibitorios se remontan al derecho romano.

El concepto de vicios redhibitoria es equívoco, ya que comprende en sí dos acciones que tienen carácter alternativo. Por un lado, la acción redhibitoria propiamente tal, que tiene por objeto dejar sin efecto la venta (acción para rescindir el contrato), y por otro lado, la acción de rebaja de precio (acción estimatoria). Por ello, se considera preferible referirse a estos vicios como los "vicios ocultos de la cosa".

El artículo 1860 del Código Civil muestra claramente la alternatividad de estas acciones, al señalar que: "Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta o la rebaja del precio, según mejor le pareciere". Con todo, hay ciertos casos en que se le reconoce al comprador sólo la acción más débil, esto es, la de rebaja de precio.

En todo caso, ambas acciones son de garantía, pues no requieren la concurrencia del dolo ni de la culpa. Persiguen la restitución del precio o la rebaja del mismo. Sin embargo, en caso de que exista dolo no sólo se está obligado a restituir el precio o parte de él, sino surge además la obligación de indemnizar (art. 1861).

Noción de vicios ocultos

Conforme el artículo 1858 del Código Civil son vicios redhibitorios los que reúnan las calidades siguientes:

1) Haber existido al tiempo de la venta;

- 2) Ser tales, que por ello la cosa vendida no sirva para su uso natural o sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio;
- 3) No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.

Cabe preguntarse por el significado de la expresión "...que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural". A este respecto han surgido dos posiciones:

Una doctrina de sesgo esencialista señala que el vicio se presenta cuando la cosa tiene un defecto y, como consecuencia de ese defecto, la cosa no sirve para su uso o sirve imperfectamente. Por lo tanto, sólo hay vicio en la medida en que se pruebe que la cosa adolece de un defecto y que por ese defecto la cosa no sirve.

Una posición más finalista postula que del hecho que la cosa no sirva para su uso natural es posible inferir que la cosa es defectuosa. El concepto de cosa vendida no es independiente del fin natural que ella tiene, la cosa no sólo es sustancia sino también existe en razón de la utilidad práctica que se le atribuye. Desde esta perspectiva, por lo tanto, basta probar que la cosa no sirve para su uso natural o sirve imperfectamente para que se entienda que es defectuosa.

Nuestra doctrina ha seguido la posición más conceptualista. Para ello, se ha fundado en el artículo 1858 que señala: "que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente...". Supone una relación causal entre el defecto, que debe existir, y el mal funcionamiento de la cosa vendida. Sin embargo, todo indica que esta doctrina puede ser revisada si se atiende al bien que protege la institución: que el comprador se haga de una cosa que le resulte de la utilidad que de ella podría esperarse.

Calidades exigidas a los vicios

Para que un vicio sea redhibitorio y dé lugar a las acciones pertinentes, es necesario que sea:

- (a) Grave (art. 1858, N° 2)

Es grave en la medida en que la cosa no sirva para su uso natural o sólo sirva imperfectamente, y por esa razón, de haberlos conocido el comprador, no hubiera comprado la cosa o la hubiera comprado a un precio mucho menor.

El concepto de "uso natural" está vinculado a la idea de buena fe, a aquello que razonablemente pertenece a las expectativas recíprocas de las partes. Es entendido que el obligarse a dar una cosa supone que ésta sea útil.

Que la cosa sea útil estará usualmente dado por los elementos implícitos de la relación. Sin embargo, es posible que las propias partes hagan relevantes ciertos motivos u objetivos que de no expresarse, no se entenderían como funciones esenciales de la cosa. Si el vendedor conoce el uso que el comprador le dará a la cosa que compre, ese uso constituye el uso relevante, aún cuando en el resto de casos ese uso no sea el que normalmente se le da a la cosa (granos que son adquiridos para semilla, que no germinan; insecticida comprado para atacar una plaga para la que resulta ineficaz).

El Código Civil contempla una norma especial referida a una o más cosas que se venden conjuntamente. En este caso, se aplica el mismo principio, la acción redhibitoria sólo procede por la cosa viciosa, a menos que, sin esa cosa no se hubiera comprado el conjunto. En este último caso, la acción sí procede por el conjunto (art. 1864).

- (b) Oculto

El vicio debe haber sido ignorado por el comprador, pero esta ignorancia no debe serle imputable. El vendedor, por su parte, tampoco debe haberlo manifestado.

Claramente se puede observar que se trata de una obligación de garantía, pues basta que el vicio no sea manifestado por el vendedor para que proceda la acción, independientemente de si lo conocía o no. En el caso del comprador, por el contrario, se exige ignorancia legítima.

Sin embargo, en caso de que además haya concurrido dolo por parte del vendedor, su obligación de garantía se extiende a una obligación indemnizatoria. El dolo opera sólo como agravante (art. 1861): la obligación restitutoria, propia de la acción redhibitoria, deviene en una indemnizatoria de los perjuicios sufridos por el comprador (acción de responsabilidad).

Que la ignorancia sea o no imputable se vincula estrechamente con la regulación de los deberes de información que tiene cada parte que celebra un contrato. Se deberá realizar una consideración en abstracto, lo que supone no ponderar los aspectos psicológicos o subjetivos del sujeto pero sí tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso. No es lo mismo la ignorancia del comprador experto que la del lego.

En todo caso, la negligencia del comprador debe ser grave atendidas las circunstancias. Tal gravedad no se opone a que en ciertas circunstancias el comprador se deba hacer asesorar por un experto. Así, por ejemplo, si el comprador de derechos en una sociedad no tiene conocimientos para comprender un balance, no será oculto un vicio de la cosa que sea evidente para un experto.

Asimismo es inadmisibles alegar que un vicio es oculto cuando el comprador, en razón de su profesión u oficio, pudo fácilmente conocerlo (art. 1858 regla 3a., inc. fine). El descuido no es protegido por el derecho.

(c) Que haya existido al tiempo de la venta

Por el hecho de ser una obligación de garantía, se entiende que el vicio debe ser preexistente. ¿Debe ser anterior a la venta o a la entrega? A este respecto, se ha afirmado que debe ser anterior a la venta, ya que en ese momento deben ser informados y ponderados. Sin embargo, la doctrina comparada ha entendido que el comprador no ha tenido oportunidad de percibir el vicio sino hasta el momento en que la cosa le es entregada, por lo que no se justifica que sea considerado en un momento anterior a ese momento. Esto se muestra claramente, por ejemplo, en el caso del suministro de los materiales para la construcción de un edificio (arts. 1996 y 2003 regla 3a.).

Se considera suficiente que exista un germen de vicio para que exista vicio redhibitorio, aún cuando se desarrolle después de la entrega. Por ello, la ley establece que si la cosa peca aún después de perfeccionado el vicio, el comprador no pierde por ello el derecho a la disminución del precio, aún si la cosa pereció por su hecho y en su poder, siempre que se trate de una cosa viciosa. Si la cosa pereció por un vicio inherente, y el vendedor lo conocía o debía conocerlo, además tendrá derecho a indemnización de perjuicios (art. 1862).

La obligación de saneamiento es de la naturaleza del contrato

La obligación de saneamiento es de la naturaleza del contrato; se entiende pertenecerle a menos que se exprese lo contrario. Las partes pueden renunciar, por consiguiente, a estas acciones.

Sin embargo, la ley establece como límite a dicha renuncia la concurrencia del dolo. Si se ha estipulado que el vendedor no está obligado al saneamiento por los vicios ocultos, igualmente estará obligado a sanear aquellos de los que tuvo conocimiento y de que no dio noticia al comprador (art. 1859). Se trata de un caso de dolo por reticencia.

Acciones que se entienden comprendidas

En término general, los vicios ocultos dan lugar a dos acciones alternativas: a la acción redhibitoria, de rescisión, o a la acción de quanti minoris, de rebaja de precio.

Sin embargo, hay dos casos en que sólo procede la acción para solicitar la rebaja de precio.

- 1) Si la cosa adolece de un vicio pero éste no es tal que de haberlo conocido el comprador no hubiera celebrado la compraventa, el comprador sólo tendrá derecho a pedir la rebaja del precio. Para pedir la rescisión de la compraventa es necesario que el vicio sea sustancial (art. 1868).
- 2) Si la cosa viciosa peca después de celebrado el contrato, el comprador no pierde por ello el derecho a la rebaja del precio, aún cuando la cosa haya perecido por su culpa (debe entenderse "por hecho suyo" y en su poder (art. 1862).

Naturaleza jurídica de las acciones por vicios ocultos

Ha sido usual vincular los vicios redhibitorios con el error. En ambos casos, se ve frustrada la finalidad que ha tenido el comprador al tiempo de celebrar el contrato. Sin embargo, es posible señalar una serie de diferencias fundamentales entre ambas instituciones:

Los vicios redhibitorios suponen conocer la sustancia de la cosa, su calidad, pero hay respecto de ella un problema de aptitud. El error, en cambio, implica un falso concepto de la realidad, esto es, que la cosa no es lo que se creía que era.

Por ello se entiende que la prueba en el caso del error sea subjetiva. Se trata de demostrar que el comprador estaba equivocado, lo cual en la práctica usualmente es bastante difícil. La prueba de los vicios redhibitorios es más bien objetiva, ya que se debe probar que la cosa no sirve para su uso natural o sirve imperfectamente.

En cuanto a la naturaleza de la acción, el error es un resguardo del consentimiento. Se trata que las partes acuerden sobre lo que realmente entienden que están acordando. La institución de los vicios redhibitorios busca garantizar que la cosa que se compró sirva para el fin que se compró.

La acción que emana del error es una acción de nulidad, el contrato adolece de un vicio del consentimiento que anula el contrato ab initio. La acción redhibitoria presenta analogía con una acción resolutoria que busca dejar sin efecto un contrato válido.

Casos en que no procede la acción redhibitoria

Casos en que el comprador carece de acción

- 1) No procede esta acción en caso de que haya sido renunciada, conforme lo señalado anteriormente (art. 1859).
- 2) Tampoco procede en el caso de las ventas forzadas hechas por autoridad de la justicia. Sin embargo, la ley contempla como excepción el caso en que el vendedor no pudiendo o no debiendo ignorar los vicios de la cosa vendida, no los hubiere declarado a petición

del comprador. En este caso, además procede ejercer la acción de indemnización de perjuicios (art. 1865).

Prescripción

La extinción de estas acciones se produce propiamente por la prescripción.

El legislador contempla distintos plazos para la prescripción de estas acciones. En primer lugar, distingue entre la acción redhibitoria y la de rebaja de precio. En segundo término, considera si son muebles o inmuebles. De este modo, se establecen cuatro diferentes plazos de prescripción.

La acción redhibitoria prescribe en un plazo de seis meses si se trata de muebles, y en un año respecto de los bienes raíces. A este respecto, el Código Civil contempla la posibilidad, del todo excepcional, de que las propias partes estipulen plazos especiales (art. 1866). Todo indica, sin embargo, que estos plazos no podrán ser aumentados más allá del establecido para prescripción extraordinaria.

La acción para pedir la rebaja de precio prescribe en un plazo de un año para los bienes muebles y en dieciocho meses para los bienes raíces (arts. 1867, 1869).

Estos plazos no se suspenden, pero, como es obvio, sí pueden ser interrumpidos. Se cuentan desde la entrega real (art. 1866 y 1870).

VI.- OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Introducción

En el contrato de compraventa, el vendedor tiene la obligación esencial de dar la cosa, obligación que puede ser tanto de género como de especie o cuerpo cierto. Dicha obligación tiene su correlato en la obligación del comprador de recibir la cosa que ha comprado. De no existir esta obligación, el contrato estaría a merced del comprador y el vendedor tendría que asumir responsabilidades imprevistas.

Sin embargo, la obligación que, en definitiva, caracteriza al comprador en el contrato de compraventa, es la de pagar el precio. Se trata de una obligación de género.

En definitiva, las obligaciones principales del comprador son la de pagar el precio y recibir la cosa.

Obligación de recibir

Antecedentes legales

El Código Civil no establece norma legal expresa que regule esta materia. Por el contrario, el Código de Comercio prescribe que la retención del comprador a recibir la cosa da derecho al vendedor para solicitar la rescisión de la venta (en verdad, la resolución) con indemnización de perjuicios o para reclamar el precio con intereses legales y establece reglas complementarias para el depósito y venta al martillo de las mercaderías vendidas (Código de Comercio, art. 153). En materia civil, el vendedor puede recurrir a las reglas generales del pago por consignación.

Importancia

Hasta el momento de la entrega, la obligación de conservar la cosa recae en el vendedor. Desde el momento en que ella se verifica, la responsabilidad y los gastos por la conservación de la cosa son de cargo del comprador.

Acto de recibir

La recepción se produce por la adquisición jurídica de la cosa, al momento de la tradición. Conforme a las normas generales, salvo pacto en contrario, si se trata de un género, el pago se realiza en el domicilio del vendedor; si se trata de una especie o cuerpo cierto, el pago se debe realizar en el lugar donde se encontraba la cosa al tiempo de la celebración de la compraventa, lo que usualmente corresponde al domicilio del vendedor (art. 1588).

Epoca de la recepción

El comprador debe retirar la cosa que ha comprado en el plazo que se haya estipulado en el contrato. Si las partes nada han señalado, se entiende de buena fe que existe un plazo tácito, cual es, el necesario para dar cumplimiento a dicha obligación.

Mora de recibir

El comprador tiene la obligación de recibir la cosa. Esta obligación está sujeta a las reglas generales de la mora (art. 1551). Por lo tanto, es necesario el requerimiento por parte del vendedor para constituir al comprador en mora, esto es, el vendedor debe ofrecer al comprador hacer efectiva la entrega (pago por consignación). En caso contrario, no existe incumplimiento del comprador.

Si se ha estipulado un plazo para la entrega de la cosa en el contrato de compraventa, éste normalmente beneficia al vendedor, por ello, su solo vencimiento no constituye en mora al comprador.

La importancia de la mora del comprador radica en que produce la alteración de la obligación de conservar la cosa, obligación que tiene el vendedor hasta el momento de la entrega. Si la cosa ha sido ofrecida y el comprador se constituye en mora, el vendedor sólo

responderá por las destrucción de la cosa si ha actuado con culpa grave o dolo (arts. 1680, 1827).

El comprador será culpable por el incumplimiento de la obligación de recibir, salvo que demuestre la imposibilidad no imputable de recibir la cosa en el tiempo y forma estipulado.

Efectos de la mora de recibir por parte del comprador

1) Cumplimiento forzado o resolución

La recepción de la cosa es obligación del comprador. La no recepción, conforme lo señalado anteriormente, constituye un incumplimiento que, como tal, da lugar a las acciones ordinarias de cumplimiento forzado o resolución del contrato junto con la indemnización que sea procedente (art. 1489; Código de Comercio, art. 153).

2) Gastos de conservación

Si el comprador se constituye en mora de recibir, desde ese momento deberá abonar al vendedor los gastos necesarios para la conservación de la cosa (art. 1827).

3) Atenuación de responsabilidad del vendedor

El vendedor será responsable de la conservación de la cosa hasta el momento de la entrega. Esto supone emplear el debido cuidado, respondiendo de culpa leve. Sin embargo, desde el momento en que el comprador se constituye en mora, el vendedor sólo responderá por culpa grave o dolo (art. 1680).

Obligación de pagar el precio

Forma en que debe efectuarse el pago

El precio debe pagarse conforme lo han estipulado las partes. Lo usual es que las partes manifiesten la obligación del comprador en la moneda de curso legal que tiene poder liberatorio obligatorio. El vendedor no puede negarse a aceptar un pago con dicha moneda, pago que dará por cumplida la obligación.

Las partes tienen la opción de pactar en el contrato de compraventa el reajuste al que se someterá la obligación del comprador. En caso de que las partes no lo hicieren, sólo se deberá el valor nominal expresado en el contrato y no procederá reajuste alguno.

Se ha entendido que el reajuste no convencional sólo procede si las partes no han tenido la posibilidad de pactar un reajuste al tiempo de la celebración del contrato. Si tuvieron esta opción y no lo pactaron, se estima que no será procedente con posterioridad. Tal es el caso de una compraventa en que el precio es a plazo: Si se establece una cantidad de dinero (tantos pesos), es esa cantidad nominal la debida.

Sin embargo, las partes pueden también acordar una **compraventa expresada en moneda extranjera**. Si la obligación del comprador se expresa en moneda extranjera, se rige por las normas contenidas en el artículo 20 y siguientes de la Ley N° 18.010, la que en esta materia no restringe su aplicación sólo a los mutuos de dinero.

En este caso, el comprador deberá pagar en su equivalente en moneda chilena según el tipo de cambio vendedor del día del pago. En caso de incumplimiento, también se deberá aplicar esta equivalencia para hacer efectiva la demanda, cantidad que se acreditará con un certificado otorgado por un banco de la plaza referido al día de la presentación de la demanda (arts. 21, 22, Ley 18.010).

Actualmente, la legislación también permite que se acuerde que la obligación del comprador sea **pagadera en moneda extranjera**. Esta operación está sujeta a las disposiciones cambiarias vigentes al momento del contrato. En este caso, el comprador deberá dar cumplimiento a la obligación en la moneda estipulada. Se ha planteado la discusión en torno a la naturaleza jurídica de un contrato en que el precio debe ser pagado en moneda extranjera; algunos han sostenido que no se trataría de una compraventa sino de una permuta, porque la moneda extranjera no es moneda de curso legal en Chile, sino otro tipo de bien mueble.

Quien efectúa el pago

Sobre este punto se aplican las disposiciones generales del pago (art. 1572 y ss.). Por lo tanto, no se considera relevante quien realice el pago.

Obligación divisible

Por ser una obligación de dinero, es por esencia divisible. Si varias personas compran una cosa en conjunto, cada una de ellas debe la cuota que le corresponde. Este principio también es aplicable en el caso de los herederos. Nada obsta, desde luego, para que se pacte solidaridad o incluso indivisibilidad.

Lugar y tiempo

Conforme el artículo 1872 inciso 1° del Código Civil, las partes pueden pactar el lugar y tiempo en que deberá ser pagado el precio. A falta de estipulación, el precio deberá pagarse al tiempo y lugar de la entrega.

Derecho a suspender el pago del precio

El comprador puede suspender el pago del precio si el vendedor no entrega la cosa o no está dispuesto a hacerlo (exceptio non adimpleti contractus) (arts. 1552; 1872 I).

Si entrega da la cosa, estando pendiente el pago del precio, hay turbación en la posesión pacífica por interposición de una acción real, el comprador tiene derecho a depositar el precio en la forma del pago por consignación hasta que cese la turbación o el vendedor afiance los resultados del pleito (1872 II).

Reserva de dominio en virtud del no pago del precio

En el derecho romano, la reserva del dominio hasta el pago del precio como garantía de pago, constituía una cláusula de la naturaleza de todo contrato de compraventa.

Actualmente, en el derecho comparado es posible encontrar ciertos sistemas legales que le reconocen pleno valor a una cláusula de esta naturaleza, como una forma de constituir una fuerte garantía que favorezca al vendedor. Es, por ejemplo, el caso del derecho alemán.

En nuestro sistema jurídico, el valor de la cláusula de reserva de dominio ha tenido una interesante evolución. En un principio, se consideró como un elemento de la naturaleza del contrato, esto es, se entendía incorporado a la compraventa aún cuando las partes no lo manifestaran expresamente, y siempre que no le desconocieran valor.

Posteriormente, en conformidad con el artículo 680 inciso 2º del Código Civil, se entendió que se trataba de un elemento accidental. Si se ha verificado la entrega, se transfiere el dominio de la cosa vendida aún cuando no se haya pagado el precio, sin embargo, se le reconoce a las partes el derecho a pactar lo contrario.

Por su parte, el artículo 1874 del Código Civil, señala expresamente que la cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio no produce efecto alguno, ya que en el evento del no pago, se aplican las reglas generales del incumplimiento.

Si bien se ha discutido cual de estas dos normas prima sobre la otra, se ha entendido que en el caso de la compraventa debe prevalecer la del artículo 1874 en aplicación del principio de especialidad. De este modo, esta importante institución de garantía del vendedor resulta inoperante en Chile en materia de compraventas.

VII.- RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Introducción

En caso de incumplimiento de la obligación por una de las partes, conforme las reglas generales, la otra parte puede exigir, ya sea el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios.

Principios

Como ya hemos estudiado, en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria tácita (art. 1489). Específicamente en relación a la obligación del vendedor, el comprador podrá a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho a ser indemnizado de los perjuicios conforme las reglas generales en caso de que el vendedor no cumpla con su obligación por un hecho o culpa suya (art. 1826, inc. 2º).

Por su parte, el vendedor tendrá derecho a exigir el precio o la resolución de la venta, junto con la indemnización si el comprador se constituyere en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo señalados (art. 1873).

Sin embargo, respecto de la obligación del comprador, es posible que las partes acuerden expresamente la resolución en caso de incumplimiento en virtud de la estipulación del pacto comisorio, institución que se estudiará en forma separada.

Resolución tácita en la compraventa

En cuanto a la procedencia de la resolución tácita del contrato de compraventa, cabe distinguir entre requisitos de fondo (incumplimiento) y requisitos de ejercicio.

(a) Requisitos de fondo (incumplimiento)

1) Incumplimiento de la obligación de entregar del vendedor (art. 1826).

i) Ante todo, se requiere mora del vendedor, debida a un hecho o culpa suya. Si se trató de un incumplimiento excusable, no procede la resolución.

En Chile se ha dicho en la doctrina y la jurisprudencia que cualquier incumplimiento hace procedente la acción resolución. En el derecho comparado, en cambio, para que proceda el ejercicio de la acción resolutoria es necesario que el incumplimiento sea significativo. Se considera significativo en la medida en que produzca algún perjuicio. Si se ejerce la acción resolutoria, sin que haya existido un perjuicio, se entiende que el ejercicio de esta acción ha sido de mala fe.

Lo anterior tiene una cierta similitud con la procedencia de la acción de rescisión a que dan lugar los vicios redhibitorios, ya que si éstos no son de aquellos que hacen que la cosa no sirva para su uso natural o sólo sirva imperfectamente y que de haberlos conocido el comprador no hubiera celebrado la compraventa o hubiera pagado un precio mucho menor, la acción redhibitoria no procede y sólo se podrá pedir la rebaja del precio.

ii) El comprador no debe haber incurrido en mora (arts. 1826, 1552)

2) Incumplimiento de la obligación de pagar el precio.

El comprador debe haberse constituido en mora (arts. 1551, 1552).

(b) Requisitos para el ejercicio de la acción resolutoria

La condición resolutoria es, en los contratos bilaterales, un elemento de la naturaleza. Ella otorga, en caso de incumplimiento de una parte, el derecho alternativo de la otra de pedir la resolución del contrato o el cumplimiento forzado del mismo, junto con la indemnización de perjuicios.

A diferencia de la condición resolutoria ordinaria, que es aquella contemplada expresamente por las partes, la condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho. En virtud del artículo 1489, que señala: "Pero en tal caso,..." se ha entendido que de ella emana un derecho alternativo. Se trata de una potestad que se le reconoce a la parte que ha cumplido el contrato.

Sin embargo, para que proceda la resolución del contrato, no basta sólo el ejercicio del derecho potestativo que reconoce la ley, sino que es necesaria una sentencia judicial que declare expresamente dicha resolución.

En el derecho comparado es posible distinguir dos sistemas en cuanto a la procedencia de la actuación judicial. Por una parte, aquellos sistemas que reconocen el derecho del acreedor, derecho que no puede ser enervado y cuyo ejercicio no requiere una posterior sentencia judicial para dar por resuelto un contrato, como por ejemplo, en el sistema del common law o del derecho alemán. Otros sistemas exigen, para dar por resuelto el contrato, una sentencia judicial. Dentro de esta última corriente se enmarca el sistema chileno y el francés.

De lo anterior, en Chile se ha concluido que la acción resolutoria puede enervarse hasta el momento en que sea declarada la resolución del contrato por el tribunal que esté conociendo de la causa. En Francia, en cambio, a partir del análisis del mismo sistema de normas, se ha señalado que el deudor no podrá enervar la acción del acreedor en aquellos casos en que del cumplimiento posterior no resulte el mismo beneficio económico para el acreedor.

Este podría ser un camino posible en el derecho chileno.

Pacto comisorio

Concepto

El pacto comisorio es una institución que tuvo mucha importancia en el derecho romano. El Código Civil la regula en atención a la obligación del comprador de pagar el precio.

Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta. Se trata, en definitiva, de una condición

resolutoria tácita pero expresada por las partes (art. 1877). De hecho, antiguamente se expresaba al revés, esto es, la condición resolutoria tácita es el pacto comisorio que la ley entiende pertenecer a los contratos bilaterales sin necesidad de cláusula expresa.

Existen dos tipos de pacto comisorio. El pacto comisorio simple, al que se refiere el artículo 1877, y el pacto comisorio calificado referido en el artículo 1878.

El pacto comisorio simple, corresponde y opera del mismo modo que la condición resolutoria tácita, con la única diferencia de que ha sido estipulada expresamente por las partes. Por ello, su importancia práctica es casi nula.

El pacto comisorio calificado o con cláusula de resolución ipso facto, a pesar de su nombre, tampoco produce la resolución del contrato de pleno derecho en el evento del incumplimiento, si no que otorga el mismo derecho alternativo al acreedor que la condición resolutoria tácita. La diferencia radica en que el deudor sólo tiene un plazo de 24 horas desde la notificación judicial de la demanda para enervar dicha acción. Este es uno de los pocos casos en que nuestra legislación contempla un plazo de horas.

Por último, cabe tener presente que la acción resolutoria que emana de la condición resolutoria tácita prescribe en cinco años, mientras que la que emana del pacto comisorio calificado, prescribe en el plazo fijado por las partes, el que no puede ser superior a cuatro años.

Pacto comisorio en otros contratos o para la obligación del vendedor

Como en el derecho romano, el pacto comisorio está regulado en el Código Civil sólo a propósito de la obligación del comprador. Al respecto, se ha discutido si esta institución es o no aplicable a la obligación del vendedor o a otro tipo de contratos distinto de la compraventa.

Si se trata de un pacto comisorio simple, no surge mayor problema ya que opera del mismo modo que la condición resolutoria tácita.

En el caso del pacto comisorio calificado, la doctrina ha desarrollado varias doctrinas en relación a la función que éste cumpliría en otros contratos:

1) Su regulación dentro del contrato de compraventa sólo responde a razones históricas, por lo tanto, es perfectamente aplicable a otros tipos de contratos y produce en ellos los mismos efectos que en la compraventa.

2) La estipulación de un pacto comisorio calificado en un contrato distinto, no priva al acreedor de la elección de acciones, pero priva al deudor del derecho a enervar la acción de incumplimiento interpuesta en su contra.

3) Por último, hay quienes sostienen que esta cláusula da lugar para que la resolución opere de pleno derecho, al igual que la condición resolutoria ordinaria.

En verdad, no hay razón en obligaciones diferentes a la de pagar el precio, para negar efecto a lo acordado por las partes. La segunda alternativa resulta preferible pues supone que el acreedor puede renunciar a la resolución, que esté establecida en su favor, pero, si opta por ella, es un derecho contractual, cuyo alcance y efecto no puede quedar al arbitrio de la parte incumplidora.

Naturaleza de la acción resolutoria

- 1) Se trata de una acción personal de carácter patrimonial que se ejerce contra el deudor;
- 2) Puede ser una acción mueble o inmueble, pero en el caso del vendedor siempre será mueble;
- 3) Es indivisible, ya que tiene por objeto la resolución del contrato, lo cual no es susceptible de división (arts. 1524, 1526 n°6).

Efectos de la acción resolutoria

1) Entre partes:

Si se trata de una condición resolutoria ordinaria, se aplican las reglas generales para las condiciones suspensivas (arts. 1486, 1488).

Estos efectos se alteran en el caso de la condición resolutoria tácita, ya que el incumplimiento imputable es la propia condición.

Si la acción resolutoria es ejercida por el vendedor, procede:

- i) Devolución de la cosa;
- ii) Restitución de frutos, sólo en el caso de tratarse de un poseedor de mala fe;
- iii) Gastos y deterioros, sólo si es poseedor de mala fe;
- iv) Si se han dado arras, éstas deben restituirse dobladas o se pierden, según sea quién las ha otorgado;
- v) Perjuicios.

Si la acción ha sido ejercida por el comprador:

- i) Procede la restitución del precio, con los correspondientes intereses y reajustes;
- ii) Se deben los perjuicios causados.

