

**INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS
POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
EN LA CONVENCION DE VIENA DE 1980**

**Análisis comparativo del sistema
de responsabilidad civil genérico argentino
y específico de la Convención de las Naciones Unidas
de Viena de 1980 sobre compraventa internacional
de mercaderías**

**FEDERICO MARTÍN PALAVECINO
DIANA P. PALACIOS**

**I. ANÁLISIS DEL DERECHO INTERNO ARGENTINO ACTUAL
SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**

En el Derecho argentino se distinguen dos regímenes de responsabilidad civil.

Por un lado se encuentra el sistema de responsabilidad extracontractual, el cual se aplica ante la infracción del deber genérico de no dañar (también expresado como: a los actos ilícitos, o a delitos y cuasidelitos civiles). Es decir, aquél que rige cuando la obligación de reparar el daño sufrido por una persona está a cargo de otra sin que haya existido entre ambas, previamente al hecho dañoso, un débito o crédito de una prestación específica.

Por otro, se encuentra el régimen de responsabilidad contractual, que es aquel que se aplica ante la infracción de una obligación determinada; en otras palabras, cuando una persona debe reparar el daño sufrido por otra en virtud del

incumplimiento por la primera de una obligación determinada, preexistente a este hecho dañoso (la no ejecución de la prestación prometida).

Estos sistemas están claramente separados por el artículo 1107 del Código Civil, estableciendo como único puente entre ambos, la opción para el damnificado, de solicitar la aplicación del sistema extracontractual en lugar del contractual cuando el incumplimiento contractual sea a su vez un delito criminal.

Estos dos sistemas de responsabilidad comparten los mismos elementos básicos, aunque con diferencias de matices en cada régimen en que se encuentran, especialmente en punto a la extensión del resarcimiento y a la prescripción de la acción de indemnización¹.

Estos elementos que, presentados conjuntamente, determinan la responsabilidad en cualquiera de los regímenes, son: antijuridicidad, daño, causalidad y factor de atribución². Y las mayores diferencias entre ambos regímenes se presentan en punto a la extensión del resarcimiento y la prescripción de la acción de indemnización.

A continuación analizaremos la regulación de la órbita contractual de responsabilidad del Código Civil, ya que es ésta la que compararemos con el régimen de contratos de compraventa de la Convención de Viena de 1980³.

¹ En el sistema contractual existe obligación de reparar menores consecuencias que en el aquiliano (para reparar las consecuencias mediatas se exige que el incumplimiento haya sido doloso), aunque su plazo de prescripción es mayor (10 años contra 3 años).

² Y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1972, Rec. 3, tema V.

Sin embargo, no coincidimos con la enumeración efectuada y proponemos la siguiente: conducta imputable, daño antijurídico, causalidad y factor de atribución.

Creemos que este desplazamiento de la ubicación de la antijuridicidad, desde la conducta al daño, permite limar las asperezas del sistema genérico de responsabilidad al querer aplicarlo a la actividad lícita del Estado.

Dejamos aquí planteado este tema, el cual desarrollaremos en un trabajo posterior.

³ Que sólo tratemos el tema de la responsabilidad por incumplimiento no significa que éste sea el único tema en que la Convención pueda presen-

A) Antijuridicidad de la conducta

En el sistema de responsabilidad contractual el hecho antijurídico generador de responsabilidad es el incumplimiento de la o las obligaciones a cargo de una o ambas partes, o su cumplimiento defectuoso por ser parcial, o de distinta especie o calidad, o inoportuno. En otras palabras: debida una conducta determinada, su incumplimiento configura la conducta antijurídica.

El Código Civil, ante el incumplimiento defectuoso, prevé que el acreedor puede, si lo detecta, rechazar el cumplimiento, aceptarlo⁴, o aceptarlo con reserva de derechos. Alternativa esta última que le permite aceptar pagos parciales, conservando derecho sobre el remanente.

Ante el cumplimiento defectuoso no detectado al tiempo de cumplimiento, sin negligencia del acreedor, el sistema prevé la obligación de garantía de quien fue deudor tanto por evicción como por vicios ocultos.

Este incumplimiento total o parcial de la obligación en su cantidad, calidad o tiempo, produce por sí mismo ciertas consecuencias en el plano del Derecho como es, por ejemplo, la habilitación al damnificado para adoptar medidas cautelares⁵.

El incumplimiento objetivo —o en sí mismo—, al calificarse jurídicamente por la circunstancia de ser imputable al deudor y, en ciertos casos, por haber sido interpelado, pasa a llamarse "mora".

En la mayoría de los casos esta interpelación no es necesaria para constituir en mora, ya que el artículo 509 del Código Civil, según su reforma por el decreto-ley 17.711/68, establece la automaticidad de la mora sin necesidad de interpelación cuando, habiendo plazo para cumplir, el mismo vence.

tar diferencias con el ordenamiento interno. Para una apostada y muy buena síntesis de las particularidades de la misma puede consultarse Marzetti, O. J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Aotras, Buenos Aires, 1993, ps. 57 y sigs.

⁴ En el caso de obligaciones de dar suma de dinero, el art. 624, Cód. Civ. prescribe que el recibo de capital sin reserva de intereses extingue la obligación respecto a éstos. Esta norma ha recibido aplicación analógica con respecto a toda clase de obligaciones accesorias (conf. Balas, A. E., *Código Civil Anotado*, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 329, art. citado).

⁵ Conf. Alterini, A. A., *El incumplimiento en sí propio*, *Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales*.

Sin embargo, las comunicaciones previas a una acción judicial se siguen utilizando. Pero esto es debido, no a una obligatoria interpelación, sino a evitar cargar con las costas del juicio en caso de allanamiento oportuno y total de la otra parte —art. 70 CPCCN—.

Según el sistema del Código Civil es recién esta situación de mora, y no la mera demora no calificada, la que surte efectos tales como habilitar las acciones judiciales, transferir el riesgo (inaplicabilidad de la doctrina de la imprevisión, imputación del caso fortuito), facultar el ejercicio del pacto comisorio, tornar exigibles las penas pactadas en la cláusula al efecto y las garantías abstractas⁶, y hacer ejercicio de ciertas medidas de compulsión⁷.

El Daño. Daño moral

"Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades." Así define genéricamente a este elemento el artículo 1068 del Código Civil.

El daño contractual, está definido específicamente en el artículo 519 como "la pérdida que haya sufrido y la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo."

Siendo que por el contrato cada una de las partes adquiere derechos y contrae obligaciones, el incumplimiento de una obligación a cargo de una de ellas vulnera el derecho de la otra a que la obligación sea cumplida⁸.

⁶ Sobre el tema puede consultarse con provecho: Alegria, H., "Las garantías abstractas o a primera demanda en el Derecho moderno y en el Proyecto de Unificación argentina", en *R.D.C.G.*, 1947, ps. 465 y sigs.; y Kerselmaier de Carlucci, A. R., "Las garantías a primera demanda", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2, ps. 93 y sigs.

⁷ Sobre el tema puede consultarse Mossot Iturrage, J., *Medios para Forzar el Cumplimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.

⁸ Por ello es que la discusión sobre si es indemnizable el daño de hecho no es propia del sistema contractual sino del aquiliano, ver: Mossot Iturrage, J., *Estudios sobre Responsabilidad por Daños*, T. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1962, ps. 11 a 23.

La existencia del elemento daño es esencial para la existencia de una obligación de indemnizar, ya que es precisamente este daño lo que hay que reparar, dejando indemne al damnificado.

Por ello es que la indemnización debe comprender la sustitución de la prestación debida y no cumplida —si no pudo lograrse la ejecución forzada o por tercero a costa del obligado—, más los daños y perjuicios que este incumplimiento causó, pero no más que éstos⁹.

La indemnización no debe ser una fuente de lucro (más allá del lucro esperado, ya que sí comprende el lucro cesante), por lo que en nuestro Derecho están excluidos los daños ejemplares¹⁰.

La extensión de la reparación del daño causado varía según cuál sea el factor de atribución y de qué acontecimiento surja el daño.

Adelantamos aquí que el daño puede producirse como consecuencia del actuar directo del causante, o de su "conexión con acontecimiento distinto", según lo distingue el Código en los artículos 901 y siguientes¹¹.

Un rubro más a reparar que prevé nuestro sistema interno es el daño moral reglado en el artículo 522, el cual

⁹ En el caso de obligaciones de dar sumas de dinero, el art. 622, Cód. Civ., establece una presunción de daño o causalidad al prescribir que el deudor moroso debe intereses sobre la suma debida aunque el acreedor no justifique perjuicio alguno y aun cuando el deudor pruebe que, por el destino que hubiera dado a los fondos, no los habría percibido.

Puede ampliarse el tema en Alterini, A. A. - López Cabana, R. M., "Presunciones de causalidad y de responsabilidad" en *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 42.

¹⁰ Ver La Para, S., "Cicerón y el accionista controlante", en *Lecciones y Ensayos*, n° 54, ps. 83 y sigs., especialmente ps. 112 y sigs., donde aparece algunos principios de las leyes del Estado de Nueva York de los cuales surgen evidentes contrastes con nuestro Derecho.

¹¹ La aplicación de los artículos citados a las obligaciones contractuales no es pacífica en doctrina.