2) Respecto de terceros (art. 1876)

No hay acción respecto de terceros salvo en el caso que se pruebe mala fe. Si se trata de bienes muebles, la buena fe siempre se presume (art. 1490). Por el contrario, si son bienes inmuebles, y la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, se entiende que se ha actuado de mala fe, ya que se presume que estaba en conocimiento de la existencia de dicha condición (art. 1491). En estos casos se considera suficiente que la condición conste en la escritura de venta.

Extinción

La acción resolutoria se extingue por medio del pago del precio que no admita prueba en contrario. Además, puede ser renunciada por las partes del contrato, por tratarse de un elemento de la naturaleza. También se extingue por la prescripción.

La acción resolutoria que emana de la condición resolutoria tácita prescribe en cinco años contados desde que se hace exigible la obligación, según las reglas generales. Esta se suspende e interrumpe conforme las normas generales de la prescripción.

Si la acción resolutoria es la que emana del pacto comisorio, ésta prescribe en el plazo fijado por las propias partes en el contrato (plazo convencional) con un límite de cuatro años. En caso de que las partes no hayan acordado plazo alguno, éste será de cuatro años. Estos plazos se caracterizan porque se contabilizan desde el momento de la celebración del contrato, regla de difícil comprensión, porque el incumplimiento sólo queda configurado al vencerse el plazo, si lo hay.

VIII.- PACTOS DE RETROVENTA Y RETRACTO

Estos pactos tienen por objeto dejar sin efecto el contrato de compraventa por la decisión de una de las partes.

Pacto de Retroventa (arts. 1881 s.s.)

Naturaleza

Es la estipulación en virtud de la cual el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, ya sea reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en caso de que nada se haya estipulado, reembolsando el precio que le ha sido pagado (art. 1881).

Es, en cuanto a su naturaleza, una condición resolutoria ordinaria simplemente potestativa del acreedor (vendedor).

Función económica

Cumple una función de garantía extremadamente fuerte. Sin embargo, presenta el serio riesgo de que fácilmente puede prestarse para crear situaciones de abuso al evitar las reglas sobre usura.

Formalidades

El pacto de retroventa debe estipularse en el propio contrato de compraventa. En él se debe reservar este derecho por parte del vendedor. En todo caso, a fin de evitar especulaciones, el vendedor no puede ceder este derecho, derecho que sí es transmisible (art 1884).

Plazo

El plazo para que el vendedor ejerza su derecho es de cuatro años, contados desde la fecha de celebración del contrato. Sin embargo, a fin de resguardar la posición del comprador, se establece la obligación de darle noticia anticipada. Este aviso deberá darse a lo menos seis meses antes del ejercicio efectivo del derecho, si se trata de bienes raíces, y antes de quince días si son muebles (art. 1885 inc. 1°).

La ley regula expresamente los plazos para ejercer el derecho del vendedor si la cosa da frutos ya que señala que si no da frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la siguiente percepción de frutos (art. 1885, inc 2°).

Efectos

1) Respecto del comprador

El comprador deberá restituir la cosa al vendedor, junto con sus accesorios naturales. Deberá, además, indemnizar al vendedor por todos aquellos deterioros que sufrió la cosa y que le sean imputables o que se deban a su culpa. Por último, él deberá soportar los gastos en que haya incurrido en razón de mejoras útiles o voluptuarias efectuadas sin consentimiento del vendedor (art. 1883).

2) Respecto del vendedor

El vendedor que ejerce su derecho debe también dar cumplimiento a la obligación pactada, ya sea la restitución del precio estipulado o de la cantidad acordada, sin reajuste ni intereses si éstos no han sido acordados.

3) Terceros

Respecto de terceros se aplican las normas generales de las condiciones suspensivas contenidas en los artículos 1490 y 1491 del Código Civil (art. 1882).

Pacto de retracto (art. 1886)

Es la opción que se reserva al vendedor para vender a un tercero si éste ofrece comprar a un precio mayor que el precio de la venta. En este caso, se le reconoce al comprador el derecho a igualar la oferta efectuada por el tercero. Es similar al mecanismo que opera con las opciones preferentes.

Este derecho debe ejercerse dentro de un plazo no superior a un año.

Respecto de terceros, se aplican las disposiciones contempladas para la condición suspensiva de los artículos 1490 y 1491 del Código Civil.

Una vez ejercida la acción, proceden las prestaciones mutuas al igual que en el caso de la retroventa.

LAS ACCIONES DEL COMPRADOR INSATISFECHO:
EL CÚMULO ACTUAL Y LA TENDENCIA
AL DEBER DE CONFORMIDAD¹

BRUNO CAPRILE BIERMANN*

Universidad del Desarrollo

1. La tutela del comprador ha preocupado desde siempre a los juristas. Prueba de ello es que las principales acciones que se le confieren encuentran su raíz en el Derecho Romano, empleándose hasta hoy en día las expresiones latinas para designarlas (acciones edilicias, vicios redhibitorios, acción estimatoria o de *quanti minoris*, etc). Sin embargo, *la complejidad de las cosas que constituyen hoy día el objeto de la compraventa así como de las relaciones obligatorias del mundo moderno, han generado nuevos problemas que, naturalmente, exigen nuevas soluciones.* Las acciones conferidas al comprador, concebidas originalmente para una economía agraria y artesanal, de corte familiar, han debido adaptarse al tráfico en masa para una sociedad de consumo. Es por ello que el epígrafe "Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones", de estas IV Jornadas Chilenas de Derecho Civil 2006, justifica plenamente el análisis que proponemos, como pretendemos demostrarlo.

¹ Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

* Magíster, Universidad de París II, Francia. Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo y Universidad Católica de la Sma. Concepción.

2. *El ordenamiento jurídico confiere una multiplicidad de acciones al comprador insatisfecho con la cosa objeto del contrato.* Desde luego, si se trata de una compraventa regida por la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, dispondrá de las acciones que le confiere ese estatuto especial. El Derecho común, por su parte, le permite ejercer las acciones ediles², esto es, la acción redhibitoria y la estimatoria o de *quanti minoris* (artículos 1857 y ss.); la acción de saneamiento de la evicción (artículos 1838 y ss.); la acción de nulidad relativa por error sustancial de la cosa (artículo 1454); la acción resolutoria de Derecho común (artículo 1489). Estas acciones rigen también para la compraventa mercantil, sin perjuicio de ciertas reglas especiales (artículos 2º, 96 y 154 y ss. CCO). La naturaleza de la cosa vendida también es relevante, como lo demuestran las reglas especiales para asegurar la calidad de la vivienda (artículos 18 y ss. LGUC; artículos 2003, 2323 y 2324 CC). Tampoco podemos olvidar la acción de indemnización de perjuicios, sea que esté concedida o regulada por normas especiales, como las de la LPC, o por las reglas generales de la responsabilidad contractual. Finalmente, es frecuente que las estipulaciones de las partes amplíen este catálogo, al conferirse al comprador garantías especiales de origen contractual (v. gr. artículos 21 LPC y 1863 CC).

3. *Cada una de estas acciones tiene un régimen especial en cuanto al campo de aplicación* (según cuál sea la cosa, los sujetos o incluso el contrato que se celebra); a los *plazos de prescripción* (o de caducidad o garantía) y al momento a partir del cual se cuentan; a sus *efectos*, según si conducen a la nulidad, la resolución, la reparación o reposición de la cosa o la rebaja del precio; suelen tener reglas especiales en cuanto a la procedencia de la *indemnización de perjuicios* y a las cláusulas modificatorias de responsabilidad, las que pueden

² Esta denominación evoca el origen de la institución, dado que la acción redhibitoria y de *quanti minoris* fueron una creación de los ediles (ALESSANDRI R., Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Soc. Imprenta Litografía Barcelona, Santiago, 1918, T. II, N° 1411, p. 255).

incluso llegar a tacharse de abusivas (artículo 16 LPC); al *sujeto pasivo*, ya que algunas permiten al comprador afectado dirigirse solamente contra su vendedor, en tanto que otras le permiten accionar directamente contra un tercero que responde del defecto de la cosa e incluso reglamentan el derecho del vendedor demandado para repetir en contra de quien le suministró la cosa³; a la *solidaridad* (artículo 21 inciso 3º LPC); al *tribunal competente* y al *procedimiento* aplicable.

4. *A título introductorio y para comprender la problemática, pensemos en un consumidor que adquiere una cosa que, en definitiva, termina no satisfaciendo sus expectativas.* Dispondrá de las acciones que le confiere la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, que le permiten reclamar la reparación gratuita, la reposición o la devolución del precio y la indemnización de perjuicios, las que ejercerá ante el Juzgado de Policía Local competente. Sin embargo, esas acciones prescriben en tres meses contados desde la fecha en que se haya recibido el producto (artículo 21 ley N° 19.496). Expirado ese plazo, recordará que ha celebrado un contrato de compraventa y que el Derecho común le permite ejercer la acción redhibitoria o la *quanti minoris* (o ambas, una en subsidio de la otra) ante el Juez de Letras en lo Civil. Lamentablemente puede ocurrir que dichas acciones estén también prescritas, pues se trataba de una cosa mueble y han transcurrido los seis meses o un año, contados desde la entrega real (artículos 1866 y 1869 CC; 156 CCO); o bien, que su principal interés sea reclamar la indemnización de perjuicios causados por la cosa objeto del contrato, en circunstancias

³ Así, el comprador puede reclamar de los vicios redhibitorios solamente a su vendedor, mas no al que se la enajenó a este último (ALESSANDRI R., Arturo, *De la Compraventa...*, T. II, N° 1453, p. 305). En el saneamiento de la evicción, en cambio, se puede accionar directamente contra un intermediario (artículo 1841). El artículo 21 inciso 2º de la ley N° 19.496 permite al consumidor que opta por la reparación dirigirse "indistinta o conjuntamente, al vendedor, al fabricante o al importador"; también se regula el derecho a repetir (artículos 21 inciso 4º, 22 y 43). Véase también el artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

que la acción redhibitoria sólo se lo permite en caso de mala fe del vendedor (artículo 1866), de tal suerte que si no logra probarla, tendrá que limitar sus expectativas resarcitorias a los daños que experimentó la cosa objeto del contrato. Debidamente asesorado, recordará que el vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato (artículo 1828) en circunstancias que él ha recibido una cosa defectuosa, de modo que pretenderá reclamar la resolución por incumplimiento (artículos 1873 y 1489), la que tiene la ventaja de permitirle accionar dentro de los cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible (artículos 2514 y 2515) y exigir conjuntamente la reparación de todos los perjuicios sufridos (artículos 1873 y 1489). También podrá alegar que su voluntad estaba encaminada a adquirir una cosa apta, de modo que alegará que su consentimiento estaba viciado por haber padecido un error en la sustancia de la cosa objeto del contrato (artículo 1454), lo que le permite accionar de nulidad dentro del plazo de cuatro años contados desde la celebración del acto o contrato (artículo 1691). Finalmente, ante la confusión y multiplicidad de acciones, pudiera incluso pretender ejercer varias, cada una en subsidio de las otras.

5. Frente a esta multiplicidad de acciones con estatutos distimiles, se plantea la interrogante en orden a si es admisible el cúmulo u opción de acciones, esto es, si es lícito al comprador escoger libremente entre dichas acciones o si, en cambio, cada una de ellas responde a supuestos distintos y, por ende, tienen un campo de aplicación claramente diferenciado⁴.

6. El tema ha generado un abundante contencioso y serios estudios doctrinarios en el Derecho comparado, situación que contrasta con la escasa preocupación por el tema en nuestro medio. Parafraseando el tema de las

⁴ Naturalmente, lo que se dijo de la prescripción vale para los demás aspectos en que difiere el estatuto de las acciones concedidas al comprador, arriba enunciados. De hecho, la interrogante puede perfectamente plantearse estando vigente el plazo para deducir todas las acciones y entonces la respuesta tendrá interés en función de los demás aspectos en que el estatuto de las acciones difiere.

jornadas, este "nuevo problema" parece haber encontrado una "nueva solución" en la regulación de la compraventa internacional que luego se ha proyectado a los ordenamientos internos de los países europeos a través de los instrumentos de armonización del Derecho de la Unión Europea. En efecto, tanto la Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (artículo 35) como la Directiva Europea 1999/44, de 25.05.1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (artículo 2), zanjaron estas discusiones reuniendo todos los posibles vicios o defectos en una sola obligación, conocida como el deber de conformidad, esto es, el deber del vendedor de entregar al comprador una cosa conforme al contrato de compraventa. De esta forma, al establecer esta causal amplia (la no conformidad) y unificar el régimen aplicable a la acción (v.gr. prescripción), desaparece el problema del cúmulo. Digamos desde ya que el plazo para transponer la directiva europea citada a los ordenamientos internos de los países de la Unión Europea expiraba el 1º de enero de 2002 y que, con mayor o menor retardo, hoy día es derecho vigente en los Estados miembros de la Unión.

7. En las líneas que siguen abordaremos el cúmulo de acciones de que dispone el comprador⁵.

⁵ Debemos prevenir que las naturales limitaciones en cuanto a la extensión máxima de este trabajo nos han impedido analizar la concurrencia entre las acciones especiales concedidas por la Ley de Protección al Consumidor y aquellas que confiere el Derecho común, por lo que hemos limitado nuestro estudio al cúmulo u opción entre estas últimas. Por la misma razón, tampoco abordaremos la forma en que se ha procurado resolver el cúmulo en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y en la Directiva Europea 1999/44/CE. Confiamos en poder tratar esos temas en un trabajo posterior. Circunscribiremos el análisis a la compraventa de cosas muebles, ya que, tratándose de inmuebles, deben considerarse también las reglas especiales sobre calidad de la vivienda establecidas en los artículos 18 y ss. de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, las que priman sobre las reglas de la LPC (artículo 2º letra f). No formará parte de nuestro estudio la acción de cumplimiento, de que naturalmente dispone el comprador, la que también se rige por el Derecho común.

8. Si el contrato de compraventa no está regido por la LPC (artículo 2º LPC) o si las acciones civiles que ésta confiere se encuentran prescritas, el comprador tendrá interés en examinar las que le concede el Derecho común. Cada una de esas acciones tiene un régimen diferente, de modo que resulta imprescindible resolver si le es lícito escoger ellas o si, en cambio, responden a causales diferentes. Si la acción redhibitoria y la estimatoria han prescrito, ¿podrá el comprador invocar la nulidad relativa por error, que prescribe en cuatro años contados desde la fecha del contrato, o incluso la resolución por incumplimiento, que prescribe en el plazo de cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible? Lo que se dice de la prescripción es aplicable a otros aspectos del régimen de cada acción, que pudieran justificar la preferencia del comprador por una u otra.

La solución dependerá en gran medida del fundamento y naturaleza que se atribuya a la acción redhibitoria. En efecto, según veremos, en la doctrina comparada se han postulado diversas explicaciones acerca del fundamento y naturaleza de las acciones edilicias, principalmente una explicación en clave de error, otra en clave de incumplimiento y finalmente en clave de lesión; esa decisión influye no sólo en la sanción que se aplique a los vicios redhibitorios (nulidad o resolución), sino también en la compatibilidad o incompatibilidad de esas acciones⁶. Desde luego las referidas acciones pueden interponerse (y es aconsejable hacerlo) una en subsidio de la otra.

Analizaremos sucesivamente el cúmulo entre la acción redhibitoria y la nulidad por error I. y entre la acción redhibitoria y la resolución por incumplimiento II.

I. LA ACCIÓN REDHIBITORIA Y LA NULIDAD POR ERROR

9. La distinción entre error y vicio redhibitorio es, aparentemente, fácil de discernir. Mientras el error afecta la voluntad del comprador, que creyó

⁶ Cfr. DE VERDA y B., José Ramón, "Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* N° 12, 2004, pp. 178 y ss.

adquirir una cosa y en realidad recibió una distinta o cuya sustancia o calidad esencial es diversa de lo que se cree (artículos 1453 y 1454), en el caso del vicio redhibitorio se recibe la misma cosa querida, pero con un vicio oculto que hace que ésta no sirva para su uso natural o que sólo sirva imperfectamente (artículo 1858). La dificultad se plantea cuando, habiendo expirado el plazo para el ejercicio de las acciones edilicias, el comprador invoca que el vicio afecta la "sustancia o calidad esencial" de la cosa, en términos tales que vicia su consentimiento.

10. La doctrina⁷ y la jurisprudencia nacional parecen distinguirlos claramente, lo que también parece fluir de las normas aplicables⁸. Así, en un fallo de la Corte de Santiago, de 10.03.1988, se resolvió que "si se vende un automóvil internado ilegalmente (sin que el comprador conociera esta anomalía), no puede valerse de la acción rescisoria para anular el contrato alegando la existencia de un vicio redhibitorio. Porque el vicio redhibitorio consiste en un defecto físico, oculto, inherente a la cosa misma y relacionado con su calidad. La internación ilegal de una cosa no constituye, pues, un vicio de esa clase"⁹. En otro asunto se resolvió que "no constituye vicio

⁷ Don Arturo ALESSANDRI enseña: "De lo expuesto surge la diferencia palpable que hay entre ambos casos. El error en la sustancia o calidad de la cosa importa la entrega de una cosa diferente de la que se creyó comprar o a la cual falta una cualidad esencial que se tuvo en vista al adquirirla: pero que no adolece de ningún vicio. La cosa sirve para el uso a que se la destina. Los vicios redhibitorios, en cambio, suponen que la cosa es la misma, que su sustancia no ha variado; pero que adolece de algún defecto que disminuye su importancia o que la hace inadecuada para su uso" (ALESSANDRI R., Arturo, *De la compraventa...*, op. cit., N° 1414, pp. 261 y ss.).

⁸ Las reglas prescriben que el error afecta la voluntad del comprador, sea que recaiga "sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiéndose vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiéndose comprar otra" (artículo 1453) o sea que "la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree" (artículo 1454). El vicio redhibitorio, en cambio, exige un vicio que, existiendo al tiempo de la venta, sea tal que "la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente" (artículo 1858).

⁹ El mismo fallo resolvió que "Se refieren estos vicios —redhibitorios—, pues, a la mala calidad de la cosa vendida que impide o dificulta su uso natural, y no a los defectos jurídicos

redhibitorio el hecho de que la propiedad vendida no limite con una calle pública, como se creyó al contratar, sino con una faja de terreno particular que tiene las apariencias de calle"¹⁰. En un fallo reciente, que se analizará extensamente más adelante, y aun cuando en la especie no se demandó la nulidad por error, parece inferirse que las acciones edilicias son incompatibles con las de nulidad por error¹¹.

11. *La distinción entre ambas acciones interesa no sólo por el diferente plazo de prescripción de cada una, sino también puesto que si se ejerce la acción equivocada, está condenada al fracaso.* Nótese que en los fallos recién citados se demandó reclamando la existencia de un vicio redhibitorio (cuyo plazo de prescripción es más breve) y se rechazó la acción por estimar los sentenciadores que se debió invocar el error, lo que reafirma la conveniencia que apuntábamos de ejercer ambas acciones subsidiariamente. *Interesa también por la sanción.* No cabe duda que el error sustancial da lugar a la nulidad relativa del acto, en circunstancias que, en nuestro medio, al igual que en Francia y a diferencia de lo que ocurre en España, se ha entendido que la acción redhibitoria conduce a la resolución del contrato, pese a que

relacionados con posibles prohibiciones legales para contratar o vicios del consentimiento sancionados con otros remedios jurídicos, como la acción ordinaria de nulidad". C. Santiago, 13.03.1988, RDJ 1988, II.18.

¹⁰ C. Santiago, 23.06.1928, G. 1928, 1º semestre, Nº 163, p. 715 (cons. 2 y 6).

¹¹ En la sentencia dictada por la C. Suprema, con fecha 27.07.2005, Rol Nº 5.320-03, "Cecinas La Preferida con Comercial Salinak Limitada", que se analizará extensamente más adelante (cfr. infra Nº 57), se resolvió: "2º) Que, el artículo 1828 del Código Civil expresa que el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato, de lo que se sigue que, aunque en el caso de autos el vendedor cumplió con su obligación de entregar la cosa —la sal—, lo hizo en forma imperfecta al entregar sal en una concentración distinta a la requerida por el comprador. Esta materia se encuentra tratada en el artículo 1454 del Código Civil, referida al error de hecho que se produce cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree". El fallo no se pronunció acerca del error, pues no fue lo demandado, ya que el actor ejerció la acción resolutoria y en subsidio la redhibitoria (cons. 3º).

el artículo 1857 la califica como una acción "rescisoria". De lo anterior se infiere que, en Chile, mientras el error es un vicio que se examina al momento de la formación del acto, los vicios redhibitorios dicen relación con el cumplimiento de obligaciones o ejecución de un contrato válidamente formado¹². Finalmente, aun cuando no exista obstáculo legal alguno, forzoso es reconocer que en nuestro país no está arraigada ni es frecuente la indemnización de los perjuicios derivados de la nulidad de un negocio, a diferencia de lo que ocurre en Francia¹³⁻¹⁴.

12. *En Francia, la doctrina ha realizado ingentes esfuerzos para deslindar el ámbito de aplicación de ambas acciones, existiendo un catálogo abundante de resoluciones¹⁵. Después de una vacilante evolución, desde 1996 la jurisprudencia*

¹² Cfr. infra Nºs. 18 y ss.

¹³ Véase Cass. 1ª Civ., 14.05.1996, cuyos hechos y doctrina se refieren en nota al pie Nº 15.

¹⁴ Tanto en las acciones edilicias como en el error se exige una cierta diligencia comprador: en la primera el vicio debe ser oculto, en los términos del artículo 1858 Nº 3; el error, por su parte, debe ser excusable.

¹⁵ Philippe MALAURIE enuncia el catálogo en los siguientes términos: "Los vicios del consentimiento, entre ellos el error y sobre todo el dolo, son una causal de nulidad de la venta. Aparentemente, la distinción es simple, pero ha devenido tan delicada que algunos autores afirman que son la misma cosa (cita a GHESTIN, "Traité des contrats", *La vente* Nºs. 746 y ss., 778). Sin embargo, existen casos en los cuales los tribunales anulan por error, aun cuando la acción no haya sido interpuesta en el breve término del artículo 1648. Además, otros autores mantienen la distinción. Según uno, el error recaerá sobre las calidades que el comprador considera al adquirir la cosa; ella tendrá un aspecto subjetivo; el vicio oculto, al contrario, concierne únicamente los servicios que la cosa rinde —tendría un aspecto objetivo (cita PLANIOL y RIPERT, por HAMEL, Nº 126). O bien, habría error cuando faltara uno de los atributos de la cosa mientras que habría vicio cuando se afectara el uso que se espera (cita HUET, Jérôme, *Principaux contrats* Nº 11226). O bien el error se aprecia al momento de la formación del contrato, el vicio después de la entrega. Pese al verbalismo que tiene a veces, hay algo de exacto en cada uno de esos criterios: todo vicio oculto es causa de error, pero la inversa no lo es ya que hay errores en la sustancia que son más que vicios (cita D. TALLON, *Erreur sur la substance et garanties des vices dans la vente mobilière*). MALAURIE, Philippe, *Contrats spéciaux*, Cujas, 12ª edición, 1998-1999, Nº 284, p. 194.

cia de la Corte de Casación está uniformada en el sentido de distinguir los supuestos de cada una de las acciones y, por ende, en proscribir la elección del comprador¹⁶.

13. En España, en un destacado estudio, el profesor DE VERDA y BEAMONTE, citando autores de la talla de SÁNCHEZ ROMÁN, DE BUEN,

¹⁶ En dos fallos de 4.01.1960 y 19.07.1960 (Bull Civ. IN° 4; Bull Civ. IN° 408, RTD Civ. 1961.332, obs. Carbonnier), la Corte de Casación francesa resolvió que el comprador estaba impedido de optar entre invocar los vicios redhibitorios y la nulidad por error o, al menos, de invocar el error una vez expirado el plazo de prescripción de la acción redhibitoria (el artículo 1641 del Code obligaba a deducir la acción redhibitoria en un breve término *-bref délai-*, sin precisar su duración, la que quedó entregada a la jurisprudencia. La Ordonnance N° 2005-136, de 17.02.2005, modificó el artículo 1648, estableciendo el plazo de 2 años contados desde que se descubre el vicio).

En una etapa posterior, marcada por dos fallos de 1988 (Cass. 3ª Civ. 18.05.1988; Cass. 1ª Civ. 28.06.1988, D. 1989.450), la Corte de Casación volvió sobre sus pasos y resolvió: "La existencia de un vicio oculto no excluye, por sí misma, la posibilidad de invocar el error sobre las calidades substanciales de la cosa vendida" y que "La acción de nulidad interpuesta no esta sometida a las disposiciones especiales del artículo 1648 del CC, importando poco a este respecto que el error invocado fuera la consecuencia de un vicio oculto que impidiera que la cosa sirviera al uso al cual estaba destinada". En el primero de los fallos citados se reclamaba puesto que la carpintería y estructura de un inmueble estaban afectadas por termitas, en tanto que en el segundo pleito se litigaba puesto que, pese a que el certificado de venta acreditaba la ausencia de transformaciones notables, el vehículo era el resultado de un ensamblaje de dos vehículos accidentados, realizado por un carrocerero, a petición del demandado.

Finalmente, con un célebre fallo de la primera sala civil de la Corte de Casación de 14.05.1996 (BOULANGER, David, Erreur, non conformité, vice caché: la fin d'une confusion, JCP 1996.I.158 j; D. 1998.305, obs. Jaula-Seseke), se produce un nuevo vuelco jurisprudencial, regresando a la doctrina de 1960. En la especie el actor reclamaba contra la sociedad que le había vendido un lote de tejas que, según el peritaje practicado en autos, presentaban exfoliaciones y trizaduras que obligaban a reemplazarlas íntegramente. La Corte resolvió que: "Los vicios ocultos se definen como un defecto que torna la cosa impropia a su uso normal". "Esta impropiedad no resulta de que los productos sean diferentes de aquellos objeto de la orden de compra, sino de que estén afectados por un vicio, en el sentido del artículo 1641". "Siendo los vicios ocultos el único fundamento posible de la acción intentada, la Corte de Apelaciones no tenía por qué indagar si el actor podía pretender una indemnización de perjuicios fundado en el error".

MANRESA y NAVARRO, SCAEVOLA, DE DIEGO, afirma que "En la doctrina científica española clásica ha sido frecuente explicar el régimen de responsabilidad del vendedor como una concreta aplicación de la doctrina del error en sede de compraventa. Desde ese punto de vista, la razón por la cual el comprador de una cosa defectuosa puede ejercitar las acciones edilicias sería que al contratar habría padecido un error que viciaría su consentimiento, error consistente en presuponer que la cosa que pretende adquirir carece de imperfecciones preexistentes al tiempo de la celebración del contrato"¹⁷. Naturalmente, el partido que se adopte influye en la coordinación de las acciones, ya que de acogerse esta tesis, la regulación de la acción redhibitoria excluiría la posibilidad de invocar la nulidad por error por aplicación de la regla según la cual la norma especial deja inaplicable la general, tesis que DE VERDA y BEAMONTE descarta, al igual que un sector autorizado de la doctrina española, entre los cuales se cuenta ESPÍN CÁNOVAS, MORALES MORENO, DíEZ-PICAZO/GULLÓN, BALLESTEROS, que sostiene la compatibilidad de ambas acciones¹⁸. La jurisprudencia del Tribunal Supremo también la acepta¹⁹.

¹⁷ Cfr. DE VERDA y B., José Ramón, *Saneamiento por vicios ocultos*, op. cit., pp. 185 y ss.; consúltese también FENOY PICÓN, Nieves, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 1996, pp. 117 y ss.: "De todas las fundamentaciones que se han atribuido a las acciones edilicias, ésta del error parece ser la que recibe un mayor número de adhesiones doctrinales". La misma autora analiza con profusión de fuentes el error como fundamento de las acciones edilicias en la doctrina francesa del siglo XIX, en la doctrina española del siglo XIX y en la doctrina y jurisprudencia actual.

¹⁸ DE VERDA y B., *Saneamiento por vicios ocultos*, op. cit., p. 189.