Si bien consideramos mayoritaria la postura que sostiene que estas disposiciones tienen carácter general, no faltan autores que consideran que estas normas se refieren a las obligaciones extracontractuales, mientras que las contractuales se rigen en este aspecto por los artículos 520 a 522.

Al respecto, ver Cifuentes, S., comentario al art. 901, nota 1, en Belluscio-Zanetti, *Código Civil Comentado*, T. IV, p. 47.

pareciera afirmar que su reparación es potestativa del juez, aunque la doctrina es coincidente en que su reparación es obligatoria.

C) *Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño*

La relación de causalidad, o de causa a efecto, podemos definirla como la relación que existe entre un acontecimiento anterior y uno posterior, de modo que podamos decir que el segundo emana del primero.

Así definida parece que fuera algo simple de percibir en la realidad concreta, mas, en ocasiones, un hecho no emana de sólo un hecho antecedente sino que se requirieron varios hechos anteriores para que el posterior existiera; cada uno de estos hechos anteriores es lo que se conoce como *concausa*.

Como explica Bustamante Alsina: "Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento o factor de atribución. Es el elemento aglutinante que hace que el daño y el factor de atribución (culpa, garantía, riesgo) se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar"¹².

La apreciación de la relación de causalidad es importante en dos aspectos. En primer lugar permite establecer "quién responde, vale decir, si cierto resultado es atribuible o no a determinado sujeto"¹³, es decir: la autoría.

Luego permite establecer por cuáles consecuencias del hecho responde, o, que es lo mismo, "hasta dónde deberá responder la persona por sus actos voluntarios"¹⁴, lo cual es llamado la "adecuación del daño".

Al respecto, el Código Civil diseña el sistema de apreciación de la causalidad principalmente en base a la teoría de

¹² Bustamante Alsina, J. H., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1980, p. 217.

¹³ Alterri, A. A. - López Cabana, R. M., en "Presunciones de causalidad y de responsabilidad" citado.

¹⁴ Cifuentes, S., *cit.*, en nota 11, p. 48.

la causalidad adecuada, pero sin dejar de lado las teorías de la equivalencia de las condiciones y la de la causa próxima.

Se entiende por causa adecuada al resultado de aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado. Sólo es hecho causal adecuado aquel que, de acuerdo a la experiencia de la vida, ocasiona el resultado dañoso que se juzga.

La teoría de la causa próxima no aporta más que una presunción de causalidad adecuada, por cuanto presume esta calidad para las consecuencias inmediatas de un hecho (art. 903, Cód. Civ.). Para liberarse, el imputado puede probar que hay una causa adecuada que no es esa, que el hecho no sucedió según el curso natural y ordinario de las cosas.

La condición *sine qua non* aprecia todos los hechos que contribuyeron de un modo u otro a producir el daño. Esta teoría de equivalencia de las condiciones se utiliza para establecer si un hecho tuvo o no relevancia en el resultado. Si suprimiendo —hipotéticamente— el hecho, el resultado igual acontece, entonces el hecho referido no lo provocó.

No termina aquí el sistema, ya que existen presunciones de causalidad, explicación de las cuales escapa al objetivo de este trabajo¹⁵.

Por otra parte, la división de las consecuencias en inmediatas, mediatas, remotas y casuales revela la fundamental importancia del elemento previsibilidad, a tal punto que genera el siguiente comentario: "En suma, la regulación de los principios generales de la responsabilidad civil está gobernada por las siguientes consideraciones: Primera: la base de la responsabilidad radica en la efectiva posibilidad que tenga el sujeto de prever las consecuencias de su actividad"¹⁶. Volveremos sobre este punto al tratar la extensión del resarcimiento.

D) *Factor de atribución de la responsabilidad. Obligaciones de media, industria y de confianza*

El factor de atribución es el motivo por el cual una per-

¹⁵ Sobre las mismas, consultar Alterini, A. A. - López Cabana, E. M., "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", ya citado, y citas de ese trabajo.

¹⁶ Liarrúas, J. J., Código Civil Comentado, T. II-B, p. 24.

sona tiene a su cargo la satisfacción de una indemnización en favor de otra que sufrió un daño¹⁷.

La relevancia de este tema está en determinar con qué prueba se responsabiliza o se libera el demandado.

Los distintos factores de atribución se dividen en subjetivos (básicamente, la culpa) y objetivos (esencialmente, el riesgo y la garantía), según que la conducta del sujeto responsable sea relevante o no para determinar su responsabilidad.