¹⁹ El Tribunal Supremo descartó que "pueda ser obstáculo para la declaración de nulidad la posibilidad del ejercicio de otras acciones por parte del comprador, como la que en su favor reconoce el artículo 1486 del Código Civil, que es aplicación del principio de nulidad por error, pues ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponde a aquel a quien asisten". En la especie se trataba de un contrato de compraventa de un edificio que, por estar afectado por las alineaciones del plano de la zona de ensanche

II. LAS ACCIONES EDILICIAS Y LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

14. *Expirado el plazo para el ejercicio de las acciones edilicias, el comprador pudiera tener interés en invocar, en lugar de la nulidad por error (o en forma conjunta pero subsidiariamente), la resolución por incumplimiento (artículos 1873 y 1489).* Recordemos que el vendedor está obligado a *entregar lo que reza el contrato (artículo 1828)*, obligación que, naturalmente, debe ejecutarse de buena fe (artículo 1546). Ahora bien, *la obligación de entregar es una obligación compleja*, que comprende varias otras obligaciones: desde luego la entrega propiamente tal, la de efectuarla en el lugar y tiempo debidos, con sus frutos y accesorios y, en general, de entregarla *en la forma convenida* y la de conservarla hasta la entrega (artículo 1550)²⁰. *El comprador, en lugar de ejercer una acción edilicia, invocará entonces que la entrega de una cosa viciada importa un incumplimiento de la obligación de entregar, que lo autoriza a demandar el cumplimiento o la resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios (artículos 1873 y 1489)*²¹, para lo cual dispone del plazo de cinco años, contados desde que la obligación se hizo exigible (artículos 2514 y 2515)²². Esta alegación se verá enormemente facilitada si en el contrato se

de la población para ser segregado y convertido en vía pública, podía ser expropiado, lo que se ocultó al comprador, como también que se habían realizado obras de reconstrucción sin la respectiva licencia del ayuntamiento. STS 06.06.1953 (RJ 1953.2067), citada por DE VERDA, op. cit., p. 202, nota al pie N° 36, y FENOY PICÓN, Nieves, op. cit., p. 136.

²⁰ "Si el vendedor no entrega la cosa en el lugar y en la época debidos, si entrega otra diversa de la que se vendió, si no la entrega en la forma pactada o si no entrega sus frutos y accesorios, el comprador está en su perfecto derecho para pedir el cumplimiento exacto del contrato o su resolución, con indemnización de perjuicios" (ALESSANDRI R., Arturo, *De la Compraventa...*, T. II, N° 1, p. 993).

²¹ El artículo 1873 no es sino una aplicación de la resolución por incumplimiento del artículo 1489, a punto que bien pudiera haberse omitido. Cfr. ALESSANDRI R., Arturo, *De la Compraventa...*, T. II, N° 1634, p. 497).

²² "Igualmente, si el vendedor no entrega las mercaderías de la calidad convenida o si no las entrega sanas y de regular calidad cuando ninguna se señaló, el comprador puede pedir la entrega de otras que reúnan esas condiciones o la resolución del contrato, porque la no

había estipulado expresamente que la cosa reuniría tales características o especificaciones que no se han respetado.

15. Recordemos que las reglas de las acciones edilicias son también aplicables a la compraventa mercantil, aun cuando en esta última prescriben en seis meses contados desde la entrega real de la cosa (artículo 154 CCO). Respecto a la acción resolutoria, el artículo 156 CCO consagra una regla análoga a la de los artículos 1873 y 1489 CC. *En consecuencia, lo que se dice de la compraventa civil rige también para la compraventa mercantil, sin perjuicio de que en esta última existen reglas especiales en cuanto a la recepción de las mercaderías*, que pueden impedir o dificultar una reclamación posterior²³, dificultades que se ven agravadas cuando el crédito por el saldo de precio insoluto ha circulado²⁴.

16. *Lamentablemente, no siempre es fácil discernir entre un auténtico vicio redhibitorio y una entrega defectuosa que autoriza a demandar la resolución*²⁵. Así, si "habiendo comprado sal nitrificada en una concentración del 0,8%, la vendedora entregó sal de cura en una concentración

entrega de mercaderías de la calidad convenida o de calidad sana y regular importa una infracción de aquel que en el hecho se traduce por la falta de entrega de la cosa misma (ALESSANDRI R., Arturo, *De la Compraventa...*, T. II, N° 1023, p. 995).

²³ Véanse el artículo 155, que dispone que "Puesta la cosa a disposición del comprador y dándose por satisfecho de ella, deberá pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados"; los artículos 158, 159 y 160 contienen reglas especiales. Cfr. ALESSANDRI R., Arturo, *De la Compraventa...*, T. II, N° 1514, p. 369.

²⁴ Si el vendedor cedió el crédito conforme a las reglas de la cesión de créditos mercantiles, regirá el artículo 163 CCO; si se ha cedido el crédito incorporado en la factura conforme al procedimiento que regula la ley N° 19.983, regirán los artículos 3°, 4° letra b), 5° letra c) y 10 de dicha ley.

²⁵ Así, del análisis que efectúa ALESSANDRI acerca del fundamento y objeto del saneamiento por vicios redhibitorios fluye la proximidad entre ambas instituciones: "El objeto de esta obligación—de saneamiento de los vicios redhibitorios—, en síntesis, es realizar uno de los aspectos de la obligación de entregar, cual es, entregar una cosa útil y servicial" (ALESSANDRI R., Arturo, *De la Compraventa...*, T. II, N° 1410, p. 254).

cercana al 8%²⁶, ¿se tratará de un vicio redhibitorio o de incumplimiento de la entrega o, incluso, concurrirán los requisitos de ambas, quedando el comprador habilitado para optar? Para fijar la frontera serán relevantes los términos de la convención, la “utilización convencionalmente prevista”²⁷; la acción redhibitoria está limitada a los defectos que impiden que la cosa sirva para su uso natural, en tanto que la acción resolutoria procede por incumplimiento de cualquier disconformidad entre lo convenido y lo entregado²⁸.

1) *Las diferencias de régimen de las acciones edilicias y de resolución por incumplimiento*

17. *El régimen de las acciones edilicias difiere sustancialmente del de la acción resolutoria, de lo que resulta el interés por determinar el campo de aplicación de cada una.* En las líneas que siguen abordaremos la sanción de las acciones edilicias (¿rescisión o resolución?) para identificarla o distinguirla de la resolución por incumplimiento a), los daños que permiten reparar b) y el plazo de prescripción cada una y, especialmente, de la acción de perjuicios c)²⁹.

²⁶ Cfr. infra N° 27: C. Suprema, 27.07.2005, Rol N° 5.320-03, “Cecinas La Preferida con Comercial Salinak Limitada”.

²⁷ En la jurisprudencia francesa, la Corte de Casación ha sancionado con la resolución por infracción de la obligación de entregar situaciones limítrofes con los vicios ocultos; recurriendo a la fórmula “l’utilisation contractuellement définie” (defecto que afectaba un revestimiento, Civ. 1ª, 17.06.1997, Bull I N° 205) o “l’utilisation conventionnellement prévue” (vehículo para lisiados con sobrecarga permanente, Civ. 1ª, 17.06.1997, Bull I N° 206).

²⁸ Nótese que las partes también pueden hacer redhibitorios vicios que naturalmente no lo son (artículo 1859).

²⁹ Interesa también por los efectos de la recepción de la cosa (cfr. supra N° 15 y notas al pie N°s. 24 y 25), la procedencia y efectos de las cláusulas modificatorias de responsabilidad, cuestiones que no analizaremos por exceder el propósito de este trabajo.

a) *La sanción de las acciones edilicias ¿rescisión o resolución?*

18. *En Chile, al igual que en Francia, las acciones edilicias se sancionan con la resolución de la venta, de modo que en esta parte existe una identidad de efectos con la resolución por incumplimiento de los artículos 1873 y 1489.* Desde este punto de vista, las acciones edilicias no serían sino una acción resolutoria especial, con un régimen diverso de la acción resolutoria de derecho común, contemplada en los artículos 1873 y 1489.

El artículo 1857 del CC define la acción redhibitoria como aquella que tiene por objeto que se “rescinda” la venta, sanción que se confirma en los artículos 1861 y 1868. Es sabido que en nuestro país la voz “rescisión” se emplea como sinónimo de nulidad relativa; sin embargo, la doctrina³⁰ y la jurisprudencia nacional³¹ afirman que el artículo 1857 contiene una impropiedad de lenguaje del Código, toda vez que las acciones edilicias conducen a la resolución de la venta³².

La conclusión parece acertada si se considera que el artículo 1824 menciona el saneamiento como una “obligación” que surge de la compraventa. Se trata nada menos que de discernir si las acciones edilicias dicen relación con un vicio constitutivo del negocio que impide que se forme

³⁰ “Nuestro Código dice impropriamente que el comprador puede pedir la *rescisión* de la venta, creyendo tal vez que los vicios redhibitorios importan un error de su parte. A nuestro juicio, el legislador ha incurrido en un error al hablar de *rescisión* y habría sido preferible que hubiera dicho *resolución*, como lo hacía el Proyecto” (ALESSANDRI R., Arturo, *De la Compraventa...*, T. II, N° 1452, p. 304; en cuanto a la diferencia entre rescisión y resolución, véase el N° 1635, p. 498). En el mismo sentido, DIEZ DUARTE, Raúl, *La Compraventa en el Código Civil Chileno*, ConoSur, 1993, N° 231, p. 168.

³¹ “...aun cuando el legislador califica constantemente la acción por vicios redhibitorios como una acción rescisoria, lo cierto es que, en verdad, es una acción resolutoria especial y con reglamentación diferente a la regla general del artículo 1489 del texto legal citado”. C. Suprema, 27.07.2005, Rol N° 5.320-03, “Cecinas La Preferida con Comercial Salinak Limitada” (cons. 5°).

³² El Código de Comercio incurrió en la misma impropiedad (artículo 156 CCO).

válidamente o de la ejecución de obligaciones de un contrato válidamente formado. En cuanto a los precedentes, el artículo 1857 tuvo como fuente el artículo 1641 del Code. Sin embargo, es relevante que en el Proyecto de 1842 tanto el artículo 1857 como el 1861 aludían a la resolución en lugar de la rescisión. El artículo 1868 sólo apareció en el proyecto inédito.

19. En el *Derecho Español*, el artículo 1461, al igual que el 1824 del CC chileno, dispone que el vendedor "está obligado" al saneamiento de la cosa, y el artículo 1486 prescribe que el saneamiento da lugar a la "rescisión" de la venta. Sin embargo, en España "la acción redhibitoria, tal y como sostiene un autorizado sector de la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene naturaleza rescisoria"³³. No puede sino causarnos asombro el que la misma institución, con idénticas raíces, contenida en códigos que usaron el mismo modelo, pueda ser concebida en forma tan disímil en materia tan importante por la doctrina y jurisprudencia española y chilena.

b) Los daños a reparar: la garantía y la responsabilidad

20. Las acciones edilicias sólo permiten reparar los daños causados en la cosa objeto del contrato (sólo la restitución o la rebaja del precio³⁴), mas no los daños causados por la cosa objeto del contrato, esto es, los daños causados a cosas distintas de aquella objeto del contrato o los daños causados a la persona del comprador

³³ DE VERDA y B., José Ramón, *Saneamiento por vicios ocultos*, op. cit., p. 246. En tal sentido cita autores como DE BUEN, MUCIUS SCAEVOLA, BORREL y SOLER, VALVERDE y VALVERDE, MORALES MORENO, SANTOS BRIZ y abundante jurisprudencia. La doctrina contraria, partidaria de calificar las acciones edilicias como resolutorias, es defendida por CASTÁN TOBEÑAS, PUIG PEÑA, CLEMENTE MEORO, DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN/GULLÓN BALLESTERO (op. cit., p. 210).

³⁴ "El comprador no puede exigir, en lugar de ejercitar las acciones que concede el artículo 1860, que el vendedor repare los vicios de la cosa", sino solamente la restitución o la rebaja del precio, salvo que el vendedor se allane a repararla. ALESSANDRI R., Arturo, *De la compraventa...*, T. II, N° 1460, p. 311. Compárese con artículo 21 LPC.

o de un tercero. En tal sentido, debe distinguirse claramente la *garantía* de la *responsabilidad*³⁵.

21. La distinción cede en caso de mala fe del vendedor, en que será obligado "no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de los perjuicios" (artículos 1861 y 1865)³⁶⁻³⁷.

22. En consecuencia, atendiendo a los daños a reparar, parece evidente que al comprador le resulta favorable el ejercicio de la acción resolutoria de los artículos 1873 y 1489, toda vez que podrá ejercer conjuntamente la acción indemnizatoria reclamando la reparación de todos los perjuicios sufridos.

Veremos a continuación que las reglas que rigen la prescripción pueden incluso privar del legítimo derecho a la reparación del comprador.

³⁵ La misma denominación (garantía de los vicios) evoca que se trata de una institución diversa de la responsabilidad (contractual o extracontractual). La distinción se revela también en que las acciones edilicias no requieren un elemento subjetivo (culpa o dolo) del vendedor, como ocurre en la responsabilidad: basta que se demuestre que la cosa estaba afectada a un vicio oculto al momento del contrato. Tratándose de instituciones distintas, es normal también que en la Unión Europea se hayan dictado directivas diferentes para regular cada una de ellas (Directiva Europea N° 85/374, de 25/07/1985, sobre responsabilidad por productos defectuosos y Directiva Europea 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo).

³⁶ Acerca del artículo 1861, consúltese ALESSANDRI R., Arturo, *De la compraventa...*, T. II, N° 1469 a 1472, pp. 321 y ss.; DIEZ D., Raúl, *La compraventa...*, N° 231, p. 169.

³⁷ El artículo 1861 fue tomado del artículo 1645 del Code. Es interesante destacar que la jurisprudencia gala estableció el principio de que el fabricante y el vendedor profesional conocen o debe conocer los vicios de la cosa, de modo que responden siempre de todos los perjuicios sufridos por el comprador. En otras palabras, la jurisprudencia gala estableció una verdadera presunción de mala fe para el fabricante y vendedor profesional, con lo que construyó un sistema de responsabilidad sobre el sistema de garantía. En nuestro país la mala fe debe probarse, por lo que si no logra demostrarse, el comprador sólo puede obtener, mediante la acción resolutoria, la restitución o la rebaja del precio, mas no la indemnización.

c) La prescripción de las acciones y, especialmente, de la acción de perjuicios

23. Ya hemos citado en innumerables ocasiones los plazos de prescripción de la acción redhibitoria y estimatoria (artículos 1866, 1867 y 1869) y de la resolución por incumplimiento (artículos 2514 y 2515), de modo que no volveremos sobre ese punto³⁸.

2) La coordinación entre las acciones edilicias y la resolución por incumplimiento

24. Hemos visto someramente las diferencias de régimen de las acciones edilicias y de la acción resolutoria por incumplimiento. Volvamos ahora a la pregunta inicial: ¿podrá el comprador optar entre una u otra?

25. En Francia, después del célebre vuelco jurisprudencial de 5.05.1993³⁹, confirmado por fallos posteriores⁴⁰, la Corte de Casación francesa parece haber resuelto definitivamente que "los vicios redhibitorios, que se definen como un defecto que hace que la cosa no sirva para su uso natural, no dan lugar al ejercicio de una acción de responsabilidad contractual, sino a una garantía cuyas modalidades están fijadas en los artículos 1641 y ss.". Los tribunales franceses distinguen entonces claramente el

³⁸ Se ha resuelto que la acción de indemnización de perjuicios es *accesoria* de la acción redhibitoria o de *quanti minoris*, de modo que no puede ejercerse en forma independiente de éstas y, además, prescritas las primeras, se extingue también la acción de indemnización. La mala fe del vendedor tampoco daría lugar a una acción de reparación en sede extracontractual (C. Suprema, 13.01.1944, RDJ 1944.I.25. Cfr. ALESSANDRI R., Arturo, *De la compra-venta...*, T. II, N° 1508, p. 363).

³⁹ Cass. 1ª Civ., 5/05/1993, D. 1993.507; CALAIS-AULOY, Jean, *Ne mélangeons plus conformité et sécurité*, D. 1993.I.130.

⁴⁰ Cass. Com, 26.04.1994, Bull. IV.159 (se trataba de la demanda entablada por el adquirente de un vehículo que reclamaba a la Volvo repetidas veces); en el mismo sentido, Cass. 1ª Civ., 14.05.1996, cuyos hechos y doctrina se refieren en nota al pie N° 15. Cfr. BÉNABENT, Alain, *Conformité et vices cachés dans la vente: l'éclaircie* (a propos des cinq arrêts des 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993), D. 1994.I. 115.

campo de aplicación de los vicios redhibitorios y de la resolución por incumplimiento: los primeros impiden que la cosa sirva para su uso natural, en tanto que la resolución sólo procederá en caso que ésta no sirva para otro especialmente previsto en el contrato⁴¹.

26. En España, el Tribunal Supremo ha recogido la doctrina del "*aliud pro alio*", que en esencia "consiste en la ficción de entender que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida, no sólo cuando pone en poder y disposición del comprador un bien materialmente distinto al vendido, sino también cuando la cosa que se le entrega es absolutamente inútil para el fin al que se la destina, por carecer de las cualidades previstas en el contrato o presupuestadas por las partes al tiempo de su celebración"⁴². Es evidente que, con esa doctrina, el Tribunal Supremo español pretende favorecer al comprador que omitió ejercer las acciones edilicias dentro del breve plazo que el legislador estableció al efecto, a saber, de seis meses contados desde la entrega, plazo que se reduce a cuarenta días en las ventas mercantiles y en las ventas de ganados y animales (artículos 1490, 1496 CC español y 325 CCO español), permitiéndole ejercitar las acciones derivadas del incumplimiento contractual dentro del amplio plazo de 15 años que contempla el artículo 1964 del CC español.

27. En Chile, la Corte Suprema ha dictado recientemente un fallo notable en el cual resolvió que la institución de los vicios ocultos se aplica "cuando entregada la cosa realmente vendida, ésta resulta tener un vicio existente al tiempo de la venta, pero que no puede ser advertido por el comprador"; en cambio, si la "la cosa entregada es otra", la acción redhibitoria sería improcedente y entonces "debemos volver a la regla general del artículo 1489 del Código Civil, ya que el incumplimiento del vendedor reúne todos los requisitos para que

⁴¹ En la especie, estando prescrita la acción por vicios redhibitorios, el comprador reclamaba la resolución de derecho común, puesto que las tejas compradas experimentaban un fenómeno de deslecho (división en capas), petición que fue rechazada. Cfr. supra N° 16.

⁴² DE VERDA y B., José Ramón, *Sanearamiento por vicios ocultos*, op. cit., p. 258.

proceda la resolución del contrato". En la especie, el actor demandó la resolución del contrato con indemnización de perjuicios y, subsidiariamente, los vicios redhibitorios, alegando que habiendo comprado sal nitrificada en una concentración del 0,8%, la vendedora entregó sal de cura en una concentración cercana al 8%. La sentencia resuelve expresamente que ambas acciones tienen campos de aplicación diferenciados, lo que permite sospechar también que, si se hubiera tratado de un auténtico vicio redhibitorio, el ejercicio de la acción resolutoria hubiera fracasado⁴³. Siguiendo la doctrina del mismo fallo, en el supuesto de entrega de una cosa distinta de la realmente vendida, procedería tanto la acción de nulidad por error como la de resolución por incumplimiento, a elección del comprador, en circunstancias que la primera acción supone un vicio que impide que el acto se forme, en tanto que la segunda, el incumplimiento de un negocio válidamente formado⁴⁴.

28. *Recapitulando, la situación del comprador es delicada*⁴⁵. De lege ferenda, la solución parece ser la extensión del plazo de prescripción de la

⁴³ "7º) Que, de acuerdo a las disposiciones que reglamentan la institución de los vicios ocultos, ellas se aplican cuando entregada la cosa realmente vendida, ésta resulta tener un vicio existente al tiempo de la venta, pero que no puede ser advertido por el comprador, lo que en este caso se cumple, como se encuentra establecido en autos. Pero ello sólo puede tener lugar cuando la cosa entregada es realmente la vendida, lo que no acontece en autos, donde la cosa entregada es otra, como ha quedado establecido en la sentencia de primer grado. Por ende, no cumpliéndose esta exigencia fundamental para aplicar la acción redhibitoria, debemos volver a la regla general del artículo 1489 del Código Civil, ya que el incumplimiento del vendedor reúne todos los requisitos para que proceda la resolución del contrato" (C. Suprema, 27.07.2005, Rol Nº 5.320-2003, "Cecinas La Preferida con Comercial Salinak Limitada").

⁴⁴ Así se desprende del cons. 5º, cfr. supra Nº 10.

⁴⁵ Si dejó transcurrir el plazo de prescripción de las acciones que le concede la LPC, podrá ejercer las acciones edilicias, con la limitante de que éstas sólo le permiten reclamar la garantía mas no la indemnización, salvo que logre rendir la difícil prueba de la mala fe (artículo 1861). Expirado el plazo para el ejercicio de las acciones edilicias, podrá ejercer la acción de nulidad por error, en la medida en que logre probar el vicio del consentimiento y con el inconveniente de que, en nuestro medio, la reclamación de la indemnización de los

LPC, que es francamente reducido. En el intertanto, una jurisprudencia dúctil pudiera ofrecer algún remedio. Las soluciones de la jurisprudencia francesa, con la presunción de mala del vendedor profesional, o española, con la doctrina del "aliud pro alio", pudieran servir como ilustraciones.

* * *

29. *Las dificultades a que nos hemos referido en este trabajo desaparecen si, en lugar de concebir una pluralidad de acciones, cada una de las cuales procede por causales específicas y sujetas a regímenes diversos, se concede al comprador una acción única, que reúne todas las causales de procedencia de las anteriores y sujeta a un régimen también único.* De esta forma se simplifica el sistema y se satisfacen los imperativos de seguridad jurídica.

perjuicios derivados de la nulidad de un contrato no tiene arraigo. Si opta por la resolución por incumplimiento en lugar de la nulidad, la acción procede y permite reclamar indemnización, según el fallo recién analizado, en la medida que la cosa entregada sea distinta de la realmente comprada. Si el comprador recibió la misma cosa comprada, pero viciosa, la acción resolutoria de derecho común, según el mismo fallo, parecería estar vedada. De ser así (misma cosa comprada, pero viciosa), el comprador tampoco podría intentar la acción de indemnización de perjuicios, no sólo porque, según la doctrina mayoritaria en nuestro medio, la acción indemnizatoria es accesoria de la de cumplimiento o de la de resolución, no pudiendo interponerse independientemente, sino además pues, según los fallos arriba citados, la acción de indemnización prescribe junto con las acciones edilicias. En ese contexto, el comprador pudiera pretender ejercer la acción de cumplimiento, unida a la de indemnización, conforme lo permite el 1873 y 1489, a lo que el vendedor seguramente responderá que ya cumplió; que si la cosa tiene un vicio oculto, las acciones edilicias excluyen la de cumplimiento, según el principio de especialidad; y agregará que la acción de indemnización está también prescrita, por ser accesoria de la redhibitoria o de *quanti minoris*. La acción de responsabilidad extracontractual puede ofrecer una salida, en la medida en que se haya obtenido una condena en lo infraccional. Si decide accionar por la vía extracontractual, topará con la doctrina tradicional en Chile, que niega el cúmulo u opción de responsabilidades (contractual y extracontractual). Naturalmente, si ha obtenido una condena en el procedimiento infraccional, cabrá la opción del afectado, lo que es también generalmente aceptado en Chile. Si los daños que se reclaman no provienen del incumplimiento de una obligación contractual, nos encontraremos en una hipótesis de concurrencia de daños y nada impide que los extrínsecos al contrato sean reclamados por la vía extracontractual.

30. Este fue el camino seguido por la *Convención de La Haya* (artículo 19 inciso 1) y luego, señaladamente, por la *Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, que estableció la obligación del vendedor de entregar una cosa conforme a las estipulaciones del contrato (artículo 35). La Convención de Viena inspiró a su vez la *Directiva Europea 1999/44, de 25.05.1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, que dispone que "El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa" (artículo 2). Los Estados miembros de la Unión Europea debían transponer los preceptos de la directiva a sus ordenamientos internos a más tardar el 1º de enero de 2002, de tal suerte que, con mayor o menor retardo, sus disposiciones son hoy día derecho vigente en los países de la Unión Europea⁴⁶.

31. Debido a las naturales limitaciones en cuanto a la extensión de esta ponencia, impuestos por los organizadores de estas Jornadas, no podemos analizar en detalle el sistema de la Convención de Viena y de la Directiva Europea 1999/44, sistema que, junto a la concurrencia entre las acciones que concede la legislación especial sobre protección al consumidor y las que confiere el Derecho común, esperamos abordar en un trabajo posterior.

⁴⁶ La Directiva se incorporó al Derecho alemán mediante ley de 1.01.2002; al Derecho español mediante ley 23/2003, de 10.07.2003, y al Derecho francés mediante la Ordonnance 2005-136, de 17.02.2005.

LA CALIFICACIÓN CONTRACTUAL Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

RODRIGO LEÓN URRUTIA*

Universidad Alberto Hurtado

INTRODUCCIÓN

La calificación jurídica no ha sido tratada en forma sistematizada en nuestra doctrina nacional y, menos, la calificación contractual. Parte de la doctrina civil chilena más respetada, es decir, la más antigua, ha buscado ordenar el proceso de calificación dentro de las reglas de interpretación jurídica.

Recientemente, en Chile han aparecido artículos que abordan el tema de la calificación, tangencialmente, al tratar los conjuntos contractuales, lo que plantea la necesidad de abocarse al estudio de la calificación jurídica y, particularmente, de la calificación contractual, como un fenómeno que amerita un análisis sistemático y más profundo.

Nuestro estudio busca ofrecer ciertas herramientas lógicas para determinar el estatuto aplicable a contratos innominados, clase de contrato que por sí misma requiere de la calificación como condición de subsistencia.

*Abogado. Posgrado en Derecho Universidad de Montpellier I. Doctor © en Derecho Privado, Universidad de Montpellier I. Profesor de Derecho Civil Universidad Alberto Hurtado.

LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

Jorge Adame Goddard

Sumario: I. Introducción; II. Enumeración (a. 30); III. Entregar las mercancías (aa. 31 a 33); IV. Entregar los documentos necesarios (a. 34); V. Contratar transporte y seguro (a. 32); VI. Entregar mercancías conformes con el contrato (aa. 35, 36, 38, 39, 40 y 44); VII. Entregar mercancías libres de gravámenes y derechos de tercero (aa. 41, 42, 43 y 44); VIII. Transmitir la propiedad (aa. 4 b y 30); IX. Tomar medidas para la conservación de las mercancías (aa. 85 y 86); X. Tomar medidas para reducir las pérdidas (a. 77).

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se estudian las obligaciones del vendedor en la compraventa internacional tal como están definidas en la *Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías* (Viena 1980)¹, que está en vigor en México desde el 1 de enero de 1989². Al mes de junio de 1991 estaba ya en vigor en treinta y un países más³, por lo que se va convirtiendo en el instrumento jurídico más importante en materia de contratación internacional.

¹ La versión oficial en español puede consultarse en **Conferencia de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías**, Naciones Unidas, Nueva York, 1981. Número de documento oficial de la ONU: A/CONF. 97/19

² Publicada en el **Diario Oficial**, el 17, 03, 88.

³ En junio de 1991 estaba en vigor en: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Guinea, Hungría, Irak, Italia, Lesotho, México, Noruega, Países Bajos, República Árabe Siria, Rumania, Rusia, Suecia, Suiza, Yugoslavia y Zambia, de acuerdo con el documento oficial de las Naciones Unidas con signatura A/CN. 9/353 del 5 de junio de 1991.

Para México es especialmente importante el estudio de este documento porque está ya en vigor en Estados Unidos y Canadá, por lo que será la ley aplicable a las compraventas que se realicen en la futura zona norteamericana de libre comercio. También está ya en vigor en Chile, con quien México tiene acordado un tratado de libre comercio.

II. ENUMERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

El artículo 30 establece que son obligaciones del vendedor: entregar las mercancías, entregar los documentos relacionados con ellas y transmitir su propiedad. Pero en otros artículos se determinan otras obligaciones del mismo: contratar el transporte y/o seguro; custodiar las mercancías que el comprador no ha recogido (aa. 85-86) y tomar medidas para reducir las pérdidas que puede sufrir a consecuencia del incumplimiento del comprador (a. 77).

Las obligaciones que menciona el artículo 30 son las obligaciones esenciales del vendedor aunque se reducen, en el fondo, a una sola: entregar las mercancías, lo cual ordinariamente exige la contratación de un transporte y la entrega de los documentos necesarios para el control de las mercancías, y conlleva, casi siempre, la adquisición de la propiedad de las mismas. Ésta es la obligación peculiar y específica que produce el contrato de compraventa a cargo del vendedor.

La obligación de contratar un transporte queda subsumida en la obligación de entregar cuando es el vendedor quien debe entregar las mercancías en el lugar de destino. En cambio, cuando el vendedor entrega las mercancías en un lugar diferente, desde el cual serán conducidas al lugar de destino, la obligación de contratar el transporte se produce por efecto de una cláusula o convenio especial en el contrato de compraventa.

La obligación de tomar medidas para conservar las mercancías y la de tomar medidas para evitar pérdidas son obligaciones, no peculiares

del contrato de compraventa, sino derivadas del régimen de buena fe o reciprocidad contractual ⁴, que exige, en cualquier tipo de contrato y no sólo en la compraventa, que las partes se ayuden recíprocamente a evitarse daños o pérdidas.

La obligación de tomar medidas para reducir pérdidas tiene la característica de que no es exigible directamente por el comprador, ya que no hay un recurso por el que el comprador puede demandar al vendedor por no haber tomado esas medidas, sino que es exigible sólo indirectamente, como compensación, cuando el vendedor reclama una indemnización por daños y perjuicios.

III. ENTREGAR LAS MERCANCÍAS

Ésta es la obligación específica del vendedor y la que se considera característica del contrato de compraventa. La *Convención* regula el contenido de esta obligación, cuando no hay convenio de las partes sobre esta materia, pero es frecuente que las partes convengan algo al respecto. Cuando conviene alguna de las modalidades de la compraventa internacional conocidas por sus siglas, como compraventa CIF (*cost, insurance and freight*), FOB (*Free on board*), FCA (*Free carrier*), o por cualquier otra sigla de uso general, están conviniendo también modalidades de entrega. Por eso, en esta materia debe tenerse siempre presente la interpretación de estos términos comerciales, elaborada por la Cámara Internacional de Comercio, conocida como INCOTERMS ⁵, que viene a ser obligatoria, sea porque las partes la invocan expresamente, sea como uso comercial tácitamente convenido, de acuerdo con el a. 9-2.

⁴ Ver el a. 7-1 que establece como objetivo de la convención. asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

⁵ La última edición es de 1990 (*International Chamber of Commerce, INCOTERMS*, 1990, París, 1990). Una explicación y análisis del contenido de estos INCOTERMS: Ramberg, J., *Guide to Incoterms*, 1990, París, ICC Publishing S.A., 1991.

1. Contenido de la Obligación de Entregar

Se distingue aparentemente el contenido de esta obligación, según se trate de compraventas que impliquen el transporte de las mercancías o no lo impliquen. En el primer caso, la entrega de las mercancías consiste en «ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador» (a. 31-a). En el segundo consiste en «ponerlas a disposición del comprador» en un lugar determinado (a. 31-b y c). En realidad, en el caso de mercancías que se entregan al porteador para que las traslade al comprador, las mercancías que se ponen «en poder» del porteador, se ponen ciertamente a «disposición del comprador» que podrá recogerlas cuando lleguen a su destino. Esto ocurre tanto si el vendedor contrata y paga el transporte (por ejemplo en una compraventa CIF o CPT *–carriage paid to–*) como si lo contrata y paga el comprador (como en una compraventa FOB o FCA). Se puede entonces concluir que la obligación de entregar consiste en poner las mercancías a disposición del comprador ⁶, de modo que éste pueda tomar posesión de ellas ⁷. El poner las mercancías a disposición del comprador exige del vendedor ciertas conductas. En primer lugar, como lo dice el a. 32-1, exige que haya identificado «claramente» las mercancías, ya que de otro modo el comprador no podría saber cuáles mercancías son las que efectivamente están a su disposición. En compraventas que no implican el transporte, le exige que avise al comprador que las mercancías están a su disposición en un determinado lugar. En compraventas que implican el transporte, le exige avisar al comprador que las mercancías le han sido despachadas a su nombre, o al de la persona que el propio comprador determinara, por un determinado medio de transporte y a un cierto lugar

⁶ Coinciden Garro-Zuppi, *La convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías en el contexto latinoamericano*, Buenos Aires, 1990 (en lo sucesivo se citará *Garro-Zuppi*) p.122; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, Wien, 1986 (en lo sucesivo, *Slechtriem*), p.65.

⁷ Así se entiende también en los *Comentarios sobre el proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, preparados por la Secretaría de la CNUMDI* (en los sucesivos *Comentarios Secretaría*) que puede consultarse en el documento oficial de Naciones Unidas con signatura A/CONF.97/19.

de destino, previamente convenidos ⁸. Además le exige que proporcione al comprador los documentos o la información necesaria para poder recoger las mercancías ⁹.

Las anteriores consideraciones ¹⁰ hacen ver que el vendedor no ha cumplido su obligación de entregar en los siguientes casos:

- Cuando avisa al comprador que ya puede pasar a recoger las mercancías a un determinado almacén, pero éstas no están todavía claramente identificadas (o especificadas), esto es contadas, medidas o pesadas y separadas mediante marcas, o alguna otra forma, de otras mercancías semejantes ¹¹.
- Cuando ha puesto las mercancías en poder del porteador, pero no ha avisado de esto al comprador ni le ha dado la información o documentos necesarios para disponer de ellas en el lugar de destino. Ni cuando el vendedor, habiendo puesto las mercancías en poder del porteador y habiendo avisado de ello al comprador, las envía a una persona o lugar equivocado.

Si se interpretara literalmente el artículo 31-a en el sentido de que la obligación de entregar en contratos que impliquen el transporte consiste exclusivamente en «poner las mercancías en poder del porteador», sin más aclaración, se llegarían a conclusiones absurdas, como la de que el vendedor cumple poniendo las mercancías en poder del porteador sin tener que avisar de esto al comprador, o que cumple aunque las haya enviado a un lugar distinto del convenido.

⁸ Esto lo apoya la frase final del inciso a del a. 31 que dice que el vendedor debe entregar las mercancías al porteador para que «las traslade al comprador», es decir para que las lleve al lugar y a la persona convenidos.

⁹ Esto puede relacionarse con la obligación de entregar documentos, que se analiza más abajo. A veces, no precisa el comprador documentos para recoger las mercancías, sino una orden del vendedor al administrador de un almacén para que las entregue, o bien conocer el número de la guía de embarque que las ampara.

¹⁰ Con las cuales coincide **Schlechtriem**, p.65.

¹¹ Por lo tanto, cuando el comprador, por efecto del contrato, tiene derecho a hacer la especificación de las mercancías (a. 65), el vendedor requiere de su cooperación para cumplir su obligación de entregar; no obstante si el comprador incurre en mora de esta obligación de especificar, el vendedor la puede hacer unilateralmente y cumplir con la obligación de entregar.

La obligación del vendedor de entregar las mercancías puede implicar otras conductas, según el tipo de compraventa de que las partes hayan pactado. Puede implicar, por ejemplo en una compraventa FOB (*Free on Board*), que el vendedor ponga las mercancías a bordo de la nave, lo que significa que debe contratar y pagar el transporte y carga de las mercancías hasta ese punto; en cambio, en una compraventa EXW (*ex works*) es el comprador quien tiene que recoger las mercancías en el almacén del vendedor y pagar los gastos de estibamiento y transporte.

2. Objeto de la Entrega

El vendedor está obligado a entregar las mercancías «cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato» (a. 35-1) y que estén «libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero» (a. 41). Cuando el vendedor entrega mercancías que no corresponden exactamente con el contrato, por ejemplo en menor cantidad, de menor calidad o distinto color, cumple con su obligación de entregar las mercancías, pero es responsable porque no son conformes con el contrato ¹². Pero si entrega mercancías de distinta especie (por ejemplo una segadora en vez de un tractor) o de distinto género (papas en vez de frijoles) no ha cumplido su obligación de entregar ¹³.

3. Lugar de Entrega

En la compraventa internacional conviene distinguir entre el lugar donde deben entregarse las mercancías (lugar de entrega) y el lugar

¹² El contenido de esta obligación se desarrolla abajo no. 5.

¹³ Así opina Bianca en Bianca-Bonell, **Commentary on the International Sales Law**, Milán, 1987 (en lo sucesivo **Commentary**), p.273, apoyado en el comentario del proyecto de convenición preparado por el Secretariado de Naciones Unidas. Schlechtriem en cambio opina (p.67) que aun en el caso de entrega de una especie o un género por otro, el problema es de falta de conformidad de las mercancías, y no de incumplimiento de la obligación de entregar. La discusión no tiene aparentemente importancia, pues cualquiera que sea el planteamiento, el comprador afectado tendrá los mismos recursos para exigir responsabilidad y tendrá las mismas obligaciones de devolver y conservar las mercancías recibidas.

donde deban enviarse (lugar de destino). Éstos son lugares que las partes suelen convenir. Hay ventas en las que se conviene que el lugar de entrega sea el mismo que el lugar de destino, por ejemplo en las que el vendedor se obliga a entregar las mercancías en un lugar escogido por el comprador ¹⁴. En otras ventas, no hay un lugar de destino, ya que es el comprador quien recoge las mercancías en el almacén o establecimiento del vendedor, el cual constituye el lugar de entrega. Pero en la mayoría de las ventas, el vendedor tiene la obligación de entregar las mercancías a un porteador en un lugar determinado para que éste las conduzca a cierto destino. En estos casos se hace preciso distinguir entre lugar de entrega y lugar de destino. Lo cual tiene muchas consecuencias prácticas; por ejemplo, si un vendedor tenía obligación de entregar las mercancías el 7 de abril y éstas llegaron a su destino el 11 de abril no podrá afirmarse que el vendedor incurrió en mora de su obligación de entregar si entregó las mercancías al porteador el 7 de abril, aunque éstas hayan llegado a su destino cuatro días después ¹⁵.

En principio se respeta el lugar de entrega que las partes hayan convenido, según lo que dice el a.31, primer párrafo. A falta de convenio, se aplican las reglas establecidas en el mismo artículo. En muchos casos podrá ocurrir que comprador y vendedor convienen un lugar de destino, que es lo que más interesa al comprador, pero no un lugar de entrega. Así ocurre, por ejemplo, cuando convienen una compraventa CIF Manzanillo o cualquier otro lugar; Manzanillo es, de acuerdo con lo que significa el término CIF, el lugar de destino; pero no se ha convenido un lugar de entrega, por lo que para definirlo habrá que aplicar las reglas que da el citado artículo.

Dichas reglas señalan que el lugar de entrega será, si el contrato implica el transporte, el lugar donde se encuentre el primer porteador que conducirá las mercancías al comprador (a. 31 a). En algunos casos

¹⁴ Tal es el caso de las compraventas con una cláusula del grupo «D» de los *INCOTERMS*, como DAF (*delivered at frontier*) o DDP (*delivered duty paid*).

¹⁵ Sin embargo, podrá discutirse si el vendedor incumplió con su obligación de contratar un transporte adecuado; ver *infra* en 31.

(p.e. una compraventa CIF) será el vendedor quien tenga la facultad de escoger el medio de transporte y, por lo tanto, podrá definir también el lugar de entrega; en otros (p.e. una compraventa FOB) es el comprador quien escoge el medio de transporte y define el lugar de entrega.

En los contratos que no impliquen el transporte, si se trata de mercancías ciertas, el lugar de entrega es el lugar donde se encuentren; si se trata de mercancías que deben especificarse de entre un género determinado, es el lugar donde se encuentre ese género, y si se trata de mercancías que deban ser producidas o manufacturadas, es el lugar donde han de producirse o manufacturarse. Esta regla opera siempre y cuando las dos partes supieran, al momento de perfeccionarse el contrato, que las mercancías o el género del cual se especificarían se encontraban en ese lugar o habrían de ser producidas o manufacturadas en ese lugar (a. 31-b). Resulta así que la regla contiene un elemento objetivo: el lugar donde se encuentre, se produzcan o se elaboren las mercancías; y otro elemento subjetivo: el que ambas partes conozcan la existencia de ese lugar.

Si no se pudiera determinar el lugar de entrega conforme a los anteriores criterios, quizá porque alguna de las partes no sabía de la existencia del lugar donde estaban las mercancías, el lugar de entrega es el lugar donde el vendedor tuviera su establecimiento en el momento de la celebración o perfeccionamiento del contrato (a. 31-c).

La determinación del lugar de entrega puede ser importante para determinar si hay incumplimiento o no del vendedor de su obligación de entregar, y también para definir a quién corresponden los gastos de transporte hasta el lugar de entrega y el pago de impuesto y derechos por exportación e importación de mercancías.

4. Momento de la Entrega

En principio el momento de entrega es la fecha que se haya determinado en el contrato o que «pueda determinarse» con arreglo al mismo contrato (a. 33-a). Que «pueda determinarse» una fecha de

acuerdo con el contrato puede significar que en un contrato escrito se fijaron criterios para determinarla, como «diez días después de haber producido o cosechado las mercancías». Pero puede también significar que en la correspondencia que intercambian las partes, la cual constituye fuente de interpretación del contrato (a. 8-3) o convenios modificativos del contrato (a. 29), se definen criterios para fijarla. Asimismo es posible que la fecha de entrega puede definirse de acuerdo con usos y costumbres que las partes hayan convenido (a. 9-1) o que por disposición de la Convención son aplicables al contrato (a. 9-2).

Si el contrato determina, o con arreglo al mismo puede determinarse, no una fecha, sino un plazo de entrega, el momento de entrega será, por lo general, la fecha que escoja el vendedor dentro de ese plazo (a. 33-b). Esta regla atiende al hecho de que ordinariamente el vendedor tiene que hacer varios arreglos previos a la entrega de las mercancías, como especificarlas, empacarlas, contratar un transporte o seguro, etcétera, por lo que resulta conforme con la buena fe que sea el propio vendedor el deudor de la obligación quien defina la fecha de entrega a su conveniencia. Sin embargo, esta regla no es absoluta, pues el mismo artículo dispone que sea el comprador quien determine la fecha, cuando de «las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha». Esto puede suceder, por ejemplo, en el caso de una compraventa FOB en la que es el comprador quien escoge la fecha y el medio de transporte, de acuerdo con los INCOTERMS¹⁶, o en una compra de granos que deben ser almacenados en silos que el comprador debe arrendar previamente.

Finalmente, si no puede determinarse ni una fecha ni un plazo de entrega, entonces el momento de entregar es el que se determine «dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato» (a. 33-c). Cabe pensar que la parte que fije la fecha es la que le corresponda hacerlo según los criterios arriba vistos. Cuál sea el «plazo razonable» dependerá de las circunstancias del contrato (como el tipo

¹⁶ INCOTERMS 1990, FOB B-7.

de mercancía, la forma de pago, las cláusulas de garantía o de condicionamiento de las obligaciones) y de las partes (como distancia que hay entre ellas, experiencia en el comercio o necesidades que tengan de recibir la mercancía o el precio).

IV. CONTRATAR TRANSPORTE Y SEGURO

1. Contratar Transporte

La compraventa internacional requiere el transporte de las mercancías. El contrato de transporte lo puede celebrar el comprador o el vendedor, según lo que ellos hayan acordado en el contrato de compraventa. En las compraventas en que el comprador recoge la mercancía en el lugar donde éstas se encuentran¹⁷, el comprador contrata por sí mismo el transporte. También suele ser el comprador quien contrata el transporte en las compraventas tipo FOB o semejantes¹⁸, en las que el vendedor debe entregar las mercancías al porteador que designe el comprador¹⁹. En cambio, en las compraventas en que el vendedor debe entregar las mercancías en el lugar de destino, como una compraventa DAF (*delivered at frontier*)²⁰ o enviarlas, por cuenta del comprador, a un lugar determinado, como una compraventa CIF, es el propio vendedor quien tiene obligación de contratar el transporte²¹.

¹⁷ Ver arriba 2.3.

¹⁸ INCOTERMS 1990 FOB B-3. Lo mismo se conviene en ventas que contenga cualquiera de los términos comerciales del grupo «F».

¹⁹ En este tipo de ventas, aunque el vendedor no tiene obligación de contratar el transporte, sin embargo suele suceder que el vendedor, entendiendo que hace un servicio a su cliente, contrata el transporte y a veces hasta paga el flete. Cuando el vendedor hace esto, como no lo hace en cumplimiento de una obligación, el comprador corre con todos los riesgos y gastos que se deriven de ello. Ver Ramberg, J., *Guide to incoterms 1990*, Paris, 1991 p.16.

²⁰ O en general, con cualquier término comercial del grupo D.

²¹ Podrá discutirse si el vendedor tiene la obligación de contratar el transporte a su nombre y cuenta, o a nombre y cuenta del comprador; pero en todo caso tiene obligación de contratarlo.

En los casos en que el vendedor tiene la obligación de contratar la conducción de las mercancías, debe contratar medios de transporte «adecuados a las circunstancias» y en las «condiciones usuales para tal transporte» (a. 32-2). Medios de transporte «adecuados a las circunstancias» significa, entre otras cosas, que sean aptos para el tipo de mercancías, como podría ser, para ciertos medicamentos, un transporte con refrigeración, o, para mercancías perecederas, un transporte de corta duración, aunque sea más caro que otro que tarda más. Que se contrate en las «condiciones usuales» puede significar que se haga de acuerdo con los precios corrientes y con las cláusulas usuales, por ejemplo las relativas a la responsabilidad del transportista por demora, o de avisar al destinatario, etcétera.

2. Contratar un Seguro

En principio, el vendedor no tiene obligación de contratar un seguro por las mercancías. Pero pueden las partes convenir que el vendedor lo contrate, como ocurre en las compraventas CIF (*cost, insurance and freight*) o CIP (*carriage and insurance paid to*). En tales casos, el vendedor está obligado a contratar a favor del comprador un seguro, al mínimo costo posible y que asegure, cuando menos 10% más del precio contratado por las mercancías, en la misma moneda que el precio ²². Como la Ley de Instituciones de Seguros vigente en México establece que todos los seguros a favor de personas mexicanas deben contratarse con instituciones mexicanas de seguros, no es recomendable que un comprador mexicano compre en términos CIF o CIP, porque el vendedor normalmente contrataría con una compañía aseguradora no mexicana; en cambio, no hay inconveniente para que un vendedor mexicano se obligue a contratar un seguro a nombre del comprador extranjero.

²² Ver INCOTERMS 90, CIF A3 y CIP A3.

Dados los riesgos que naturalmente implica el transporte de mercancías de un país a otro, el comprador suele contratar un seguro cuando el vendedor no tiene la obligación de contratarlo. Tomando en cuenta esa necesidad, el artículo 33-3 señala que el vendedor debe proporcionar al comprador, cuando éste lo pida, información para contratar el seguro. En realidad, no parece ésta una verdadera obligación jurídica, sino un mero deber de colaboración, ya que en los términos en que está redactada la disposición («proporcionar... la información de que disponga») se hace muy difícil pensar el caso en que el comprador pueda reclamar responsabilidad al vendedor por no haberle proporcionado la información que éste tuviera; el comprador tendría que probar que el vendedor disponía de información que no le proporcionó, y si el comprador puede probar que existía esa información, quiere decir que él también la tenía y no le hacía falta.

V. ENTREGAR LOS DOCUMENTOS NECESARIOS

De acuerdo con el contrato y los usos aplicables, el vendedor puede estar obligado a entregar ciertos documentos al comprador.

En el contrato se puede expresamente señalar los documentos que el vendedor deberá proporcionar al comprador, tales como factura, conocimiento de embarque, póliza de seguro, certificados de origen o de calidad, certificados sanitarios, o incluso manuales de operación y uso. Sin embargo, aunque no haya disposición contractual expresa, cabe entender que el vendedor, por estar obligado a entregar las mercancías, es decir a ponerlas a disposición del comprador, debe entregarle todos los documentos necesarios para disponer de las mercancías, es decir los que sean necesarios para retirarlas del transportista y pasarlas por la aduana ²³. El vendedor podrá también estar obligado por el

²³ Lando (*Commentary*, p.34) opina que el vendedor tiene esta obligación con base en el principio de buena fe; pero no me parece necesario acudir a este principio, cuando la mera obligación de entregar las mercancías exige la entrega de los documentos.

contrato, aunque no haya disposición expresa, a entregar documentos que no sean necesarios para disponer de las mercancías, como manuales o instructivos, pólizas de garantía, propaganda y otros, pero que son necesarios o convenientes para su uso; el fundamento de esta obligación, como dicen Garro y Zuppi²⁴, es la obligación del vendedor de entregar mercancías que sean conformes con el contrato²⁵.

Por virtud de los usos aplicables, puede el vendedor quedar obligado a entregar ciertos documentos. Esto ocurre siempre que en el contrato se hace referencia uno de los INCOTERMS; por ejemplo, en una venta CPT (*carriage paid to*) el vendedor debe entregar la factura, el documento acreditativo del transporte y el documento aduanal de exportación²⁶; mientras que en una compraventa DDP (*delivered duty paid*) además de esos documentos deberá entregar los correspondientes a la importación de las mercancías²⁷.

VI. ENTREGAR MERCANCÍAS CONFORMES CON EL CONTRATO O CON LA CONVENCIÓN

El vendedor debe entregar mercancías cuyas características, calidad y empaque correspondan a lo que las partes determinaron en el contrato o, a falta de acuerdo contractual, a lo que dispone la propia *Convención* como norma mínima.

1. Entregar Mercancías Conforme con el Contrato

En principio, el vendedor debe entregar mercancías «cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato» (a. 35-1).

²⁴ Garro-Zuppi, p.124.

²⁵ Sobre la cual se tratará *infra* 5.

²⁶ INCOTERMS 1990, CPT A1, A8 y A2

²⁷ INCOTERMS 1990, DDP A1, A8 y A2.

Puede ser que las partes hayan convenido un contrato por escrito que determina con precisión la cantidad, calidad, tipo y envase de las mercancías; pero en muchos otros casos sucederá que falta esa precisión, y es necesario indagar en la correspondencia que se cruzan las partes, las prácticas que ha habido entre ellas y la conducta que siguen con posterioridad al contrato para saber si, implícita o explícitamente, han acordado algo nuevo acerca de la cantidad, calidad, tipo y envase de las mercancías. Se presenta entonces un problema de interpretación del contrato, que debe resolverse conforme a las reglas de interpretación previstas por la *Convención* en su artículo ocho.

Pueden considerarse varios casos de este tipo. Por ejemplo: después de celebrado un contrato en que el vendedor se obliga a entregar una maquinaria agrícola, el comprador le avisa que necesita ser apta para funcionar con el tipo de combustible que se expende en su país, y el vendedor responde enviando la maquinaria sin ser apta para el combustible del que dispone el comprador. Para determinar si hay falta de conformidad de las mercancías con el contrato es preciso decidir si hubo o no modificación al contrato, esto es si la declaración del comprador y la conducta del vendedor debe interpretarse como un acuerdo modificativo del contrato o no.

O bien, el vendedor envió, junto con la oferta de venta, un catálogo que describía características técnicas de las mercancías, pero en el contrato que firmaron las partes no se especificaban esas características de las mercancías y se decía que el contenido del contrato era exclusivamente el que constaba por escrito en el documento que lo contenía. Si las mercancías que envía el vendedor no tienen las características previstas en el catálogo, ¿hay o no falta de conformidad de las mercancías con el contrato? La respuesta depende de la interpretación que se dé al envío de catálogo, como declaración vinculativa del vendedor, y al alcance de la cláusula que restringe el contenido del contrato (cómo entendió el comprador el envío del catálogo y la cláusula contractual o como los entendería una persona razonable, a. 8).

También cabría preguntarse si el envío, por el comprador al vendedor, de una muestra o modelo de las mercancías implicó o no un acuerdo contractual.

En estos casos, y otros semejantes, la determinación de la falta de conformidad de las mercancías con el contrato dependerá de la interpretación que se dé a las declaraciones y conductas de las partes, la cual, como toda interpretación, será discutible. Por eso, en los contratos por escrito conviene especificar lo más posible las características, calidad y empaque de las mercancías.

2. Entregar Mercancías Conformes con la Convención

A falta de un acuerdo contractual claro, el vendedor está obligado a entregar mercancías que sean conformes con los criterios que establece la propia *Convención*.

Para obviar la discusión que puede darse respecto de si hubo o no un acuerdo contractual, la *Convención* (a. 35-2 incisos b y c) ha previsto dos supuestos en los que considera que existe un acuerdo contractual sobre las características de las mercancías, aunque no esté contenido en un documento formal del contrato. Se trata, en mi opinión, de *presunciones* de la existencia de un acuerdo contractual, establecidas por la *Convención*, y que admiten prueba en contrario.

Una de ellas (a. 35-2-b) dice que el vendedor queda obligado a entregar mercancías que sean aptas para «cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato». Como explica Honnold²⁸, el hacerle saber al vendedor un uso especial, por ejemplo, que quiere taladros

²⁸ Honnold, *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales*, trad. por F. Sánchez Calero y M. Olivencia Ruiz, Madrid, 1987 (en lo sucesivo, *Honnold*), p.281.

para perforar acero al carbón, crea en el comprador la expectativa de que su declaración ha sido comprendida, al menos como lo comprendería una persona razonable²⁹; si en respuesta el vendedor envía unos taladros, el comprador puede esperar que sean aptos para perforar ese tipo de acero; si los taladros no fueran aptos para ese fin, el comprador podrá demandar responsabilidad por falta de conformidad de las mercancías, para lo cual tendrá que probar solamente que él hizo saber al vendedor el fin particular (perforar acero al carbón) para el que necesitaba esos taladros. Con la prueba de la manifestación del comprador al vendedor, se entendería probada se presumiría la existencia de un acuerdo contractual al respecto. Sin embargo, el vendedor puede destruir esa presunción demostrando que «el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y juicio del vendedor».

La otra presunción (a. 35-2-c) señala que por el envío al comprador de muestras o modelos de las mercancías se presume la existencia de un acuerdo contractual en el sentido de que las mercancías deben tener las características de las muestras, para lo cual bastará que pruebe que la disconformidad de las mercancías con las muestras recibidas, sin necesidad de argumentar acerca de si las muestras forman parte o no del contrato.

Cuando no hay acuerdo contractual ni posibilidad de que se apliquen las presunciones arriba mencionadas, la *Convención* establece dos criterios objetivos respecto de la calidad de las mercancías. Las mercancías deben ser (a. 35-2-a) «aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo». Bianca opina³⁰ que las mercancías no son aptas para sus usos ordinarios cuando por falta de cualidades requeridas o por inherencia de defectos, simplemente no pueden usarse, o su uso produce resultados deficientes o exige gastos excesivos. Respecto de mercancías que el comprador

²⁹ Ver a. 8.

³⁰ *Commentary*, p.274.

adquiere para revender, no son aptas para su uso ordinario (la comercialización) si su valor comercial se disminuye considerablemente por la ausencia de ciertas cualidades o la presencia de ciertos defectos.

El juicio sobre la aptitud de las mercancías para su uso ordinario debe hacerse, cuando es posible, con relación a patrones internacionales³¹. Así, cuando existen normas internacionales de calidad respecto de ciertos productos, se puede considerar que dichas normas podrán ser reglas de juicio para decidir si las mercancías son o no aptas para sus usos ordinarios. Cuando no existan patrones internacionales, entonces habrá que juzgar las mercancías para sus usos ordinarios, de acuerdo con las medidas y patrones del país del vendedor. Así opina con razón Bianca³², quien considera que sería excesivo pedirle al vendedor que conozca la normatividad del país del comprador³³.

El otro criterio independiente de todo acuerdo contractual (expreso, implícito o presunto) es (a. 35-2-d) que las mercancías «estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías» o al menos «de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas». Es una disposición importante ya que el transporte de mercancías exige que sean debidamente empacadas o embaladas para resistir las travesías y las operaciones de carga y descarga. El criterio establece, primero, que se atienda a la forma habitual de empacar las mercancías; debe mirarse primero a la forma habitual en el comercio internacional,

³¹ Esto concuerda con la regla interpretativa del a. 7-1 que exige que la *Convención* se interprete con sentido internacional.

³² *Commentary*, p.274.

³³ En México, sin embargo, la *Ley Federal de Metrología y Normalización*, que es ley de orden público (a.1), establece (a.54) que en la controversia de carácter civil, mercantil o administrativo, cuando no haya patrones de calidad convenidos las autoridades judiciales o administrativas deberán tomar como referencia de calidad las normas oficiales mexicanas y las normas mexicanas no oficiales. Pero cabe entender que esto se aplicará, a la compraventa internacional, cuando el vendedor es mexicano, pero no cuando lo es el comprador, pues de no ser así, en este último caso se impondría una responsabilidad excesiva el vendedor extranjero, según lo he dicho en la nota precedente.

y luego a la forma habitual en el país del vendedor³⁴. Si no existe una forma habitual. Por ejemplo por tratarse de mercancías de reciente aparición en el mercado, entonces se precisa que su empaque debe ser suficiente para conseguir los objetivos de conservarlas y protegerlas. Si el vendedor sabe, o debía saber, que el comprador podría expedir las mercancías en tránsito, debe empacarlas o embalarlas de modo que puedan resistir hasta llegar a su nuevo destino (a. 38-3).

3. Responsabilidad del Vendedor por falta de Conformidad

Si las mercancías no reúnen los requisitos convenidos o previstos por la *Convención*, el vendedor es responsable por «falta de conformidad» de las mercancías. Esta responsabilidad tiene todavía otros condicionamientos: a) que el comprador ignore, al momento de la celebración del contrato, la falta de conformidad de las mercancías (a. 33-3); b) que la falta de conformidad exista al momento en que se transmite el riesgo por pérdida o deterioro de las mercancías al comprador (a. 36-1), o derive de algún otro incumplimiento del vendedor (a. 36-2), y; c) que el vendedor reciba aviso oportuno de la falta de conformidad (aa. 38, 39 y 40).

3.1. Ignorancia del comprador de las faltas de conformidad

El vendedor no es responsable por faltas de conformidad, que el comprador «conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato» (a.35-3). La razón de esta regla, como bien explica Bianca³⁵, es que se entiende que el comprador acepta recibir las mercancías en el estado que sabe que se encuentran. Según el citado artículo, esa exclusión de responsabilidad del vendedor sólo opera cuando se trata de faltas de conformidad que se determinan por

³⁴ Así opina Bianca en *Commentary*, p.277.

³⁵ *Commentary*, p.278.

los criterios previstos en el segundo párrafo del artículo 35, que se aplican a falta de un acuerdo contractual específico sobre las características de las mercancías. Puede pensarse en este caso: las partes firmaron un contrato de contenido predeterminado (un «machote»), sin discutir sus cláusulas; ahí se establecían ciertas características de las mercancías, que no tenían las mercancías que el comprador conoció y aceptó recibir; ¿acaso podrá el comprador reclamar por falta de conformidad de las mercancías, argumentando que su conocimiento de las mercancías no excluye la responsabilidad del vendedor, porque el párrafo tercero del artículo 35 sólo se refiere a los casos en que no hay acuerdo contractual expreso respecto de las características de las mercancías? Evidentemente no, ya que la conducta del comprador, el conocer las mercancías, hizo confiar al vendedor que el comprador las aceptaba, por lo que el comprador queda obligado por tal conducta (a. 29-1).

El vendedor no responde por faltas de conformidad que el comprador conocía «o no hubiera podido ignorar». El contenido de esta última expresión tendrá que irse aclarando en relación con los casos concretos. Pero pueden darse algunas orientaciones generales. Honnold aclara ³⁶ que la Convención usa en diversos artículos dos expresiones semejantes: lo que alguien «debe conocer» y lo que alguien «no hubiere podido ignorar» ³⁷. Cuando usa la expresión «debe conocer» supone una mayor exigencia que cuando dice «no hubiera podido ignorar»; cuando dice que alguien «debe conocer», concluye el citado autor, se entiende que esa persona tiene obligación de hacer un examen de aquello que debe conocer; a lo cual no está obligada en el otro caso. De acuerdo con esto, el sentido de la expresión en el párrafo tercero del artículo 35 es que el vendedor no es responsable de faltas de conformidad que el comprador hubiera podido conocer sin un examen de las mercancías, esto es de faltas de conformidad que estén

³⁶ Honnold, p.283.

³⁷ «No hubiera podido ignorar» en aa. 35-3, 40, 42-1 y 42-2. «Debía conocer» en 38-3, 39-1, 43-1, 49-2-b-i, 64-2-b-i, 68 y 794.

a la vista ³⁸. Bianca ³⁹ hace una precisión más. De ciertas circunstancias puede inferirse que el comprador no podía ignorar las faltas de conformidad de las mercancías, por ejemplo, cuando el vendedor ha entregado, en operaciones anteriores, mercancías de poca calidad que el comprador ha aceptado, o cuando el precio de las mercancías es tal que no se puede esperar razonablemente que tengan la calidad de mercancías que se venden por mayor precio.

3.2. Tiempo en que debe existir la falta de conformidad

En la compraventa internacional, en que las mercancías se trasladan grandes distancias y están expuestas a sufrir deterioro o pérdidas, tiene que haber un momento en que el vendedor se desligue de su responsabilidad por entregar mercancías que sean conformes con el contrato y el comprador asuma el riesgo por deterioros o pérdidas. Ese momento suele llamarse el momento de transmisión del riesgo al comprador.

La *Convención* precisa (a. 36-1) que el vendedor responde de toda falta de conformidad que exista en el momento de transmisión del riesgo al comprador. Ese momento ocurre, por lo general, en las compraventas que implican el transporte, cuando el vendedor las entrega al primer porteador que habrá de conducir las al comprador, o cuando las entrega al porteador específico que le hubiera señalado el comprador (a. 67), en las compraventas que no implican el transporte, dicho momento sucede cuando el comprador se hace cargo de las mercancías o incurre en incumplimiento de su obligación de recibir las mercancías, después de haber sido avisado que estaban a su disposición (a. 68) ⁴⁰. La precisión de este momento es decisiva para saber si se produce un caso de incumplimiento del vendedor de su

³⁸ Es distinto el examen de las mercancías que debe hacer el comprador cuando llega a tener control sobre ellas, y que es requisito para reclamar la falta de conformidad, aa. 39-1 y 43-1.

³⁹ *Commentary*, p.279.

⁴⁰ Para más detalles sobre la precisión de este momento, ver *infra* X 2, 3 y 4

obligación de entregar las mercancías o se trata de un riesgo que debe asumir el comprador. Así, cuando el vendedor entrega al porteador granos de trigo por menor cantidad que la convenida, incurre en responsabilidad por falta de conformidad; pero si el comprador recibe menor cantidad de trigo que la convenida porque cierta parte pereció durante la travesía no hay incumplimiento del vendedor, sino una pérdida que debe soportar el comprador.

La responsabilidad del vendedor es por faltas de conformidad que existan hasta el momento de transmisión del riesgo, pero puede ocurrir que exista una falta de conformidad antes de ese momento, pero que se manifieste o conozca después. Esto ocurre sobre todo en los casos de compraventas que implican el transporte de las mercancías, que son la mayoría de las compraventas internacionales, ya que ordinariamente el porteador recibe las mercancías empacadas o embaladas y no tiene posibilidad ni obligación de revisarlas, de modo que la falta de conformidad se descubrirá hasta que el comprador las desempaque. La *Convención* aclara en el mismo artículo que el vendedor no se desliga de su responsabilidad por el hecho de que la falta de conformidad se conozca o manifiesta después del momento de la transmisión del riesgo, pero queda entonces a cargo del comprador demostrar que la falta de conformidad ya existía en dicho momento ⁴¹. Esto puede resultar problemático, por lo que es recomendable que, en casos importantes, el comprador o el vendedor contraten con alguna agencia especializada que certifique la calidad y cantidad de las mercancías en el momento en que se entregan al porteador o se ponen a disposición del comprador.

La responsabilidad del vendedor por faltas de conformidad de la mercancía se extiende más allá del momento de transmisión del riesgo,

⁴¹ Podría también pensarse que el comprador debe demostrar sólo la falta de conformidad objetiva de las mercancías, y que corresponde al vendedor, a modo de excepción, demostrar que no existía la falta de conformidad al momento de la transmisión del riesgo. Pero esto iría en contra del principio que dice que la parte que alega un incumplimiento debe probarlo; de otro modo, se estaría presumiendo, con presunción *iuris tantum*, la responsabilidad del vendedor. Ver Bianca en *Commentary*, p.288.

cuando la falta de conformidad se produce por causa del incumplimiento del vendedor de alguna de sus obligaciones (a. 36-2), por ejemplo, por haber contratado un transporte inadecuado para el tipo de mercancías, o haberlas empacado deficientemente, o no haber dado instrucciones claras sobre su manejo. En estos casos, hay una falta de conformidad sobrevenida, que no puede considerarse a riesgo del comprador, porque deriva de un incumplimiento del vendedor; sólo cabe hablar de riesgo cuando no hay incumplimiento.

El mismo párrafo aclara que el vendedor sigue respondiendo por falta de conformidad de las mercancías cuando exista en el contrato una «garantía» del vendedor que asegure la calidad de las mercancías por un período determinado. Cuando se trata de una garantía expresa en el contrato, es claro que el vendedor responde por mero efecto del acuerdo contractual. Pero cuando no hay una garantía expresa, cabe preguntar si puede considerarse una garantía implícita de que las mercancías mantendrán sus características o calidades durante un cierto período. En el proyecto de *Convención* (a. 34-2) sometido a la asamblea se aclaraba que se trataba de una garantía «expresa», pero esta palabra fue eliminada, por lo que queda clara que la intención de los legisladores era que el párrafo también se aplicara a una garantía no expresa sino implícita de que las mercancías mantendrían su calidad un cierto tiempo. Esta garantía implícita se puede colegir de la obligación del vendedor de entregar mercancías que sean aptas para su uso ordinario (a. 35-2-a), lo cual implica, como afirma Bianca ⁴², su uso durante un lapso razonable.

Por consiguiente, el vendedor no puede exonerarse de su responsabilidad por falta de conformidad de las mercancías, cuando éstas se deterioran excesivamente en poco tiempo, diciendo que él entregó mercancías conformes con el contrato al momento de la transmisión del riesgo. La poca durabilidad de las mercancías estaría demostrando precisamente que las mercancías no eran conformes en ese momento porque no fueron aptas para su uso ordinario.

⁴² *Commentary*, p.289.

3.3. Notificación al vendedor de la falta de conformidad

Ordinariamente, la falta de conformidad de las mercancías es algo que ignora el vendedor y que descubre el comprador cuando recibe las mercancías. Por eso, es natural que el vendedor responda de la falta de conformidad, como lo disponen los artículos 38 y 39, si el comprador le avisa oportunamente de ella; o que responda, sin necesidad de aviso, como establece el artículo 40, cuando ya la conocía o debía conocerla.

El vendedor no responde por la falta de conformidad de las mercancías (a. 39-1), si el comprador no la «comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto».

La exigencia de que se especifique la naturaleza de la falta de conformidad es para que el vendedor pueda tomar medidas para reparar o sustituir las mercancías o para reducir pérdidas al comprador. En muchos casos será fácil determinar la naturaleza de la falta de conformidad, por ejemplo, cuando son problemas de cantidad (menos mercancías de las convenidas); pero en otros podrá ser evidente que la mercancía no sirve para su uso ordinario o para el fin especial convenido, aunque no pueda precisarse con facilidad la causa de ese defecto, por ejemplo cuando una maquinaria no funciona o un material no tiene la resistencia necesaria. En estos casos, la carga del comprador de especificar la naturaleza de la falta de conformidad se cumple indicando simplemente el defecto de la mercancía, sin que sea necesario precisar la causa que lo produce; no tendría el comprador, por ejemplo, necesidad de analizar químicamente los materiales recibidos para poder indicar al vendedor exactamente la causa de su escasa resistencia.

Para poder avisar al vendedor de la falta de conformidad, el comprador tuvo que haber examinado las mercancías⁴³. El hacer el examen de las

mercancías no es una obligación del comprador, ya que no puede ser demandado por incumplimiento en caso de no hacerlo, sino una carga que debe cumplir para poder reclamar por la falta de conformidad que las mercancías⁴⁴. El examen lo puede hacer el comprador en persona o por medio de sus empleados. La *Convención* (a. 38) no precisa qué aspectos de las mercancías son los que deben examinarse ni con qué profundidad debe hacerse el examen; esto es algo que podrá precisarse por acuerdos de las partes o por los usos y costumbres aplicables y, a falta de unos y otros, deberá determinarse caso por caso de acuerdo con las circunstancias del contrato. Así, cuando las mercancías son cuantiosas, por ejemplo, 10,000 pares de zapatos, no es necesario que el comprador examine los pares de zapatos uno por uno, sino que basta con que haga pruebas selectivas en número suficiente; o si las mercancías son productos muy complejos o sofisticados, por ejemplo una maquinaria industrial, no cabe esperar que el comprador examine todas y cada una de sus partes, sino sólo su funcionamiento.

El examen debe hacerse en «el plazo más breve posible atendidas las circunstancias» (a. 38-1). No se define un plazo fijo para hacerlo, ya que no puede encontrarse un límite temporal que sea adecuado para todo tipo y cantidad de mercancías; se deja entonces a la prudencia de los jueces y árbitros el determinar caso por caso si el examen se hizo o no en el plazo más breve posible. Honnold⁴⁵ propone este caso que ilustra la doctrina contenida en el artículo 38-1: el comprador de 500 bidones de cloro, sellados, recibe la mercancía un día 1 de junio; el comprador sabe que si rompe los sellos tiene que usar rápidamente el cloro porque si no se evapora; el 1 de septiembre el comprador abre los primeros bidones Y se da cuenta que en la mitad de ellos el cloro no tiene la calidad convenida; luego procede a contarlos y encuentra que recibió sólo 400 en lugar de 500, y comunica ambas faltas de conformidad al vendedor. Atendidas las circunstancias de este caso, el citado autor concluye que el vendedor no hizo el examen de cantidad en el plazo más breve posible, pero sí hizo el examen de calidad dentro de dicho plazo.

⁴³ Cfr. El examen que tiene derecho a hacer el comprador (a. 58) antes de que le sea exigible el pago de las mercancías.

⁴⁴ Así también opina Bianca en *Commentary*, p.297.

⁴⁵ *Honnold*, p.302 s.

Si es el comprador quien tiene que recoger las mercancías en una almacén fábrica o establecimiento del vendedor, el plazo para hacer el examen comienza a correr a partir de que efectivamente las recibe o, según una opinión, a partir del momento en que el comprador incurre en mora de recibirlas ⁴⁶.

Cuando el vendedor entrega las mercancías a un porteador que las conducirá al comprador, el plazo para hacer el examen comienza a correr a partir de que las mercancías lleguen a su lugar de destino (a. 38-2), pues hasta ese momento suele tener el comprador la posibilidad física de hacerlo. No importa que el transportista lo haya escogido el vendedor o lo haya escogido el comprador; no importa que el lugar de entrega haya sido otro lugar donde el vendedor entregó las mercancías al primer porteador o haya coincidido con el lugar de destino o haya sido otro lugar intermedio. Lo que parece ser el momento determinante en este aspecto es el momento en que el comprador adquiere el control físico de las mercancías o, como dice el a. 39-2, el momento en que las mercancías «se pusieron efectivamente en poder del comprador».

Pero si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercancías o las reexpide, antes de haber tenido una oportunidad de examinarlas, y el vendedor conocía o debía haber conocido esa posibilidad de cambio de destino o reexpedición, el plazo para hacer el examen comienza a correr a partir de que las mercancías lleguen a su nuevo destino (a. 38-3). Cambiar el destino de las mercancías significa que el comprador, antes de recibirlas, les fija un nuevo destino; reexpedirla significa que, después de recibirlas, las envía a un nuevo comprador. En ambos casos, para que el plazo para hacer el examen se posponga, es necesario que el comprador no haya tenido oportunidad de examinarlas; en los casos de cambio de destino, lo más probable

⁴⁶ **Schlechtriem**, p.69 dice que ésa parece ser la opinión de los **Comentarios Secretaría** que consideran la fecha convenida de entrega como una circunstancia relevante para determinar el plazo para hacer el examen.

es que el comprador no tenga esa oportunidad, pero en los casos de reexpedición, puede ser que sí la tenga, por ejemplo, si deja unos días las mercancías en las bodegas de su agente aduanal, puede pensarse que tuvo oportunidad de, al menos, verificar el número de las mercancías y el estado de su empaquetadura. El requisito de que el vendedor conociera o debiera conocer la posibilidad de cambio de destino o reexpedición es para salvaguardar los intereses del vendedor, pues con la postergación del examen se alarga el período en que el vendedor puede recibir una notificación de falta de conformidad; sería injusto que el comprador pudiera a su arbitrio postergar ese plazo haciendo cambios de destino o reexpediciones inesperadas de las mercancías. Si el vendedor ignoraba o no debía conocer la posibilidad de cambio de destino o reexpedición, el plazo para hacer el examen comenzará a correr a partir de que las mercancías debieron llegar (en casos de cambio de destino) o llegaron (en casos de reexpedición) a su destino originario.

El comprador debe notificar al vendedor la falta de conformidad «dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto» (a. 39-1). El momento en que se descubre o debe descubrirse una falta de conformidad ordinariamente corresponde con el momento en que se practica o debe practicarse el examen de las mercancías, de acuerdo con las prescripciones del artículo 38 arriba comentadas. Pero también podrá suceder, según la naturaleza de las mercancías, que la falta no puede conocerse por un examen ordinario de las mismas, sino que aparezca hasta el momento en que se usan o después de un cierto tiempo de uso ⁴⁷; en esos casos, el momento en que se conoce la falta o debe conocerse corresponde con el momento en que se empiezan a usar o con el momento en que se vence un cierto plazo de uso. También ayudará a determinar el momento en que el comprador debe descubrir la falta de consideración de la persona y circunstancias del comprador: un comprador experto en el manejo de ciertas mercancías debe descubrir sus faltas más rápidamente que uno que no lo es.

⁴⁷ Cfr. a. 36.

En cualquier caso, el comprador debe notificar al vendedor la falta de conformidad en un plazo máximo de dos años a partir de que las mercancías se pusieron efectivamente en poder del comprador (a. 39-2). Este plazo sirve para dar al vendedor la seguridad de que su responsabilidad por faltas de conformidad de las mercancías no se extiende más allá de dos años después de que el comprador tuvo las mercancías en su poder. Pasado ese plazo, el vendedor, por lo general, no responde por ninguna falta de conformidad. Pero no debe confundirse este plazo para recibir avisos de falta de conformidad con el plazo de cuatro años para ejercitar una acción por una falta de conformidad oportunamente notificada, que también comienza a correr a partir del momento en que el comprador recibe efectivamente las mercancías ⁴⁸.

Sin embargo, añade el mismo a. 39-2, el plazo límite de dos años no opera cuando resulte inconsistente con un plazo de garantía establecido en el contrato. Esto puede ocurrir cuando el contrato establece un período de garantía de dos años o más, pues entonces el plazo para dar aviso de la falta de conformidad, si no se convino otra cosa, corre a partir de que se descubre la falta de conformidad, lo cual puede suceder los últimos días del segundo año o posteriormente.

La notificación por falta de conformidad surte efectos, siguiendo la regla general establecida en el a. 27, por el hecho de haber sido enviada por algún medio adecuado a las circunstancias, independientemente de si el vendedor la recibió efectivamente o no. Esto es, la no recepción de la notificación no privará al comprador de su derecho a invocar la falta de conformidad, aunque el vendedor se enterara de

⁴⁸ Ver la *Convención* sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías aa. 8 y 10, publicada con su protocolo de enmiendas en el *Diario Oficial* el 06, 05, 88. Al mes de junio de 1991 estaba en vigor en Alemania (sólo en la ex República Democrática), Argentina, Checoslovaquia, Egipto, Ghana, Guinea, Hungría, México, Noruega, República Dominicana, Yugoslavia y Zambia, de acuerdo con el documento oficial de Naciones Unidas con signatura A/CN.9/353.

ella después de haber transcurrido el tiempo razonable o de haber transcurrido el plazo límite de dos años, pero ciertamente, el comprador no podrá reclamar al vendedor la indemnización de los daños causados por la demora del vendedor, calculada con base en la fecha de envío de la notificación, para responder por la falta de conformidad.

3.4. Casos en que no es necesaria la notificación al vendedor de la falta de conformidad

El requisito de avisar oportunamente al vendedor la falta de conformidad de las mercancías funciona como una limitante de la responsabilidad del vendedor por este aspecto. Esta limitante no tiene razón de operar cuando el vendedor conocía la falta de conformidad o tenía elementos suficientes para suponer que se produciría. Esto lo expresa el a. 40 diciendo que no se exigirá el aviso de falta de conformidad cuando ésta se refiere a hechos que el vendedor «conocía o no podía ignorar». Así, cuando un vendedor envía las mercancías por un transporte que sabe que no es adecuado o empacadas de un modo que no puedan resistir la travesía, no podrá excusarse de su responsabilidad por la falta de conformidad de las mercancías alegando que no le fue notificada en un plazo razonable, ni siquiera alegando que ya transcurrieron los dos años previstos por el artículo 39-2 para reclamar por faltas de conformidad. Nótese que el artículo no exige el conocimiento de la falta de conformidad, sino tan sólo de hechos de los que ella pudiera derivarse. Evidentemente que si el vendedor reveló esos hechos al comprador (por ejemplo la elección de un medio de transporte menos adecuado), éste ya no se libera de su carga de notificar por faltas de conformidad, como lo dispone la frase final del a. 40, e incluso puede ser que pierda su derecho a reclamar por una falta de conformidad que no hubiera podido ignorar (a. 353).

El sancionar al comprador que no notifica oportunamente al vendedor con la pérdida del derecho a reclamar por faltas de conformidad pareció una consecuencia excesivamente grave a un grupo de representantes de países preponderantemente importadores. Por eso,

propusieron ⁴⁹ suavizar esa consecuencia con una disposición que no estaba en el proyecto original y que fue aprobada, con ciertas modificaciones, como el artículo 44. Ahí se establece que el comprador, «si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida» podrá reclamar, por faltas de conformidad, una reducción proporcional del precio o una indemnización por daños, en la cual no se incluya el lucro cesante. No opera esta disposición cuando el comprador tarda más de dos años en hacer la notificación (en cuyo caso pierde el derecho a reclamar por faltas de conformidad), sino sólo cuando no la hace en el plazo razonable.

Es difícil encontrar casos en que pueda aducirse una «excusa razonable» para no notificar, en un plazo razonable, una falta de conformidad conocida por el comprador. Honnold ⁵⁰ propone la siguiente: el comprador descubre una falta de conformidad que de pronto le parece insignificante pero tiempo después se da cuenta de su importancia. La «excusa razonable» sería la ignorancia de los efectos que tendría la falta de conformidad descubierta.

La «excusa razonable» también puede referirse al examen de las mercancías que tiene que hacer el comprador al recibirlas. En efecto, el comprador puede aducir una «excusa razonable» para no haber hecho el examen con el detenimiento necesario para conocer la falta de conformidad y, por consecuencia, para no comunicar oportunamente al vendedor la falta de conformidad; o aducirla para justificar que no hizo el examen a la brevedad posible y, por consecuencia, que no pudo notificar oportunamente al vendedor.

En estos casos, la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad de las mercancías queda mitigada pues ya no abarca, como en los demás casos, la indemnización por daños y perjuicios, sino sólo la indemnización de daños.

⁴⁹ Fueron los representantes de Finlandia, Ghana, Nigeria, Paquistán y Suecia. Sobre la historia de esta discusión puede verse Sono en *Commentary*, p.324 ss.

⁵⁰ Honnold, p.260.

VII. ENTREGAR MERCANCÍAS LIBRES DE DERECHOS Y PRETENSIONES DE TERCEROS

El vendedor debe entregar mercancías libres de derechos y pretensiones de terceros, es decir mercancías sobre las cuales pueda el comprador tener la pacífica e indiscutida posesión. Si el vendedor entrega mercancías afectadas por pretensiones o derechos de tercero, incurre en incumplimiento contractual como si no entregara mercancías conformes con el contrato. Para regular esta responsabilidad del vendedor, la *Convención* distingue los derechos y pretensiones de terceros en general (a. 41) de los derechos y pretensiones basados en la propiedad intelectual (a. 42). Fue preciso hacer esta distinción (que no existía en la Ley uniforme sobre compraventa internacional –La Haya, 1964–), porque se vio que los derechos y pretensiones basados en la propiedad intelectual, que pueden ser reconocidos por un país y por otro no o estar sujetos a reconocimiento internacional, son más difíciles de conocer, para el vendedor, que los otros derechos sobre las mercancías que ordinariamente se regulan sólo por la ley del país del propio vendedor ⁵¹. Además, como advierte Schlechtriem ⁵², los derechos fundados en la propiedad intelectual afectan no tanto el derecho de propiedad o de posesión del comprador, como la posibilidad de hacer un uso adecuado de las mercancías.

1. Entregar Mercancías Libres de Derechos y Pretensiones de Terceros en General

El a. 41 dice que el vendedor debe entregar mercancías que estén libres no sólo de derechos, sino también de «pretensiones» de terceros, a menos que el comprador haya consentido en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. Schlechtriem ⁵³ aclara que no es suficiente, para eximir de responsabilidad al vendedor que el comprador

⁵¹ Ver Date-Bah, en *Commentary*, p.320.

⁵² Schlechtriem, pp.73 y 74.

⁵³ Schlechtriem, p.72.

conozca la existencia de derechos o pretensiones de terceros, sino que hace falta que consienta en ellos ⁵⁴.

La *Convención* no especifica qué entiende por derechos o pretensiones de tercero. La definición de estos derechos y pretensiones es algo que queda por consiguiente al derecho interno aplicable que, en este caso, siguiendo la regla *lex rei sitae*, es el derecho del país donde se encuentren las mercancías antes de ser entregadas al comprador. Puede tratarse de derechos y pretensiones que versen estrictamente sobre la cosa, es decir, siguiendo una terminología civilista, de derechos reales o pretensiones fundadas en derechos reales, como un derecho de prenda o la ejecución de un embargo o la reclamación de la propiedad de las mercancías ⁵⁵, o tratarse de otros derechos relacionados con la cosa ⁵⁶.

⁵⁴ En cambio, para eximir de responsabilidad al vendedor por faltas de conformidad de las mercancías o por derechos o pretensiones basadas en la propiedad intelectual (a. 42-2-a), basta con que el comprador las conociera o no hubiera podido ignorarlas (a. 35-2-d).

⁵⁵ Sin embargo, puede plantearse la cuestión de si quedarían comprendidos por estas disposiciones de la *Convención*, las pretensiones que pueda tener el Estado sobre las mercancías, a causa del incumplimiento de normas de calidad o de competencia desleal. Así, cuando un importador mexicano introduce mercancías que no cumplen las normas de calidad oficiales, el gobierno puede prohibir su comercialización e inmovilizarlas (a. 57 de la *Ley Federal de Metrología y Normalización*, publicada en el *Diario Oficial* el 01, 07, 92). Suponiendo que el vendedor conocía la existencia de las normas oficiales y el comprador no convino en aceptar las mercancías que no cumplieran normas oficiales, ¿cabría plantear el caso como existencia de derechos o pretensiones de tercero, o más bien como faltas de conformidad de mercancías que no son aptas para sus usos ordinarios? Me parece que más bien sería un caso de falta de conformidad de las mercancías, pero ver arriba en 5.3.

⁵⁶ Por ejemplo, los derechos de los terceros –fabricantes nacionales– a solicitar la imposición de una cuota compensatoria a la importación de mercancías vendidas en condiciones de competencia desleal (*dumping*). Cabe cuestionar si el vendedor que entrega mercancías en estas condiciones tiene responsabilidad por entregar mercancías sujetas a pretensiones de terceros. Me parece que la redacción amplia del a. 40, que no especifica qué derechos ni qué pretensiones, ni tampoco qué terceros, justifica que se aplique a este caso. Esta interpretación, además, está conforme con los objetivos de la *Convención* de promover la buena fe en el comercio internacional (a. 7-1), pues desalienta la práctica del *dumping*, haciendo corresponsables a los productores, que son los más interesados en practicarla.

El artículo no dice que se trate de pretensiones fundadas, sino de cualquier pretensión de tercero, fundada o no ⁵⁷. De modo que un vendedor que entrega una mercancía, cuya propiedad intenta reivindicar infundadamente un tercero, incurre en responsabilidad por los daños que pueda causarle al comprador por la existencia de ese litigio, aun cuando lo llegue a ganar el vendedor. Esto hacer ver que el objetivo de esta disposición no es tanto asegurar que el comprador adquiera la propiedad de la mercancía, sino asegurarle su pacífica posesión.

El artículo no precisa en qué momento deben existir los derechos y pretensiones de tercero para que el vendedor responda por ellos. Pero como está incluido en la misma sección (sección segunda del capítulo II) que se refiere a la falta de conformidad de las mercancías, cabe extender por analogía la disposición del a. 36-1 que dice que el vendedor responde por faltas de conformidad que existan al momento de la transmisión del riesgo; en consecuencia, el vendedor responde por derechos y pretensiones de tercero que existan en ese mismo momento ⁵⁸.

Sin embargo, cabe notar que no es conveniente dar el mismo tratamiento a la responsabilidad del vendedor por los derechos sobre la mercancía con la responsabilidad que tiene por las pretensiones de terceros sobre ella. Es evidente que el vendedor ha de responder por todos los derechos reales que graven la mercancía, ya que él tiene posibilidad de conocerlos y controlarlos; pero las pretensiones de terceros es algo que puede quedar fuera del ámbito de control del vendedor, sobre todo cuando son infundadas. Para ilustrar esta diferencia, puede plantearse este caso: un vendedor entrega una maquinaria que no es de su propiedad, es decir, una mercancía sobre la cual existe un derecho real a favor de un tercero; después de que el comprador recibió la maquinaria, el tercero propietario inicia un juicio, que posteriormente

⁵⁷ Así opina también Date-Bah en *Commentary*, p.318.

⁵⁸ No sería justo considerar que el momento fuera el de la celebración del contrato –como lo dice el a. 42 respecto de derechos y pretensiones basados en la propiedad intelectual–, porque podría ser que en ese momento no existiera derecho o pretensión alguna, pero se constituyera o iniciara posteriormente y antes de la entrega.

gana, para recuperarla; el vendedor debe responder porque existía un derecho de tercero sobre la cosa al momento de la entrega. Pero si, en el mismo caso, el vendedor es legítimo propietario que entrega debidamente la maquinaria, pero posteriormente un tercero inicia un juicio, que luego se demuestra infundado, contra el comprador, el vendedor no tiene por qué responder, ya que cuando entregó la mercancía no existía esa pretensión del tercero.

Es decir, la responsabilidad del vendedor por derechos que graven la cosa se extiende, después del momento de la transmisión del riesgo, a las pretensiones de terceros fundadas en derechos que existían en ese momento. En cambio, la responsabilidad por pretensiones de tercero abarca exclusivamente las existentes en el momento de transmisión del riesgo; las que se produjeran después, deben considerarse como un riesgo, semejante a los de pérdida o deterioro, que asume el comprador ⁵⁹.

La responsabilidad del vendedor por la existencia de derechos sobre la mercancía se complementa con su obligación de transmitir la propiedad al comprador (a. 31) ⁶⁰.

2. Entregar Mercancías Libres de Derechos y Pretensiones de Tercero Basadas en la Propiedad Intelectual

Actualmente, los derechos de propiedad intelectual, tales como marcas, patentes, diseños, derechos de autor o denominaciones de origen, tienen una gran importancia en el comercio internacional, por lo que resulta muy conveniente que la *Convención* previera expresamente sobre ellos (a. 42).

La doctrina de este artículo es, en general, que el vendedor debe entregar mercancías que estén libres de derechos o pretensiones de

terceros, fundados en la propiedad intelectual que el vendedor conociera o no hubiera podido ignorar «en el momento de la celebración del contrato».

Lo que el vendedor no hubiera podido ignorar, es algo que debe determinarse caso por caso, atendiendo las circunstancias y condiciones de cada vendedor en particular; es claro, por ejemplo, que un vendedor con experiencia en el ramo no puede ignorar ciertas cosas que otro, sin esa misma experiencia, sí puede ignorar. En general, la expresión «no poder ignorar» se refiere a lo que se conoce sin necesidad de examen, por lo que no se implica la diligencia o cuidado de informarse o investigar ⁶¹.

El artículo exige el conocimiento –real o posible– del vendedor «en el momento de la celebración del contrato». Pero la definición de este momento no parece consistente con la intención de asegurar al comprador la pacífica posesión y el libre uso de las mercancías. Si se interpretara estrictamente esa disposición, resultaría, por ejemplo, que un vendedor que debe fabricar las mercancías y desconoce la existencia de un derecho o pretensión de tercero al momento de celebrar el contrato, si posteriormente la conociera, quizá por haber fabricado las mercancías siguiendo un proceso patentado, y no obstante las entregara al comprador, podría excusarse de responsabilidad diciendo que él no conocía el derecho o pretensión, como lo exige el a. 42, «en el momento de la celebración del contrato». Debe más bien entenderse que el «momento de la celebración del contrato» es un momento que fija el inicio de un período (un término *post quem*) en que se considera la responsabilidad del vendedor por esta causa, período que termina, como la responsabilidad por falta de conformidad de las mercancías (a. 36-1), en el momento de transmisión del riesgo (como término *ante quem*). Según esta opinión, el vendedor responde por los derechos y pretensiones de tercero fundados en la propiedad

⁵⁹ Honnold, p.315 parece opinar, no decididamente, que el vendedor responde aun por pretensiones infundadas que se iniciaron después de ser entregadas las mercancías.

⁶⁰ Ver abajo en 7.

⁶¹ Ver arriba en 5.3.

intelectual, que conociera o no hubiera podido ignorar desde el momento de perfeccionamiento del contrato hasta el momento de transmisión del riesgo.

Debe hacerse aquí también la distinción, hecha arriba al tratar de los derechos y pretensiones en general, entre responsabilidad por la existencia de un derecho, y responsabilidad por la existencia de una pretensión.

Como la existencia de los derechos de propiedad intelectual depende del régimen interno de cada país, resulta excesivo hacer responder al vendedor por la existencia de tales derechos en cualquier país, pues es tanto como exigirle que se informe de todos los registros de propiedad intelectual que hubiera en el mundo. Por eso, la *Convención* limita su responsabilidad en atención al territorio donde vayan a ser usadas o revendidas las mercancías. El vendedor responde cuando las mercancías estén sujetas a tales derechos o pretensiones según la ley del Estado donde el comprador tiene su establecimiento (a. 42-1-b), o según la ley de otro Estado donde fueran a revenderse o usarse, siempre y cuando las partes hubieran convenido en el contrato ⁶² que las mercancías iban a ser revendidas o usadas en ese Estado (a. 42-1-a).

Sin embargo, el vendedor no es responsable si el comprador «al momento de la celebración del contrato» conocía o no podía ignorar la existencia del derecho o pretensión (a. 42-2-a). Esta exención de responsabilidad no opera cuando se trata de derechos o pretensiones

⁶² El artículo dice que las partes debían haber previsto «en el momento de la celebración del contrato» que las mercancías se revenderían o usarían en otro Estado, pero no hay por qué restringir la eficacia de un acuerdo de este tipo a que sea celebrado en ese momento y no en otro posterior. No hay razón para que el vendedor no responda por la existencia de derechos o pretensiones fundados en la propiedad intelectual según la ley de un tercer Estado, cuando el comprador y el vendedor convinieron, después de la celebración del contrato, pero antes del momento de la transmisión del riesgo, que el comprador revendería o usaría las mercancías en ese tercer Estado. Aquí también «el momento de la celebración del contrato» debe interpretarse como un término *post quem*.

distintos de la propiedad intelectual, en cuyo caso se exige (a. 41) que el comprador convenga en aceptarlos ⁶³. Lo que el comprador no puede ignorar es algo que tendrá que decidirse caso por caso, de manera análoga a lo que el vendedor no puede ignorar.

Tampoco responde el vendedor (a. 42-2-b) cuando el derecho o pretensión deriven del hecho de que el vendedor se haya ajustado a las fórmulas, modelos o diseños que le proporcionó el comprador, pues en tales casos se entiende que el comprador asume la responsabilidad por los derechos de propiedad intelectual que afecten las fórmulas o modelos que él proporcionó.

3. Responsabilidad del Vendedor por Derechos o Pretensiones de Terceros sobre las Mercancías

Para exigir responsabilidad al vendedor por los derechos y pretensiones de terceros que existan sobre las mercancías, el comprador, de manera semejante a lo que ocurre con la exigencia de responsabilidad por faltas de conformidad de las mercancías (a. 39), debe comunicar al vendedor la existencia de tales derechos o pretensiones, especificando su naturaleza, en un plazo razonable a partir del momento en que la haya conocido o debiera haberla conocido (a. 43-1). Lo que debe entenderse por plazo razonable, y por el momento en que se debió haber conocido fue ya tratado arriba ⁶⁴.

El requisito de la comunicación no es necesario (a. 43-2) si el vendedor conocía ⁶⁵ la existencia del derecho o pretensión y su naturaleza. Como el vendedor sólo es responsable por derechos o pretensiones

⁶³ Ver arriba en 6.

⁶⁴ Ver arriba 5.3.

⁶⁵ No basta, como en la responsabilidad por falta de conformidad de las mercancías, que el vendedor no pueda ignorar las faltas de conformidad (a. 40), sino que se requiere positivo conocimiento.

de terceros que conoció o no pudo ignorar (a. 42-1), resulta, como nota Schlechtriem ⁶⁶, que el requisito de comunicar su existencia sólo se exigirá respecto de aquellos derechos o pretensiones de tercero que el vendedor no podía ignorar.

En todo caso, si el comprador puede aducir una excusa razonable para no haber comunicado la existencia del derecho o pretensión con la precisión suficiente o dentro del plazo razonable, puede, de acuerdo con el a. 44 ya discutido arriba ⁶⁷, reclamar una indemnización por daños.

A diferencia de la responsabilidad por falta de conformidad de las mercancías, que tiene un plazo límite de dos años a partir de que el comprador tuvo las mercancías en su poder (a. 39-2), la responsabilidad por existencia de derechos o pretensiones de terceros no tiene tal limitación. Así opinan diversos autores ⁶⁸, que no extienden el alcance de ese límite a la responsabilidad por derechos y pretensiones de terceros. Como los derechos y pretensiones de terceros están regulados por las leyes nacionales, el límite temporal que tendrá el comprador para exigir responsabilidad al vendedor por ellos, corresponderá con los plazos de prescripción y caducidad que impongan dichas leyes.

VIII. TRANSMITIR LA PROPIEDAD DE LAS MERCANCÍAS

El vendedor, dice el a. 30, debe transmitir la propiedad de las mercancías al comprador. Por «transmitir la propiedad» cabe entender el realizar todos los actos que sean necesarios para que el comprador, haciendo lo que le corresponda, adquiera la propiedad. No es pues obligación del vendedor el que el comprador adquiera la propiedad,

⁶⁶ Schlechtriem, p.74, nota 285.

⁶⁷ Ver arriba 5.3 d.

⁶⁸ Honnold, p.321; Sono en *Commentary*, p 323; Schlechtriem.

ni realizar todos los actos necesarios para ello, sino sólo ejecutar los que son precisos, como requisitos o supuestos previos, para que el comprador adquiera la propiedad haciendo lo que debe hacer.

El contenido específico de esta obligación, es decir los actos en concreto que tiene que realizar el vendedor, no está determinado por la *Convención*, ya que ésta expresamente se abstiene (a. 4-b) de regular nada acerca de los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercancías. Por lo tanto, tocará a las legislaciones nacionales aplicables determinar esos actos. Ordinariamente, la legislación del Estado del comprador determinará lo que éste tiene que hacer para adquirir la propiedad, lo cual eventualmente podrá hacer necesario un acto del vendedor, por ejemplo el otorgamiento de una escritura, o la cancelación de un registro. No es razonable esperar que el vendedor conozca estos detalles, por lo que corresponde al comprador informar al vendedor de lo que tiene que hacer en cumplimiento de su obligación de transmitir el dominio.

Como en la mayoría de las compraventas internacionales, las mercancías son cosas venales o fungibles, que se adquieren o por mero efecto del contrato, como en el Derecho mexicano ⁶⁹, o por simple *traditio* o entrega ⁷⁰, la obligación del vendedor de transmitir la propiedad se reducirá a su obligación de entregar las mercancías.

Cabe notar que la *Convención* no toma en cuenta la propiedad de las mercancías como criterio para determinar cuál de las partes corre con los riesgos por pérdida o deterioro de las mercancías, sino que establece unas reglas (aa. 66-70) que más atienden a cuál de ellas tiene control sobre las mercancías.

⁶⁹ Así el a. 2014 del *Código Civil para el Distrito Federal*, que es norma supletoria de la legislación mercantil.

⁷⁰ Según Lando (en *Commentary*, p.247 y ss), así ocurre en el *Common Law*; mientras que en el Derecho alemán, español, holandés, y suizo se exige el acto de recepción de las mercancías.

IX. TOMAR MEDIDAS PARA LA CONSERVACIÓN DE LAS MERCANCÍAS (AA. 85 Y 86)

Evidentemente, mientras las mercancías están a riesgo del vendedor, no se puede decir que tiene obligación de cuidarlas, ya que los deterioros o pérdidas que sufran serán en su propio detrimento. Pero, en cuanto el riesgo se ha transmitido al comprador, el vendedor puede quedar obligado a custodiarlas, según lo prescriben los artículos 85, 87 y 88.

1. Casos en que el Vendedor tiene esta Obligación

El artículo 85 precisa dos situaciones en que el vendedor tiene esta obligación. Primero, cuando el comprador se ha demorado en la recepción de las mercancías y el vendedor conserva su posesión o el control sobre ellas. Esto puede ocurrir, sobre todo en las compraventas en que se conviene que el comprador recoja las mercancías en determinado lugar, por ejemplo la fábrica o el almacén del vendedor. En estos casos, el vendedor cumple su obligación de entregar avisando al comprador que las mercancías, debidamente identificadas, están a su disposición en ese lugar; si el comprador no las recoge oportunamente, tendrá que correr con el riesgo por su pérdida o deterioro a partir del momento en que incurrió en mora de recibir (a. 69-1). A partir de ese momento, el vendedor podría considerarse libre de responsabilidad por las mercancías, excepto por los daños dolosamente causados, ya que ha cumplido su obligación de entregar y el riesgo se ha transmitido al comprador. Pero la *Convención* le impone la obligación de tomar medidas para conservarlas y reducir así el riesgo del comprador.

La otra situación prevista en el a. 85 es cuando el vendedor envía las mercancías a un lugar determinado donde podrá recogerlas el comprador previo pago del precio. El riesgo se ha transmitido al comprador, salvo acuerdo en contrario, al momento de poner las mercancías en manos del porteador (a. 69-1), pero el vendedor retiene el control de

las mercancías, ya que el comprador no podrá recogerlas del transportista en tanto no pague el precio. Si el comprador se demora en pagar el precio, el vendedor tiene la obligación de conservar las mercancías.

En ambas situaciones, la obligación del vendedor depende de dos circunstancias: que el riesgo se haya transmitido al comprador y que el vendedor siga teniendo la posesión o «poder de disposición sobre ellas». La demora del comprador en recibir las mercancías o la demora en pagar el precio señalan el momento en que nace esta obligación pero no es la causa de la misma ⁷¹. Su fuente, en mi opinión, es la buena fe contractual, que exige que las partes procuren evitarse pérdidas ⁷², y en estos casos, la parte que puede evitar pérdidas a la otra es la que tiene la posesión o el control sobre las mercancías. No importa, por consecuencia, determinar si el comprador se demora en recibir las mercancías o pagar el precio por mera negligencia o por alguna razón, como la de que las mercancías no son conformes con el contrato. Lo decisivo es, como advierte Honnold ⁷³, que el vendedor, por tener la posesión, puede evitar pérdidas a la otra parte. La mora del comprador en recibir o en recoger es el hecho que hace patente la necesidad de tomar medidas conservatorias, ya que se entiende que el vendedor ha entregado mercancías que son conformes con el contrato hasta ese momento, pero que, por causa de la demora del comprador, necesitarán protegerse un tiempo más, que no estaba originalmente considerado.

⁷¹ Si la mora fuera la causa de la obligación, se llegaría a un resultado absurdo: que el incumplimiento de la obligación de una parte genera una obligación a cargo de la otra. En cambio, considerando que el requisito es la transmisión del riesgo y la posesión o control de las mercancías, resulta razonable que la parte que no corre con el riesgo pero que tiene la posesión o control de ellas, tenga la obligación de cuidarlas, por virtud de la buena fe contractual, para evitar daños a la otra.

⁷² Sin embargo, ver Barrera Graf, en **Commentary**, p.617, quien opina que la fuente de esta obligación es la propia ley, es decir, la *Convención*.

⁷³ **Honnold**, p.498.

2. Contenido de la Obligación de Conservar las Mercancías

El vendedor que se encuentra en las situaciones arriba descritas queda obligado, dice el a. 85, a «adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias» para conservar las mercancías. Por medidas razonables cabe entender aquí las que sean adecuadas para preservar las mercancías y no sean excesivamente caras, con relación al valor de las mismas.

En muchos casos la medida razonable será depositar las mercancías en el almacén de un tercero, lo cual podrá hacer el vendedor (a. 87) a expensas de la otra parte. El depósito de las mercancías en el almacén de un tercero es, como nota Barrera Graf⁷⁴, una alternativa que tiene el vendedor, entre otras posibles, por ejemplo depositarlas en un almacén propio, para cumplir su obligación de preservar las mercancías. Solamente en casos en que no hubiera otra medida razonable posible podrá decirse que el vendedor debe hacer el depósito en el almacén de un tercero.

En otros casos, la medida razonable para conservar, ya no las mercancías sino su valor⁷⁵, será venderlas. Esto sucede, según contempla el a. 88-2 si «están expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos». Por «deterioro» cabe entender no sólo la pérdida total (como en los artículos perecederos), sino también la disminución de sus cualidades o de su mero valor comercial⁷⁶; así, la ropa para una temporada o circunstancia específica podría considerarse de rápido deterioro, no obstante que se puede conservar mucho tiempo sin merma de sus cualidades físicas; o podría considerarse que una cantidad de trigo se deteriora rápidamente porque se avizora o se produce una baja importante de su precio en el mercado. Para determinar si la aplicación de una medida implica gastos «excesivos»

habrá que considerar el valor de la mercancía, la capacidad financiera del comprador –quien finalmente tendrá que pagarlos– y el tiempo que duraría tal medida.

En esos casos, la obligación del vendedor consiste en «adoptar medidas razonables para venderlas», lo cual no exige que venda efectivamente las mercancías. Por eso podrá suceder que el vendedor toma las medidas adecuadas y razonables, pero no hay quien compre las mercancías, y éstas se pierden. ¿Tendrá responsabilidad el vendedor por la pérdida de esas mercancías? Todo depende de si tomó o no las «medidas razonables» para venderlas, como anunciarlas y ofrecerlas a un precio atractivo.

Además, el vendedor deberá comunicar a la otra parte, «en la medida de lo posible», su intención de vender las mercancías. Hacer esta comunicación es pues un deber condicionado por las circunstancias y por el objetivo general del a. 88-2 que es evitar el deterioro de las mercancías. Así, cuando se presenta al vendedor alguien que ofrece comprar de inmediato mercancías perecederas que no ha querido recibir el comprador, el vendedor puede hacer la venta sin avisar a éste, pues podría perderse la oportunidad de venderlas.

En estos casos de venta de mercancías que no merecen conservarse, el vendedor queda desligado de su obligación de entregar las mercancías pero debe entregar el precio cobrado por ellas, una vez hechas las deducciones a que tiene derecho, y que se examinan abajo. Y así, si el vendedor que había convenido un precio de mil dólares con el comprador original, vendió las mercancías a ochocientos dólares, tendrá que devolver esos ochocientos dólares al comprador originario, si éste ya le había pagado dicho precio; o podrá exigir al comprador que pague los doscientos dólares que faltan para completar los mil pactados como precio originario; igualmente, si ese vendedor vendió al tercero en mil doscientos dólares, el comprador originario, si había pagado el precio, podrá exigirle que le entregue los mil doscientos dólares cobrados al tercero, o, si no lo había pagado, que le entregue los doscientos dólares que exceden la suma del precio

⁷⁴ *Commentary*, p.625.

⁷⁵ Finalmente, lo que se trata de proteger con el deber de conservar las mercancías es evitar pérdidas a la otra parte y no mantener íntegras las mercancías a cualquier costo.

⁷⁶ Así se interpretó en *Comentarios Secretaría* a. 77.

original. Para que el vendedor quedara desligado de la obligación de dar al comprador original el precio cobrado al tercero sería necesario que declare, previamente a la venta, la resolución del contrato.

3. Derecho de Reembolso y de Retención del Vendedor

Como la conducta del vendedor ha servido para reducir pérdidas al comprador es justo que el comprador corra con los gastos de conservación y que el vendedor tenga una garantía de que le será reembolsada la cantidad que hubiera razonablemente erogado por tal motivo. Las garantías que prevé la *Convención* (retención y venta de las mercancías) dan al vendedor, en este punto, una posición predominante, que se justifica por lo mismo que quedó obligado a conservar las mercancías, esto es por tener la posesión o el control de las mismas.

El derecho de reembolso se hace efectivo cuando el comprador recibe las mercancías, que es el momento en que termina la obligación del vendedor de conservarlas, cuando el vendedor las vende a un tercero, o cuando el comprador «se demora excesivamente» en recibirlas o en pagar el precio.

3.1. Cuando el comprador recibe la mercancía

Si el comprador que se demoró en recibir las mercancías o en pagar el precio, después de que el vendedor adoptó las medidas conservatorias, está dispuesto a recibirlas y, en su caso, paga el precio debido, el vendedor puede exigirle el reembolso de los «gastos razonables que haya realizado», y negarse a entregar las mercancías en tanto no le sean reembolsados (aa. 85 y 87). Aun cuando el comprador ya hubiera pagado el precio total de las mercancías, el vendedor puede negarse a entregarlas mientras no le sean reembolsados dichos gastos.

Además, si este comprador se demorase «excesivamente» en pagar los gastos de conservación, el vendedor tiene derecho de vender las mercancías, avisando con «antelación razonable» a la otra parte (a. 88-1), a fin de cobrarse con el precio los gastos «razonables» que hubiera hecho, entregando al comprador el resto de las mercancías⁷⁷ y del precio (a. 88-3). La determinación de si la demora ha sido «excesiva», de si los gastos fueron «razonables» o si el aviso fue dado con antelación «razonable» tendrá que hacerse, caso por caso, por el vendedor para decidir si vende o no las mercancías, y eventualmente por el juez para decidir si vende o no las mercancías, y eventualmente por el juez para decidir si el vendedor actuó o no jurídicamente.

3.2. Cuando el vendedor vende mercancías perecederas

Tiene derecho a retener, del precio cobrado al tercero, la cantidad equivalente a los gastos razonables que le haya ocasionado la conservación y venta de las mercancías (a. 88-3), pero debe abonar la diferencia a la otra parte, según se explicó arriba. También aquí es el vendedor quien decide, a fin de cuantificar la cantidad que retiene, qué son gastos «razonables», aunque el juez podrá eventualmente confirmar o modificar esa decisión.

3.3. Cuando el comprador se demora excesivamente en recibir o en pagar

En estos casos, el vendedor tiene derecho a vender las mercancías a un tercero, avisando con «antelación razonable» al comprador, y a retener del precio cobrado la cantidad equivalente a los gastos razonables de conservación y venta. Nuevamente es el vendedor quien

⁷⁷ Aunque la *Convención* no habla de devolver el resto de las mercancías, cabe entender que así debe ser ya que para recuperar los gastos de almacenaje ordinariamente será suficiente con vender una parte de las mercancías. Para que el vendedor quede desligado de su obligación de entregar las mercancías sería preciso resolver el contrato.

juzga si la demora fue «excesiva», si el aviso lo dio con «antelación razonable» o si los gastos fueron «razonables». Aquí también, como en el caso de venta de cosas que se deterioran, el vendedor deberá abonar el precio cobrado a la otra parte, de modo que tendrá que darlo al comprador, si éste ya había pagado el precio originalmente convenido, o retenerlo a cuenta de éste.

Puede considerarse este derecho del vendedor también como un recurso en caso de incumplimiento del comprador, ya que es un medio que tiene para defender sus intereses cuando el comprador aparentemente no cumple alguna de sus obligaciones (pagar o recibir las mercancías). Es un recurso efectivo, ya que da al vendedor un derecho de autodefensa, como bien lo ha llamado Schlechtriem ⁷⁸. Pero el vendedor que hace uso de este derecho debe estar seguro de que se han cumplido objetivamente todos los requisitos para ejercerlo, ya que su decisión podrá ser revisada ulteriormente por un juez, y de resultar que no fue debidamente tomada, el vendedor será responsable de los daños y perjuicios que hubiera causado.

X. OBLIGACIÓN DE REDUCIR PÉRDIDAS

La *Convención* establece (a. 77) la obligación del vendedor de tomar las medidas razonables, de acuerdo con las circunstancias, para reducir las pérdidas que puede sufrir a causa del incumplimiento, por parte del comprador, de alguna de sus obligaciones. A primera vista parecería que el citado artículo no establece una obligación a cargo del vendedor, sino que tan sólo le da un consejo en su propio interés, el de hacer lo posible por reducir las pérdidas. Sin embargo, se trata de una verdadera obligación puesto que el comprador puede exigir responsabilidad al vendedor por no haber tomado esas medidas. En efecto, cuando el vendedor reclame al comprador el pago de daños y perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento de alguna de

sus obligaciones, el comprador podrá exigir que se reduzca el monto de la indemnización por daños y perjuicios si el vendedor no tomó medidas adecuadas para reducir, en lo posible, esos daños y perjuicios. Se trata, por consiguiente de una obligación que es exigible, no por vía de acción, sino por vía de compensación o reconvencción, pero ciertamente exigible.

Debe tenerse en cuenta que la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación puede reclamarse, bien como una acción independiente, bien como una acción concurrente con otro recurso, por ejemplo con el de exigir el pago del precio (a. 45-2).

1. Casos en que hay Obligación de Tomar Medidas para Reducir Pérdidas

El a. 77 dice que existe esta obligación en el caso de que el vendedor «invoque el incumplimiento del contrato». Invocar el incumplimiento significa no sólo demandar ante un juez o árbitro por esa causa, sino también aducirlo ante la otra parte, en cualquier comunicación, como causa para resolver el contrato o para exigir su cumplimiento o el pago de daños y perjuicios. Así, el vendedor que avisa al comprador que no ha recibido el pago del precio y, de acuerdo con el a. 63, le fija un plazo suplementario para pagar, está ya invocando ese incumplimiento, y queda obligado a tomar medidas para reducir pérdidas. De acuerdo con esto, la obligación del vendedor de tomar medidas para reducir las pérdidas surgiría, por regla general, en el momento en que envíe una comunicación ⁷⁹ al comprador (o a un juez o árbitro) invocando el incumplimiento. Pero, como la *Convención* permite invocar, no sólo el incumplimiento ya demostrado, sino también el «incumplimiento previsible», esto es el incumplimiento que puede producirse (a. 71) o que es patente que se producirá (a. 72),

⁷⁸ Schlechtriem, p.108, le llama *right to a self-help sale*, o derecho a una venta de autodefensa.

⁷⁹ Ver a. 27.

cabe concluir que cuando el vendedor invoca un incumplimiento previsible, a partir de ese momento surge la obligación de tomar medidas para reducir pérdidas y no a partir del momento en que llegue a invocar el incumplimiento ya consumado ⁸⁰.

Conviene advertir que esta obligación surge en un supuesto ligeramente diferente del que causa la obligación del vendedor de conservar las mercancías. Esta última nace cuando el comprador no recibe las mercancías o no paga el precio, independientemente de la decisión del vendedor de invocar o no ese incumplimiento; en cambio, la obligación de reducir las pérdidas surge precisamente cuando se invoca el incumplimiento.

Este caso puede aclarar la diferencia: el vendedor puso las mercancías a disposición del comprador en un determinado almacén de un tercero, en donde están bien cuidadas. El comprador no las recoge, ni paga el precio, en el tiempo que debiera hacerlo. Entonces, el vendedor, cumpliendo con su obligación de conservar las mercancías, conviene con el propietario del almacén para que continúe guardándolas en depósito, y da al comprador un plazo suplementario para recogerlas. Como el comprador sigue sin recogerlas, el vendedor, invocando el incumplimiento del comprador, exige el pago de daños y perjuicios, y queda, por consecuencia, obligado a tomar medidas para reducir las pérdidas.

2. Contenido de la Obligación de Reducir Pérdidas

La obligación consiste en «tomar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias» para reducir las pérdidas. Por «pérdidas» deben entenderse los daños y además los perjuicios, como lo dice el propio a. 77.

⁸⁰ Coincide con esto Knapp, en *Commentary*, p.561, al proponer como ejemplo de aplicación del a. 77 un caso de incumplimiento previsible regido por el a. 72.

El vendedor debe tomar medidas que «sean razonables, atendidas las circunstancias». No son razonables las que constituyan una carga excesiva, con relación al valor del contrato. El tipo concreto de medidas que deberá tomar el vendedor dependerá de las circunstancias de cada caso y de la clase de incumplimiento. Cuando se trata del incumplimiento o demora de la obligación de pagar el precio de mercancías que ya fueron entregadas y recibidas por el comprador, las medidas que deberá tomar el vendedor serán de carácter financiero, por ejemplo contratar un crédito y así reducir las pérdidas derivadas de la no disponibilidad de la cantidad que esperaba cobrar como precio; pero quizá no fuera una medida razonable, si el vendedor, para obtener el crédito, tuviera que dar en garantía un bien inmueble, o si los costos financieros del crédito fueran excesivos.

Cuando se trata del incumplimiento de la obligación de recibir las mercancías o de pagar el precio de mercancías no entregadas, la medida razonable, en la mayoría de los casos, será resolver el contrato y vender las mercancías a un tercero, tal como lo prevé el a. 75. En otros casos, esto podría no ser una «medida razonable», por ejemplo cuando se trata de mercancías fabricadas según requerimientos técnicos muy específicos del comprador que difícilmente pueden venderse a otro.

En la conferencia de Viena se discutió si el a. 77 podría interpretarse en el sentido de que el vendedor estaba obligado, cuando invocaba el incumplimiento, a resolver el contrato y vender las mercancías. De la discusión quedó en claro lo siguiente: que el vendedor, en caso de incumplimiento del comprador, no está obligado, en general, a resolver el contrato y tiene el derecho de reclamar el cumplimiento específico del mismo. Sin embargo, la resolución del contrato y la venta de las mercancías a un tercero se consideran, en general, medidas razonables para evitar las pérdidas (y por consecuencia se entienden obligatorias) en los casos en que el vendedor, que no ha entregado las mercancías, prevé que el comprador no podrá cumplir sus obligaciones contractuales ⁸¹.

⁸¹ Referido por Knapp, en *Commentary*, p.566.

3. Responsabilidad del Vendedor por Incumplimiento de esta Obligación

El vendedor que no toma medidas razonables para reducir las pérdidas, es responsable de las pérdidas que pudo haber evitado tomando dichas medidas «en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida».

La responsabilidad le es exigible no directamente, sino como reducción del monto de la indemnización por daños y perjuicios que reclame del comprador que no ha cumplido. Por ejemplo, el comprador, que no ha recibido las mercancías, declara que no puede pagar el precio de 1999 USD que se había convenido; el vendedor, no obstante que sabe que el comprador está en dificultades financieras, insiste en conseguir el pago del precio y pierde la oportunidad de vender esas mercancías a un tercero que ofrecía pagar 800 USD; finalmente, el vendedor resuelve el contrato, vende las mercancías, cuyo valor había bajado en el mercado, a 600 USD, y exige al comprador una indemnización de daños y perjuicios equivalente a 400 USD. El comprador, puede entonces exigir que el monto de la indemnización se reduzca 200 USD que es la cantidad equivalente a la pérdida que hubiera evitado el vendedor resolviendo oportunamente el contrato y vendiendo las mercancías en 800 USD.

Otro caso sería el del vendedor que ha enviado las mercancías a un determinado almacén donde debe recogerlas el comprador; el almacenaje genera gastos que tendrá que pagar quien recoja las mercancías. Si el comprador declara que no recogerá las mercancías porque no puede pagarlas, es razonable que el vendedor proceda a recoger las mercancías y pague los gastos de almacenaje, sabiendo que podrá reclamar al comprador una indemnización por el incumplimiento del contrato en la cual se comprenderán todos los gastos de almacenaje. Pero si el vendedor, en vez de recoger las mercancías inmediatamente, se demora en hacerlo tres o cuatro meses, cuando reclame al comprador la indemnización por incumplimiento, en la que incluirá los gastos de almacenaje, el comprador podrá pedir que la indemnización

se reduzca descontando los gastos de almacenaje que pudieron evitarse si el vendedor hubiera recogido oportunamente las mercancías.

El espíritu que informa estas disposiciones de la *Convención* es el de fomentar la responsabilidad de los comerciantes por obtener el mayor aprovechamiento posible de las mercancías. Por esto, se sanciona la negligencia del comerciante que no cuida sus intereses pensando que podrá exigir una indemnización a la otra parte que no ha cumplido con su obligación. Como no se trata evidentemente de disminuir la responsabilidad del contratante que no ha cumplido, no deben interpretarse estas disposiciones en un sentido desfavorable al vendedor que ha hecho lo razonable por reducir las pérdidas. Así, en el caso de un vendedor que fabrica mercancías, siguiendo especificaciones muy precisas del comprador, y que difícilmente podrían ser vendidas a otra persona, si el vendedor, sabiendo que el comprador ha declarado que no puede pagar el precio, insiste en que se la pague, no cabe pensar que su insistencia es excesiva y causa de pérdidas que podían haberse evitado.



ELSEVIER

International Review of Law and Economics 25 (2005) 378–396

International
Review of
Law and
Economics

Remedies for Breach of Contract Under the CISG

Avery W. Katz

Columbia University School of Law, 435 W. 116th Street, New York, NY 10027-7297, USA

Abstract

In this essay, I survey the three main remedial categories of the Convention on the International Sale of Goods (CISG) [specific performance, money damages, and goods-oriented remedies such as rejection and cure] from the vantage point of the economic literature on contract remedies, and discuss whether the rules set by the CISG are economically suitable for the particular transactions it governs—that is, long-distance and cross-border transactions, which are characterized by a different configuration of relative transaction costs than purely domestic exchanges. The central theoretical premise of the essay is that while the economically optimal arrangement with respect to contract remedies is a second-best matter about which it is difficult to generalize, it is possible to draw some distinctions between long-distance and short-distance transactions and between in-border and cross-border transactions, and to develop generalizations about which remedies are relatively best suited to which contracts. A subsidiary premise is that CISG remedial rules are only default rules; and that private parties engaging in these transactions can and should contract into the remedial arrangements that are best suited to their particular arrangements. At the end of the paper, I draw some comparisons to issues raised by the burgeoning practice of electronic contracting.
© 2005 Elsevier Inc. All rights reserved.

Keywords: Remedies for breach of contract; Contract law; Sales law

1. Introduction

The remedial provisions of the Convention on the International Sale of Goods (CISG) reflect a deliberate balancing among the remedial approaches of the civil law, the common law, and other various legal systems of the Convention's signatory nations. Much discussion of these provisions, accordingly, has proceeded from the vantage point of comparative law, and has focused on the question of which rules are better or fairer as a matter of overall

policy or as an international compromise. This essay takes a different approach; it instead evaluates CISG remedies from the vantage point of the economic analysis of law, in order to determine whether those remedies maximize contractual value for international traders or, conversely, whether such traders would do better to contract out of the Convention's default rules and into their own arrangements.

From the vantage point of a central planner, the economic approach might appear to offer no clear-cut conclusions in this regard, for the main lesson that can be drawn from the law-and-economics literature on contract remedies is that no remedial rule is perfect in the sense of providing efficient incentives along all relevant dimensions of contractual behavior. Rather, there are always economic tradeoffs to be drawn among the various elements of contractual efficiency: efficient ex post performance, efficient mitigation of losses, efficient reliance, efficient risk allocation, and so on. Furthermore, while it is hard enough to generalize about the efficiency of contract rules within a single legal system, it is even more problematic to make such an attempt in the transnational setting, where parties, business settings, and legal transaction costs are highly heterogeneous.

Fortunately, we do not have to undertake such an effort, since the law of contracts leaves the specification of remedies to the parties to a very considerable extent. This freedom of contract is not unlimited, of course. Under US sales law, for instance, the parties lack power to set damages at a punitive level, to bind a court to award specific performance, or to limit remedies in such a way to deprive an aggrieved party of the substantial value of the bargain.¹ But subject to such outer limits, and to the limits imposed by general doctrines such as unconscionability and public policy, parties retain substantial freedom to choose their remedies. They may liquidate damages in a particular amount, specify a method for calculating damages, limit damages to a specific amount, or exclude certain types of damages (such as consequential damages or economic loss) entirely. Similarly they can restrict a buyer's right to reject goods, a seller's right to cure defective performance, or either party's right to demand assurances of performance or to declare a contract repudiated, provided they do so in a way that is not manifestly unreasonable.²

All these options are also available in international sales contracts under the CISG. In particular, CISG Article 6 explicitly authorizes contracting parties to exclude the application of the Convention to their agreement, or to derogate from or vary the effect of any of its provisions.³ Again, this authority does not confer absolute freedom of contract, because the parties will still be restrained by domestic legal rules relating to the contract's validity,

¹ See UCC §§2-718 (holding unreasonably large liquidated damages void as a penalty); 2-716 (specific performance is discretionary and courts may condition its award on whatever terms and conditions are deemed just); 2-719, comment 1 (requiring "at least a fair quantum of remedy for breach").

² UCC 1-102(3) (provisions of the UCC variable by parties' agreement; obligations of good faith, diligence, reasonableness and care may not be disclaimed, but parties may determine the standards by which the performance of such obligations is to be measured if such standards are not manifestly unreasonable).

³ The Convention does impose some minor limitations on this general rule. Specifically, where one of the parties to the contract is located in a state that has made a reservation under article 96 relating to the question of whether a contract must be formally evidenced by a writing, the parties may not agree to dispense with the writing requirement that the home state has retained. In addition, the parties are not empowered to derogate from the public international law provisions of Articles 89 through 101, as these provisions cover issues relevant to contracting States rather than private parties.

E-mail address: avkatz@law.columbia.edu.

which are not governed or superseded by the CISG.⁴ (And as discussed below, the CISG does not require a domestic court to award specific relief in situations where this would be contrary to their usual local practice.) But the overall spirit of the Convention, and the fact that most disputes under it are heard by private arbitral tribunals, plainly encourages parties to choose remedial options that best suit the needs of their transaction.

In addition, the option of contracting around legal defaults is more salient in the transnational setting, where in order to contract with one another at all, the parties must address the question of how each party will have to adjust their standard contractual practices in order to conform to the practices and the legal system of the other, or to any compromises offered by the CISG. Thus, it is less likely that the parties will just fall back on legal default rules out of habit or inertia, and more likely that they will consciously make use of their leeway for contractual freedom.

For this reason, in this essay I focus primarily on what remedial arrangements private parties should make when contracting around the CISG default rules, and only secondarily on whether the CISG rules themselves set the appropriate defaults. I have argued elsewhere that the economic approach to contracting is more usefully applied to transactional planning than to the design of public legal texts, both because private actors designing their own transactions are likely to be more receptive to efficiency concerns than are public jurists or legislators, and because private lawmakers are more likely to be in possession of the detailed information that is necessary to apply economic analysis usefully.⁵ In the international sales area in particular (and when working under uniform laws and conventions more generally), this emphasis on transactional design is even more strongly warranted because the institutional difficulties of amending a multilateral treaty make changing its articles extremely unlikely. Thus, it is only through private transactional design that economic analysis is likely to have much effect on international sales.

Of course, parties operating in different markets and across different borders or trading different kinds of goods will face different economic tradeoffs, and it is not feasible to offer general advice here to all such parties. CISG transactions do have certain common characteristics, however, that distinguish them from the more general transactions governed by domestic sales law. Most importantly, they are all merchant-to-merchant transactions; they are all transnational transactions in which the parties must contend with the reach of multiple legal systems; and they typically involve shipment of goods across national borders and, on average, over longer distances. As a result, it should be possible to draw useful generalizations regarding the arrangements that are best suited to this subset of commercial contractual transactions and this configuration of relative transaction costs. Such generalizations will be useful both for ex ante transactional design (i.e. as a starting point for individual renegotiation around the legal default rules in specific instances) and for ex post dispute resolution (i.e. as a guide to interpretation and application that can be applied by transnational tribunals deciding cases).

⁴ See Article 4(a) (the CISG is not concerned with the validity of the contract, or any of its provisions, or of any usage).

⁵ See Avery W. Katz, *Taking Private Ordering Seriously*, 144 U. Pa. L. Rev. 1745 (1996); Avery W. Katz, *An Economic Analysis of the Guaranty Contract*, 66 U. Chi. L. Rev. 47 (1999); Avery W. Katz, *The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation*, 104 Colum. L. Rev. 496 (2004).

The organization of this essay proceeds as follows: Section 2 essay discusses the economic tradeoffs that are posed by the choice of remedial provisions, and how these tradeoffs interact with the distinctive features of CISG transactions. Section 3 discusses the CISG provisions that deal with specific performance of contracts—the standard remedy for contractual breach under both the civil law and CISG. Section 4 discusses the CISG provisions dealing with monetary damages, and also discusses liquidated damages negotiated by the parties ex ante—a topic that the CISG does not explicitly address. Section 5 discusses CISG provisions dealing with those party-administered remedies arising in the course of contractual performance: including rejection, cure, *nachfrist*, and avoidance. Finally, Section 6 draws some parallels between the legal arrangements most appropriate in CISG transactions and those arrangements best suited to electronic contracting transactions; and Section 7 concludes.

2. The economic perspective on contract remedies as applied to international sales

The economic analysis of contract remedies starts from the basic premise – perhaps unconventional from a non-economic standpoint – that remedial terms are just one of the terms of the contract. That is, the choice of remedy has substantive incentive and risk allocation effects just as other contract terms do, and the parties can and should choose among remedial terms and trade them off against more traditionally conceived substantive terms as suits their joint interests.⁶ For example, a buyer might reasonably agree to a less expansive remedy in event of breach in exchange for a lower price, in the same way that she might agree to a limited warranty that defines downward what counts as a breach.

From this perspective, we are naturally led to ask what substantive effects are produced by various remedial terms. And as mentioned above, these effects operate along various dimensions of behavior including whether to perform ex post or to breach the contract, versus or breach, what efforts should be taken by both sides to mitigate losses in the event of breach, what should be the level of pre-performance reliance and relational investment, how the various risks of non-performance and fluctuations of costs and benefits should be allocated between the parties, how must information should the parties develop and exchange before contracting, and how much effort should the parties spend searching for contractual partners and entering into contracts in the first place.⁷

Because of this multiplicity of substantive considerations, it is not possible to generalize about which remedial term is best over all contractual situations. Expectation damages, for instance, provide good incentives to choose between performance and breach as well as good incentives for precautionary investment by the promisor, but they do not provide good incentives for promisee reliance, promisee mitigation, transmission of information from promisee to promisor, or risk allocation in situations when the promisor is more risk-averse

⁶ Steven Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 Bell J. Econ. 466 (1980); Steven Shavell, *The Design of Contracts and Remedies for Breach*, 99 Q.J. Econ. 121 (1984); Steven Shavell, *Contracts*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, ed. Peter Newman (New York: Stockton Press, 1998).

⁷ See generally Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2004), ch. 13.

than the promisee. Using more complicated rules that condition liability on both parties' behavior, it is in theory possible to promote multiple substantive incentives simultaneously. For instance, imposing a duty to mitigate as a condition of receiving expectation damages can promote efficient performance together with efficient mitigation⁸; and limiting expectation damages to the level that was foreseeable at the time of contracting can promote efficient performance together with efficient disclosure from promisee to promisor.⁹ But such conditional rules impose additional informational demands on judicial factfinders that they may not always be able to meet: for example, determining in hindsight what level of reliance was reasonable.¹⁰

The difficulty of balancing various dimensions of efficiency in heterogeneous circumstances suggests two general institutional responses: choosing legal default rules that are second best, and permitting freedom of contract so that individual parties can use their local knowledge to improve on the general defaults that public lawmakers have set. For example, if we think that private bargaining is relatively costly due to bilateral monopoly or other transaction costs, we should choose default rules to implement the tradeoff that best suits majority preference; conversely, if we think that private bargaining is relatively cheap, we should select default rules that encourage such bargaining.¹¹ This could mean penalty default rules if parties are asymmetrically informed, or bright-line rules if they are symmetrically informed.¹²

Which of these various potential responses is proper depends on what we know about the universe of transactions involved, and also about the relative competence of judicial tribunals and private parties. In the area of consumer contracts, for instance, many of the standard rationality and informational assumptions of the economic approach are not met. Different contractual policies may thus be appropriate, as has been recognized by most legal systems and legal commentators. But in the business-to-business context, and in the international commercial context in particular, different generalizations and different kinds of default rules are in order, and private parties exercising their freedom of contract will want to make different kinds of arrangements still.

In applying the economic analysis of contract remedies to CISG transactions in particular, we return to the distinctive features mentioned in the previous section. First, as we have noted, the CISG is restricted in scope to mercantile transactions.¹³ Merchants generally have access to good legal and business information, who can spread many risks over the course of multiple transactions, and who can more easily establish reputations that make repeat business (or litigation on the other hand) more credible. They also have good access

⁸ Robert D. Cooter, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, 73 Cal. L. Rev. 1 (1985).

⁹ Ian Ayres and Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 Yale L.J. 87 (1989).

¹⁰ See, e.g. Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, 65 U. Chi. L. Rev. 2 (1998).

¹¹ Charles J. Goetz and Robert E. Scott, *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions between Express and Implied Contract Terms*, 73 Cal. L. Rev. 261 (1985).

¹² Ayres and Gertner, *supra*, note 11 (advocating penalty default rules); Robert E. Scott and George G. Triantis, *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*, 104 Colum. L. Rev. 1428 (2004).

¹³ See Article 2(a) (the Convention does not apply to sales of goods bought for personal, family or household use).

to mass market institutions and devices – such as private arbitration, commercial letters of credit, and trading of financial derivatives – that can be used to spread risk and hedge against disputes.

Second, and most obviously, the CISG is restricted to international transactions.¹⁴ This implies that CISG transactions cross national boundaries and require the parties to incur the costs of dealing with separate systems of law, procedure, regulation, and commercial custom. And perhaps less significantly, CISG transactions are more likely to occur across larger physical distances (although this last generalization obviously need not hold in every specific case, only on average).

The international nature of CISG transactions affects relative transaction costs in a number of overlapping ways. It is more costly, relative to the value of the goods themselves, to transport goods across borders and over long distances, more costly to communicate information before and during exchange (especially when the greater risk of miscommunication is counted as a cost), more costly to monitor the performance and reliability of contractual partners, and more costly to litigate and settle disputes. All these factors advantage domestic relative to international trade; and to the extent that international transportation, communication, monitoring and disputing costs increase less than proportionately to the value of the underlying goods, they also imply greater economies of scale in international trade than in domestic trade.¹⁵

In addition, the importance of these various transaction costs relative to each other are also different in international settings. While both disputing costs and monitoring costs are higher in the international arena, the relative increase in disputing costs is probably greater than the relative increase of monitoring costs, given the availability of transnational monitoring agents such as inspectors, certification agencies, and corresponding banks. Similarly, the relative increase of monitoring costs in the international setting is probably greater than the relative increase in the costs of transmitting information, especially given recent innovations in information technology. And the relative increase in the costs of disputing and monitoring may well be greater than the relative increase in the cost of physically transporting goods. These relative cost factors explain why litigation is infrequent in the international setting, as well as why 3d-party guaranty devices such as letters of credit are widely used—especially in cases where the parties have not yet developed a sufficient commercial relationship to make reputation and repeat dealing a binding incentive for collectively rational behavior.

In sum, all these factors combine in the international setting to advantage reputational remedies over legal ones, party-administered legal remedies over court-administered ones, and monetary remedies over possessory ones—other things being equal. Of course, such general rules of thumb do not themselves explain how relative transaction costs play out

¹⁴ See Article 1 (the Convention applies only to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States).

¹⁵ Cf. Avery W. Katz, *The Relative Costs of Incorporating Trade Usage into Domestic versus International Sales Contracts*, 5 Chi. J. Int'l L. 181 (2004), at 189, (“Because many [litigation] expenditures are fixed in amount and do not depend on the intensity of litigation, however, the incremental cost of considering additional evidence given that there is already going to be litigation is relatively low in comparison. More generally, it makes sense to litigate more intensively in litigation that is characterized by higher stakes or higher overhead costs, and in the international setting it is these cases that are typically brought before arbitrators or courts.”)

in terms of specific statutory provisions. In the succeeding sections of this paper, accordingly, I sketch out implications of the foregoing framework over three broad divisions of remedial law: specific relief, the calculation of monetary damages, and the rescissory remedies that arise during the course of performance and that can be applied directly by the parties without immediate judicial supervision. In my discussion, I will analyze the CISG provisions simultaneously and in comparison with the sales law regime that is in force in the USA—Article 2 of the Uniform Commercial Code (UCC). I adopt this comparative focus for two reasons: first, to connect this essay up to the existing work on the economics of remedies, most of which has been developed in the context of US law; and second, to highlight more clearly the transactional approach I emphasize throughout. In teaching sales law to law students, and in designing sales transactions for use by international traders, one is constantly faced with the choice between competing legal provisions. The optimal choice of legal terms in such contexts can only be made comparatively, in a second-best manner. Readers more familiar with other regimes of sales law are invited to extend and apply my suggested framework to the legal arrangements they know best.

3. Specific relief under the CISG

It is a truism of comparative law scholarship that civil law systems tend to favor specific relief as a remedy for breach of contract, while common law systems tend to favor monetary damages. In practice, however, this dichotomy is probably overstated. Some civil law scholars have suggested that specific relief is much less often used in fact than the official doctrinal sources would indicate¹⁶; and at least in the US, doctrinal developments have made it easier for plaintiffs to get specific relief.¹⁷ But viewed as a difference in degree rather than a difference in kind, the conventional wisdom remains valid.

In this regard, the CISG sides with the civil law and establishes a preference for specific relief.¹⁸ This preference is not absolute; it yields to the discretion of a court to deny a remedy that it would not apply under its own domestic law.¹⁹ But such denials are discretionary, and many courts that would incline against specific relief in domestic cases may incline toward it in CISG cases, out of a sense of international comity or of the desire to establish a favorable environment for international business. Most CISG disputes, furthermore, are heard by private arbitral tribunals with no such compunctions. Is this preference for specific relief appropriate, then, on efficiency grounds?

¹⁶ See Henrik Lando and Caspar Rose, *On The Enforcement Of Specific Performance In Civil Law Countries*, 24 *Int'l Rev. L. & Econ.* 473 (2004).

¹⁷ See Farnsworth on Contracts (2001), §12.4 (“the modern trend is clearly in favor of the extension of specific relief at the expense of the traditional primacy of damages”).

¹⁸ Article 46 sets up a general rule of specific performance in cases of seller breach. In non-conforming goods cases, the buyer has a right to demand delivery of substitute goods if the lack of conformity constitutes a fundamental breach, and to demand repair unless such a demand is unreasonable. Article 62 provides an analogous rule in the case of buyer breach.

¹⁹ Article 28 provides that “a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.”

The law and economics literature regarding specific performance has gone through three stages of development. The first wave of commentators suggested that the traditional common law distinctions that governed availability of the remedy were generally efficient. For example, Kronman argued that specific relief was efficient only in contracts for unique or specialized goods or services, on the grounds that the transaction cost of cover in such cases are relatively high.²⁰ The second wave of commentators suggested that the efficient remedy instead depended on a comparison of relevant transaction costs: buyers could have a comparative advantage covering even in thin markets, and sellers could have a comparative advantage in covering even in thick markets.²¹ The third wave of commentators built on the analysis of the second in order to argue that no general conclusions about the remedy's efficiency could be drawn. On this most recent view, contractual parties should be encouraged to make the choice on their own (or to liquidate damages instead) because courts are not in a good position to evaluate the relevant comparative transaction costs. For example, Ulen has argued that a default rule of specific performance provides the best starting point for such bargaining (in part because courts are probably more willing to honor attempts to contract out of specific performance than attempts to contract in).²²

This argument for decentralized contractual choice has been further reinforced by subsequent literature that has emphasized the value of specific relief in encouraging unobservable relational investment.²³ Thus, in the current received law-and-economics view, the main arguments against specific relief are the administrative cost it imposes on the courts and the cost it imposes on parties who should contract out of such relief *ex ante*, but for some reason cannot or fail to do so.²⁴ In the unusual case in which specific relief is clearly socially wasteful and the parties have failed to contract out, the court's discretion, exercised sparingly, provides a useful safety valve.

In light of these arguments, the CISG's treatment of specific relief appears to accord with modern thinking. Specific relief is available as a default rule under Articles 46 and 62. Parties can contract out of this default by using Article 6, or by explicitly granting the promisor an option to pay a liquidated sum in lieu of performance. Finally, in cases where specific relief is too burdensome, courts are extended an escape hatch under Article 28.²⁵

Turning to a comparative transaction cost perspective, several specific features of the international sales context are relevant to the choice between specific and monetary relief. First, because transportation costs are relatively high, resale and cover transactions are less likely to be available following breach, and market differentials are likely to be harder to calculate due to underdevelopment of local markets in the relevant commodity (such

²⁰ See Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 *U. Chi. L. Rev.* 351 (1978).

²¹ See, e.g. Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 *Yale L.J.* 271 (1979).

²² Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 *Mich. L. Rev.* 341 (1983).

²³ See, e.g. Aaron S. Edlin and Stefan Reichelstein, *Holdups, Standard Breach, and Optimal Investment*, 86 *Am. Econ. Rev.* 478 (1996).

²⁴ Cf. Aaron S. Edlin and Alan Schwartz, *Optimal Penalties in Contracts*, 78 *Chi.-Kent. L. Rev.* 33 (2003).

²⁵ This analysis is only a first cut at the problem. Private parties must also decide whether to exercise their freedom under Article 6 to avoid specific performance; and we have not considered how the special features of transnational contracts bear on their choice whether to do so.

thinness of markets being a significant motivation for the transaction to begin with). This factor would favor increased use of specific performance relative to damages, other things being equal. Similarly, to the extent that successful transactions require parties to engage in up-front cross-border search and to become expert in foreign legal and commercial systems, this will lead them to make greater relationship-specific investments. In general, greater relational investment, by reducing the substitutability of alternative contractual partners, also favors the greater use of specific performance.²⁶

On the other hand, the greater distance between the parties and the extra lag time required for transporting goods may make it more difficult for a court to oversee an award of specific relief. An award of money damages, in contrast, is more easily enforced against local assets or against an issuer of a letter of credit or a guarantor. This increased difficulty of enforcement suggests that in many cases, aggrieved parties may prefer to seek and domestic courts may prefer to grant money damages in preference to specific relief. Similarly, the commercial letter of credit device, and the third party certification this provides, will often prove a more effective way to motivate performance than would the injunction of a distant court.²⁷

In the end, however, these countervailing factors do not undermine the case for having a default rule of specific performance under the CISG. Nothing in the CISG prevents aggrieved parties from choosing the alternative of money damages if they prefer; indeed, Article 73 explicitly grants them the option of doing either.

4. Monetary relief under the CISG

As with the question of specific relief, the conventional economic wisdom on money damages has moved through multiple stages. The first wave of commentary concluded (as summarized above) that expectation damages were the most desirable measure of monetary relief because they encouraged efficient performance and breach.²⁸ Admittedly, the expectation measure did not encourage efficient promisee mitigation or reliance, but such behavior could be controlled imperfectly through doctrines like the duty to mitigate damages and by using objective measures of lost expectation like market differentials, as opposed to subjective measures like lost profit.²⁹ With regard to risk allocation, expectation damages would also be inefficient if the promisee were the least cost insurer,³⁰ but moral hazard and adverse selection made this an unlikely occurrence with regard to the risk of promisor non-performance, except in cases where performance became impossible or commercially

²⁶ Cf. *Laclede Gas Co. v. Amoco Oil Co.*, 522 F.2d 33 (8th Cir. 1975) (existence of relational investment in form of dedicated pipelines a determining factor in award of specific performance in otherwise homogenous commodity).

²⁷ See Ronald J. Mann, *The Role of Letters of Credit in Payment Transactions*, 98 Mich. L. Rev. 2494 (2000); Clayton P. Gillette, *Letters of Credit as Signals*, 98 Mich. L. Rev. 2537 (2000); Avery W. Katz, *Informality as a Bilateral Assurance Mechanism*, 98 Mich. L. Rev. 2554 (2000).

²⁸ Shavell, *supra*, note 8.

²⁹ See Cooter, *supra*, note 10; See, e.g. Robert E. Scott, *The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle*, 57 U. Chi. L. Rev. 1155 (1990).

³⁰ A.M. Polinsky, *Risk Sharing through Breach of Contract Remedies*, 12 J. Legal Stud. 427 (1983).

impracticable due to unforeseen events.³¹ Thus, expectation damages were viewed as probably second-best in most cases.

This first wave of scholarship also tended to endorse the common-law suspicion of liquidated damages in excess of the expectation interest, on the grounds that such damages deterred efficient breach.³² To this argument against contractual penalties, scholars writing from the perspective of antitrust economics added the objection that such penalties were inefficient because they assisted the promisee in foreclosing entry by competitors.³³

A subsequent wave of economically influenced legal scholarship, however, has resulted in a shift of conventional wisdom at least with regard to liquidated damages. Most economically influenced commentators tend to think that liquidated damages should be regulated for fairness and defective process on the same basis as other contractual terms, under doctrines such as fraud, duress, unconscionability, or mutual assent, but should not be subject to any special restrictions such as the penalty doctrines of the common law and UCC 2-718.³⁴ This is so for two reasons: first, courts policing liquidated damages under the penalty doctrine have often mistakenly characterized damages as excessively penal when a fuller economic understanding would have revealed them as merely compensatory.³⁵ Second, under many circumstances, supracompensatory damages can increase the parties' expected surplus from trade, even if they give inappropriate signals with regard to the performance/breach margin.³⁶ This new view of liquidated damages, however, has not yet displaced the majority view in favor of expectation damages as a default rule, although it is possible that it may in the future.³⁷

In the main, the CISG's money damage provisions accord with the recommendations of earlier economic scholarship. As a general matter, the CISG adopts expectation damages as its primary measure of monetary relief in Articles 74 through 78. It tracks the UCC in providing both objective market measures of expectation (Article 75 on cover and

³¹ Richard A. Posner and Andrew M. Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines of Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. Legal Stud. 83 (1977).

³² See, e.g. Samuel A. Rea, Jr., *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages*, 13 J. Legal Stud. 147 (1984).

³³ Philippe Aghion and Patrick Bolton, *Contracts as a Barrier to Entry*, 77 Am. Econ. Rev. 388 (1987); Tai-Yeong Chung, *On the Social Optimality of Liquidated Damage Clauses: An Economic Analysis*, 8 J.L. Econ. & Org. 280 (1992).

³⁴ Edlin and Schwartz, *supra*, note 24. Although this point of view has become dominant only more recently, it has important precursors in the earlier literature, including most influentially Charles J. Goetz and Robert E. Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on An Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 77 Colum. L. Rev. 554 (1977).

³⁵ Alan Schwartz, *The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures*, 100 Yale L.J. 369, 383–387 (1990).

³⁶ For example, supracompensatory damages could serve to compensate for a positive probability of non-detection (as with punitive damages in tort), or to encourage relational investment that, while observable by the parties, is unverifiable by a third-party tribunal. Aaron S. Edlin, *Cadillac Contracts and Up-Front Payments: Efficient Investment Under Expectation Damages*, 12 J.L. Econ. & Org. 98 (1996); Edlin and Reichelstein, *supra*, note 23; Eric Maskin and Jean Tirole, *Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts*, 66 Rev. Econ. Stud. 83 (1999).

³⁷ Two recent articles that discuss contract damages from the viewpoint of real option theory may signal a potential shift in this regard: Scott and Triantis, *supra*, note 14, and Avery W. Katz, *The Option Element in Contracting*, 90 Va. L. Rev. 2187 (2004).

resale transactions and Article 76 on market differentials) as well as more subjective measures of lost profit (Article 74). And it also adopts a foreseeability limitation in Article 74, which places limits on subjectively measured damages, thus better encouraging ex ante disclosure.

Furthermore, the CISG measures expectation damages more accurately than the UCC in at least three respects. Article 77 provides an explicit duty to mitigate damages, in contrast to the implicit and incomplete treatment afforded under UCC §§2-706 and 2-712. Interest on unpaid obligations – plainly a part of lost expectation – is available by default under Article 78. And in cases where contracts are avoided or repudiated before performance and damages are measured by the difference between contract and market price, market price is measured as of the time of avoidance. Under the current version of UCC §2-708, and arguably also under the current version of §2-713, market price is measured as of the time of performance, thus granting the aggrieved party an undeserved an inefficient speculative opportunity, and giving potential breachers an excessive incentive to perform.³⁸

On the other hand, there is one respect in which the CISG falls short of the UCC in assessing expectation damages: in its formula for measuring damages for breach of warranty on delivered goods. Under UCC §2-714, such damages are measured in terms of the difference in value between the goods that were received and the goods that were promised; this formula is a straightforward implementation of expectation damages. CISG Article 50, on the other hand, applies a subtly different test: instead of difference in value, it applies a ratio measure.³⁹ In cases where the contract price is equal to the market value of the goods that should have been delivered, accordingly, these two formulas yield identical results, but when contract price exceeds market value (i.e. when buyer has overpaid ex post), the CISG measure overcompensates the buyer relative to her expectation. Conversely, when contract price is less than market value (i.e. when the buyer has underpaid ex post), the CISG measure undercompensates the buyer relative to her expectation.⁴⁰

Effectively, the CISG measure sacrifices efficient incentives for performance in order to achieve some additional amount of risk sharing between the seller and buyer. Since the parties have presumably chosen market price to allocate risk as they see fit, however, it is unclear why a breach of warranty should be an occasion to disturb this allocation. Thus,

³⁸ See Thomas H. Jackson, *Anticipatory Repudiation and the Temporal Element of Contract Law: An Economic Inquiry into Contract Damages in Cases of Prospective Nonperformance*, 31 *Stan. L. Rev.* 69 (1978) (explaining relationship between time of measuring damages and the expected value of damages payable). Note that proposed revisions to Article 2-708, recently promulgated by the ALI and NCCUSL but not yet adopted as the law of any state, would eliminate the current asymmetric treatment of buyers and sellers in this regard, measuring damages at repudiation for either party in accordance with Jackson's argument. See revised §2-708(1)(b), comment 4 (2003).

³⁹ Article 50 provides: "If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time." From a formal perspective, this remedy is styled as an adjustment in the contract terms (namely, the price) rather than as damages, but from the economic viewpoint it is equivalent to damages in cost-benefit terms.

⁴⁰ To see this, let the contract price be denoted as P , the market value of the goods as they should have been delivered as V , and the shortfall in value due to defective performance as ΔV . Under UCC §2-714, damages are calculated as ΔV . Under CISG Article 50, the buyer's can set off a portion of the price, ΔP , in an amount equal to $\Delta V(P/V)$. When $P = V$, $\Delta P = \Delta V$; but when $P > V$, $\Delta P > \Delta V$.

the economic perspective would reject the rule of Article 50 in favor of the rule of UCC §2-714.⁴¹

With regard to liquidated damages, the CISG appears to anticipate the new wisdom of the law and economics literature in that it adopts a more liberal approach than the UCC. Section 2-718 of the UCC incorporates the common-law penalty doctrine, albeit with a few variations and exceptions. Under the CISG, however, there is no specific provision dealing with liquidated damages, and thus no penalty doctrine. Indeed, CISG Article 6 on its face authorizes departures from expectation damages to the same extent that it authorizes departures from any other default term of the Convention.

To be sure, the CISG states explicitly in Article 4 that it takes no position on the issue of contractual validity—a category that includes the standard common-law defenses to liability such as fraud, duress, mistake and unconscionability.⁴² Domestic defenses of this sort, accordingly, could if applicable limit the availability of liquidated damages. But this is exactly the recommended approach of the modern law and economic scholarship. The current prevailing view is not that liquidated damages should be subject to no regulation at all—rather that it should be regulated neutrally on the same basis as other contract terms. This is just what Article 4 provides.⁴³

What can we add to the foregoing analysis to account for the special circumstances and transaction costs of international sales contracts? Three additional factors are relevant in this regard. First, the extra costs of disputing cross-border cases may render expectation damages inadequate to motivate efficient performance. This outcome is most likely under the American system of litigation finance, where attorneys' fees are not compensable as an ordinary part of expectation damages, but most probably the same is true to a lesser extent under the loser-pays system followed by the rest of the world. The practical inadequacy of expectation damages justifies a relatively more liberal attitude toward liquidated damages, along the lines of the civil law's approach. Similarly, the special difficulties of collecting monetary judgments in transnational settings may justify a more liberal attitude toward supracompensatory damages, assessed either as quasi-punitive measures or as informational signals of reliability.

Second, relatively high transportation costs tend to make cover and resale less feasible than in comparable domestic transactions. Just as this factor argues in favor of specific performance where available and feasible, it also justifies a more liberal inquiry into lost profit and other subjective measures of damages. And third and finally, the higher transaction

⁴¹ Note that in cases involving risk of loss, the UCC adopts an analogous risk-sharing policy to Article 50. Under UCC §2-509, the risk of loss to identified goods passes to a merchant buyer upon tender of delivery, but under §2-510, where a tender or delivery of goods so fails to conform to the contract as to give a right of rejection, the risk of their loss remains on the seller until cure or acceptance. Thus, seller breach results not just in the obligation to pay expectation damages, but also in an additional reallocation of risk. The rule of §2-510 is similarly overcompensatory and accordingly creates inefficient incentives for the seller to perform.

⁴² This approach follows that of the civil law, where penalties are permissible up to the point where they are deemed extravagant. Aristides N. Hatzis, *Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law*, 22 *Int'l Rev. L. & Econ.* 381 (2002).

⁴³ There is a caveat to this analysis. Conceivably, UCC §2-718 could be viewed as such a validity provision under US law; this would allow the regulations of 2-718 to come into CISG transactions via the route of Article 4. This could only happen, though, if US validity rules were deemed to apply to the contract under the rules of private international law.

costs present in the international setting may similarly favor a more contextual inquiry into the issues of lost profit and mitigation. As I have argued elsewhere in the context of discussing the CISG's interpretative rules, such costs, while rendering litigation a less attractive alternative, create economies of scale that make it worthwhile to litigate more intensively those disputes that do make sense to pursue.⁴⁴

5. Privately administered remedies under the CISG

In many cases, especially those in which breach is incomplete or uncertain, the high transaction costs of pursuing *ex post* legal relief make it a relatively ineffective remedy in practice. Under such circumstances, an aggrieved party may prefer simply to escape from the contract, throwing the resultant losses on the breacher—or less drastically, to suspend its own performance as a means of putting pressure on its counterparty to comply with contractual obligations. This is so for reasons of both compensation in the immediate case, and deterrence in the longer run. With regard to compensation, abandoning the contract may offer early mitigation opportunities that are more valuable than either the net expected damages that could be recovered through litigation or the grudging performance of a counterparty who performs under threat of litigation. With regard to deterrence, conversely, the potential losses resulting from a rescinded bargain (or from the aggrieved party's withholding its own performance) may impose a larger effective penalty on a potential breacher.

For these reasons, contractual doctrines dealing with rejection of goods, suspension of performance, avoidance of the contract, insecurity, and repudiation should be understood to provide a separate set of remedies that operate both as complements to and substitutes for traditional monetary and injunctive relief. In particular, these remedies, which have received relatively less attention in the law-and-economics literature, have the distinctive advantage that they can be applied by the parties themselves in the course of contractual performance, requiring only after-the-fact supervision by legal authorities. For this reason, I refer to them as privately administered remedies.⁴⁵

Privately administered remedies can be superior to conventional monetary and specific relief in at least three related respects. First, they directly encourage parties to negotiate and exchange information during the period in which performance is pending, since if they wait until litigation to do so their positions may be irrevocably disadvantaged. Second and relatedly, they encourage early mitigation of damages in cases where breach is likely or inevitable; and third, they reduce the scope for rent-seeking over the costs of litigation. More specifically, an aggrieved party's rights to demand assurances of performance, to

⁴⁴ Katz, *The Relative Costs of Incorporating Trade Usage into Domestic versus International Sales Contracts*, *supra*, note 15.

⁴⁵ Other writers have sometimes labeled them as "self-help" remedies, on an analogy to the property-oriented remedies that are sometimes available under the law of security interests and mortgages. See, e.g. Richard E. Speidel, *Buyer's Remedies of Rejection and Cancellation under the UCC and the Convention*, 6 *J. Contract L.* 131 (1993). It should be noted, however, that any remedies that turn on property interests, such as foreclosure and repossession, are excluded from the coverage of the CISG. See Article 4(b) (providing that the Convention is not concerned with any effect the contract may have on the property in the goods sold).

suspend its own performance in the event of insecurity, and ultimately to put the contract to an end, limit its counterparty's ability to speculate with regard to the fact of performance.

Absent the doctrines of insecurity and anticipatory breach, for instance, a party contemplating breach lacks incentive to cut the contract short at the appropriate time because the damages payable in the event of breach do not track the counterparty's expected losses, or compensate for the loss of mitigation opportunities. In such instances, the promisor has an incentive to speculate inefficiently at the promisee's expense, and can extract a payment or other concession in exchange for clarifying the situation. But the buyer's rights to demand assurances of performance, and to declare a repudiation if they are not forthcoming, limit the seller's incentives in this regard.⁴⁶

Similarly, absent the remedies of rejection and revocation, a seller of goods has an incentive to provide less than full performance, because he knows that if he breaches to an extent that is just less than the buyer's cost of litigation, the buyer's threat to bring suit will not be credible. Rejection and revocation limit a seller's ability to extract rents from the buyer by lowering the available rents to be extracted and by granting the buyer a credible counter-threat.⁴⁷

On the other hand, all of these remedies can also be asserted opportunistically by the buyer. A buyer who can cover for rejected goods at relatively low cost, for instance, and who knows that the seller's resale costs are relatively high, can use the threat of rejection to extract a modification or to induce the seller to take excessive precautions against the risk of not being able to perform.⁴⁸ And a party may declare insecurity or trigger repudiation or rescission of the contract at a point that is privately rational for the rescinding party,

⁴⁶ For instance, suppose that B fears that S will fail to deliver promised goods, and if this happens B will suffer 100 in uncompensable losses. Suppose also that if the contract is rescinded, B can take mitigating actions that will reduce his losses to 50, but if the contract remains in force and is performed, these actions will result in losses to B of 150. (This could be because B's mitigation efforts are wasted in the event of delivery, or because they will cause B to breach the contract and to owe damages to S). In this case, mitigation does not pay unless the probability p of S performing is less than 25%.

Suppose finally that S earns 50 profit in the event of delivery, and loses 50 (including any damage payments) in the event that she breaches. In this case, the social costs of breach are 150; and it is socially optimal to call off the contract whenever $p < 75\%$. But because S does not pay the entire social cost of breach, she will prefer to go forward with the contract whenever her chances of performance are at least 50%. In this case S will either go forward inefficiently, or extract a payment from B (in an amount up to $100p - 50$, B's expected savings from mitigation) in exchange for calling off the contract. But if B has the right to put the contract at an end whenever his risk of going forward is too high, S loses this hold-up power.

See generally Richard Craswell, *Insecurity, Repudiation and Cure*, 19 *J. Legal Stud.* 399 (1990).

⁴⁷ For example, suppose that a seller fails to apply a promised chemical treatment that costs 500, and which increases the value of the goods by 2000. This failure is plainly inefficient and the 2000 is available as damages. But if it costs 2500 to bring suit, the threat of suit is not credible and S lacks incentive (apart from any loss of reputation) to treat the goods. On the other hand, if the buyer rejects the defective performance, it will have to go out and cover with substitute goods at a cost of 500, and the seller will then have to dispose of the goods at reduced market value. In this case, rejection is credible (because it is cheaper to pay 500 in cover costs than suffer a 1500 diminution in value of the goods) and the seller will be induced to complete performance (because the prospect of disposing of unfinished goods in a spot market internalizes the costs to the seller of incomplete performance). See generally George L. Priest, *Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach*, 91 *Harv. L. Rev.* 960 (1978).

⁴⁸ For example, suppose it costs 2000 for S to finish the goods, and this increases their value by only 500; so it is not worth finishing and the parties should settle on a price adjustment. But because the goods are specially

but inefficient from the viewpoint of the two parties together. These countervailing types of opportunism are a particular concern when market prices have moved against the party threatening self-help, so that that party wishes to escape the contract for reasons entirely unrelated to the counterparty's uncertain performance.

The CISG provisions relating to privately administered remedies make it harder for buyers to use these provisions for strategic purposes. Though the buyer's rejection rights are limited in various ways under the UCC, they are limited to a greater extent under the CISG, which contains no analogue to the "perfect tender" rule of UCC §2-601. Instead, the CISG adopts a materiality standard that is closer to UCC 2-612's special rule applying to installment contracts.⁴⁹

Conversely, the CISG provisions relating to cure are somewhat more flexible than those of the UCC, mitigating the seller's incentives for strategic under-performance. Under some instances, a buyer may require cure under Article 46 or can specify an extension of the period for performance (a variant of the German *nachfrist* procedure) under Article 47; there is no analog to these provisions under the UCC. And the seller's right under Article 48(1) to cure after delivery is somewhat stronger than under UCC §2-508(2).⁵⁰ But there is a price to be paid for this flexibility. The contextual nature of the CISG standards for avoidance and cure leads to greater uncertainty, and to concurrent difficulty in predicting the outcome of disputes.

Do these CISG provisions simply reflect a different normative perspective than underlies the UCC, or do the special transaction costs present in the transnational setting justify a different set of default rules? It is at least plausible that the latter is the case. Disputing costs are higher than monitoring or communication costs in international settings, making ex post remedial proceedings less attractive. Transport costs make last-minute mitigation in the form of cover or resale relatively expensive. Simple substitution on the margin, accordingly, suggests that privately administered self-help remedies should play a larger role in international sales contracts than in purely domestic ones. Indeed, this substitution effect may be sufficient to account for the greater case load in this area, even apart from the contextual standards that are used.

On the other hand, the same transaction costs make it more costly to cover from alternative suppliers or to re-route goods to alternative buyers, implying that the rejection and avoidance remedies are particularly costly in an international setting. Optimal mitigation may thus more often take the form of adjusting the original agreement. If so, the CISG's more restrictive approach to avoidance and more liberal approach to cure may make economic sense.⁵¹ And the uncertainty arising from contextual standards may be less of a problem in the international setting, where economies of scale in dispute resolution militates in favor of greater use of standards relative to rules.

sued to the particular buyer or the market has turned against the seller, S's cost of resale is 3000 and B's cost of cover is 500. In this case B can credibly threaten rejection, allowing him to hold up S for the lesser of the cost of completion and the cost of resale.

⁴⁹ Compare UCC §§2-601, 2-612 to CISG Articles 35–44.

⁵⁰ See Speidel, *supra*, note 45.

⁵¹ There is some indication that these economic considerations operated as part of the actual motivation of the CISG's drafters. See, e.g. John Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (Cambridge, MA: Kluwer Law International, 1999).

6. Parallels to electronic contracting

The comparative transaction cost approach set out in the preceding sections can be applied beyond the specific question of how legal arrangements should vary between domestic and international settings; in particular, it can be applied to the burgeoning topic of electronic contracting. Just as there is a significant change in the configuration of transaction costs when one moves from the domestic to the transnational setting, there is an analogous change when one moves from traditional to electronic methods of contracting. Indeed, the key economic feature of electronic contracting is the qualitative reduction in the costs of processing information relative to other costs of contracting. The costs of communication fall relative to the cost of transporting physical items; and given current technology, the costs of contract formation fall relative to the costs of dispute resolution.

A systematic discussion of the connections between electronic and transnational contracting is beyond the scope of this paper⁵²; but it is both possible and instructive to sketch out a few illustrative comparisons. First, in electronic settings, as in transnational settings, public enforcement of contracts becomes relatively expensive and private enforcement of contracts becomes relatively cheap.⁵³ This cost shift makes it efficient to make more use of arbitration, of third-party certification mechanisms such as letters of credit, and of privately administered self-help remedies such as rescission, avoidance and suspension of performance.

Similarly, the private remedies of rejection and revocation are relatively costly in the electronic setting, just as they are in the international setting, but for reasons that are more complicated. For contracts that require the shipment of physical items, the electronic and international situations are analogous; relatively high transport costs make cover and resale more expensive than monetary relief. In contracts for the sale or licensing of information goods, conversely, transportation is cheap, but rejection and rescission are costly for a different reason: namely, the difficulty of verifying that the buyer has not improperly retained a copy of information received under the rescinded agreement. This pattern of costs may be temporary, however, in that further development of digital rights management systems may mitigate this problem in the future.

Second, the law should be more liberal in allowing penal bonds as enforcement devices in electronic as opposed to traditional settings, and parties should be more liberal about using them. This is so for three reasons, one of which is also relevant in the setting of transnational non-electronic contracting, and two of which are not. First, the higher costs of disputing and of collecting judgments favor greater tolerance of damage clauses that are potentially supracompensatory, just as they do in the international setting. Second, reductions in the cost of processing text – a factor not present in ordinary international contracts – lessens the

⁵² For a more extensive discussion of the special transaction cost structure in the electronic setting, see Avery W. Katz, *Vertragsrecht im Zeitalter des Internets: Eine Ökonomische Perspektive* (Contract Law in the Age of the Internet: An Economic Analysis), in *Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht* (Economic Analysis of the Social Protection Principle in Civil Law), ed. Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2004).

⁵³ See David D. Friedman, *Contracts in Cyberspace*, 6 J. Internet L. 12 (2002); Clayton P. Gillette, *Reputation and Intermediaries in Electronic Commerce*, 63 La. L. Rev. 1009 (2002); Henry H. Perritt, Jr., *Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for New Forms of ADR*, 15 Ohio St. J on Disp. Resol. 675 (2000).

chance that liquidated damage terms will be overlooked at the bargaining stage. Third, the greater availability and lower cost of reputational networks in the electronic setting makes opportunistic use of penal clauses less likely, as a party who invokes a penalty in bad faith is more easily disciplined through non-legal sanctioning than in traditional settings. Again, it is unclear that this last factor has any particular importance in international contracts.

Finally, in contrast to the transnational case, monetary remedies become more important relative to specific relief. This is so for two reasons: first, to the extent that electronic contracting increases the average physical distance between the parties, supervising performance at a distance becomes relatively more difficult. Second, reduced informational costs make it easier and cheaper to search for market alternatives to performance; by the same token, market-oriented damage measures such as cover and difference-in-value should be relatively easier to assess.

To repeat, these general conclusions should be understood as illustrative, not general, and should be interpreted in other-things-being-equal terms. The claim here is not that specific relief should not be available at all in electronic settings or that there should be no restrictions on penal damages; rather, it is that specific relief is relatively less attractive and penal damages more so as a result of relative differences in transaction costs. It is less important that legal default rules change in this regard, than that the parties themselves – who are in a better position to assess the various transactional considerations – take such factors into account in planning the remedial provisions of their agreements.

7. Conclusion

In judging the economic rationality of the CISG's remedial provisions, one should attend to the differences in relative transaction costs and institutional constraints between international and domestic sales contracts. Because of these different costs and constraints, it makes sense to impose different legal arrangements in the international setting, and thus to set up different statutory default rules. Because of the difficulty of generalizing about these costs and constraints, however, we should not spend so much time worrying about what the default rules should be, but instead should make it easier for the parties to choose the regime for themselves that best suits their individual needs. For example, the law should defer liberally to parties' ex ante contractual choices between money damages and specific performance, between liquidated and court-calculated damages, and between privately administered and court-imposed remedies.

Ultimately, it is economics that drives the demand for international trade, and international trade that drives the demand for transnational contract law. International legal institutions should accordingly attend to the economic underpinnings of the transactions they govern, in order to facilitate their underlying purposes.

Acknowledgements

This paper was originally prepared for the Conference on Commercial Law Theory and the CISG, hosted by NYU Law School in Florence, Italy on October 13–15, 2004. I

am grateful to participants at the conference and in particular to Clayton Gillette, Robert Hillman, and Marco Torsello, for helpful comments.

Further reading

- Aghion, P., & Bolton, P. (1987). Contracts as a barrier to entry. *American Economic Review*, 77, 388.
- Ayres, I., & Gertner, R. (1989). Filling gaps in incomplete contracts: An economic theory of default rules. *Yale Law Journal*, 99, 87.
- Chung, T.-Y. (1992). On the social optimality of liquidated damage clauses: An economic analysis. *Journal of Law Economics & Organization*, 8, 280.
- Cooter, R. D. (1985). Unity in tort, contract, and property: The model of precaution. *California Law Review*, 73, 1.
- Craswell, R. (1990). Insecurity, repudiation and cure. *Journal of Legal Studies*, 19, 399.
- Edlin, A. S. (1996). Cadillac contracts and up-front payments: Efficient investment under expectation damages. *Journal of Law Economics & Organization*, 12, 98.
- Edlin, A. S., & Reichelstein, S. J. (1996). Holdups, standard breach, and optimal investment. *American Economic Review*, 86, 478.
- Edlin, A. S., & Schwartz, A. (2003). Optimal penalties in contracts. *Chicago-Kent Law Review*, 78, 33.
- Farnsworth, E. A. (2004). *Farnsworth on contracts* (3rd ed.). New York: Aspen Publishers.
- Friedman, D. D. (2002). Contracts in cyberspace. *Journal of Internet Law*, 6, 12.
- Gillette, C. P. (2000). Letters of credit as signals. *Michigan Law Review*, 98, 2537.
- Gillette, C. P. (2002). Reputation and intermediaries in electronic commerce. *Louisiana Law Review*, 63, 1009.
- Goetz, C. J., & Scott, R. E. (1977). Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: Some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. *Columbia Law Review*, 77, 554.
- Goetz, C. J., & Scott, R. E. (1985). The limits of expanded choice: An analysis of the interactions between express and implied contract terms. *California Law Review*, 73, 261–322.
- Hatzis, A. N. (2002). Having the cake and eating it too: Efficient penalty clauses in common and civil contract law. *International Review of Law and Economics*, 22, 381.
- Honnold, J. (1999). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd ed.). Cambridge, MA: Kluwer Law International.
- Jackson, T. H. (1978). Anticipatory repudiation and the temporal element of contract law: An economic inquiry into contract damages in cases of prospective nonperformance. *Stanford Law Review*, 31, 69.
- Katz, A. W. (1996). Taking private ordering seriously. *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 1745.
- Katz, A. W. (1999). An economic analysis of the guaranty contract. *University of Chicago Law Review*, 66, 47.
- Katz, A. W. (2000). Informality as a bilateral assurance mechanism. *Michigan Law Review*, 98, 2554.
- Katz, A. W. (2004a). The economics of form and substance in contract interpretation. *Columbia Law Review*, 104, 496.
- Katz, A. W. (2004b). The option element in contracting. *Virginia Law Review*, 90, 2187.
- Katz, A. W. (2004c). The relative costs of incorporating trade usage into domestic versus international sales contracts. *Chicago Journal of International Law*, 5, 181.
- Katz, A. W. (2004d). Vertragsrecht im Zeitalter des Internets: Eine Ökonomische Perspektive [Contract law in the age of the internet: An economic analysis]. In H.-B. Schäfer, & C. Ott (Eds.), *Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht [Economic Analysis of the Social Protection Principle in Civil Law]*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kronman, A. T. (1978). Specific performance. *University of Chicago Law Review*, 45, 351.
- Lando, H., & Rose, C. (2004). On the enforcement of specific performance in civil law countries. *International Review of Law and Economics*, 24, 473.
- Mann, R. J. (2000). The role of letters of credit in payment transactions. *Michigan Law Review*, 98, 2494.
- Maskin, E., & Tirole, J. (1999). Unforeseen contingencies and incomplete contracts. *Review of Economic Studies*, 66, 83.
- Perritt, H. H., Jr. (2000). Dispute resolution in cyberspace: Demand for new forms of ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 15, 675.

- Polinsky, A. M. (1983). Risk sharing through breach of contract remedies. *Journal of Legal Studies*, 12, 427.
- Posner, R. A., & Rosenfield, A. M. (1977). Impossibility and related doctrines of contract law: An economic analysis. *Journal of Legal Studies*, 6, 83.
- Priest, G. L. (1978). Breach and remedy for the tender of nonconforming goods under the uniform commercial code: An economic approach. *Harvard Law Review*, 91, 960.
- Rachlinski, J. J. (1998). A positive psychological theory of judging in hindsight. *University of Chicago Law Review*, 65, 2.
- Rea, S. A., Jr. (1984). Efficiency implications of penalties and liquidated damages. *Journal of Legal Studies*, 13, 147.
- Schwartz, A. (1979). The case for specific performance. *Yale Law Journal*, 89, 271.
- Schwartz, A. (1990). The myth that promisees prefer supracompensatory remedies: An analysis of contracting for damage measures. *Yale Law Journal*, 100, 369.
- Scott, R. E. (1990). The case for market damages: Revisiting the lost profits puzzle. *University of Chicago Law Review*, 57, 1155.
- Scott, R. E., & Triantis, G. G. (2004). Embedded options and the case against compensation in contract law. *Columbia Law Review*, 104, 1428.
- Shavell, S. M. (1980). Damage measures for breach of contract. *Bell Journal of Economics*, 11, 466.
- Shavell, S. M. (1984). The design of contracts and remedies for breach. *Quarterly Journal of Economics*, 99, 121.
- Shavell, S. M. (1998). Contracts. In P. Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. New York: Stockton Press.
- Shavell, S. M. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press.
- Speidel, R. E. (1993). Buyer's remedies of rejection and cancellation under the UCC and the convention. *Journal of Contract Law*, 6, 131.
- Ulen, T. S. (1983). The efficiency of specific performance: Toward a unified theory of contract remedies. *Michigan Law Review*, 83, 341.