Precisando, el factor de atribución será subjetivo cuando el responsable pueda liberarse con la demostración de haber obrado con la diligencia debida. Esta existencia de la conducta debida es presumida por la ley, según los casos, en forma positiva (es decir que existió la debida diligencia, con lo cual la carga de la prueba en contrario es para quien demande) o negativa (es decir, que no existió y que debe probarla el demandado para liberarse).

Son factores de atribución subjetivos el dolo y la culpa, que muchas veces son nombrados conjuntamente bajo el término genérico culpa.

Son factores de atribución objetivos la garantía, el riesgo, la equidad, el abuso de derecho y la normal tolerancia entre vecinos¹⁸.

Los factores de atribución subjetivos basan su estructura íntima en que el actuar del sujeto a quien se imputa la conducta dañosa haya sido voluntaria en cuanto persiga realizar el acto, no necesariamente sus consecuencias (art. 900, Cód. Civ.), y en la posibilidad de previsión por el sujeto de las consecuencias del actuar¹⁹.

Es así que, de la combinación de los artículos 901 y siguientes, 520 y 521, surge que se considera a la culpa como

¹⁷ No confundir factor de atribución de la responsabilidad, que es este tema, con atribución de la producción del hecho dañoso, que es tema de relación de causalidad o imputabilidad material.

¹⁸ Enumeración realizada por Bustamante Alaña, J., *op. cit.*

¹⁹ Así es que hay jurisprudencia que sostiene que "solo se responde de los daños cuando éstos se hallan en relación causal con el acto del responsable, es decir, cuando el acto debía normalmente producir esos daños y éstos eran, por tanto, previsibles". C. Com., Sala A, E.D., 48-572, citado por Llambías, *op. cit.*, p. 26.

la imprevisión de lo previsible y el dolo como la previsión de lo previsible, temas que serán tratados más adelante²⁰.

El Derecho clásico sostenía a ultranza que los únicos factores de atribución justos eran los subjetivos, acudiéndose el axioma que reza: "No hay responsabilidad sin culpa". Esta norma no es tan estricta hoy día, al observarse el afinamiento del concepto de culpa y el aumento de factores objetivos de atribución²¹. Un nuevo axioma va tomando lugar: "No debe haber daño injusto sin reparación", refiriéndose con esto a que no debe soportar el daño quien lo sufre si no tiene obligación de soportarlo²².

Conectado con esto, en el ámbito contractual, desde hace tiempo, se impuso la clasificación de las obligaciones emergentes de un contrato en obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

Las obligaciones de resultado son aquellas en que "el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, asegurando al acreedor el logro de la consecuencia o resultado tenido en miras al contratar", coincidiendo generalmente con las obligaciones de dar y de no hacer.

Las obligaciones de medios son aquellas en las que "el deudor compromete su actividad diligente, que razonablemente tiende al logro del resultado esperado, pero éste no es asegurado ni prometido", coincidiendo generalmente con las obligaciones de hacer²³.

La aplicación de tal o cual factor de atribución a una relación contractual se determina según que el contrato haya dado nacimiento a una obligación de medio o a una de resultado y a la gradación que dicha obligación presenta.

²⁰ Por las definiciones de culpa y dolo aquí utilizadas, ver Russo, Eduardo A. - Guelfinkel de Wendy, Lillian, *Ítemos Tributarios*, Buenos Aires, 1991, Cap. IV.

²¹ Alterini, Atilio A., "La presunción legal de la culpa como regla de favor victimas", en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 159.

²² Conf. Lambert-Falve, Y., "La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización", trad. de Núñez, E. A., publicado como acuerdo al libro *Derecho de Daños*, de Alterini, A. A. - López Cabana, R. M.

²³ Alterini, Atilio A. - Arnes, Oscar J. - López Cabana, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, T. II, p. 172.

Las obligaciones de resultado se gradúan en ordinarias, atenuadas y agravadas. Las obligaciones de medio se dividen en ordinarias y reforzadas²⁴. A cada una corresponde distinta carga probatoria²⁵, la cual nos muestra si el factor es subjetivo u objetivo. Veamos esto.

E) Prueba

En el régimen probatorio el principio es que quien afirma algo debe probarlo (art. 377, CPCCN). Aplicado a la acción de indemnización significa que el actor debe probar los presupuestos que responsabilizan al demandado.

Sin embargo, este criterio ha cambiado, exigiéndose que produzcan prueba ambas partes, cargando generalmente con ella quien tenga mayor facilidad para producirla^{26, 27}. Así es que el demandado también tiene prueba a su cargo variando su contenido en función del factor de atribución que juegue en el caso y del carácter de la obligación emergente del contrato.

En las obligaciones de medio ordinarias, el acreedor (que será generalmente el actor en el proceso) debe probar todos los presupuestos de la responsabilidad, incluida la culpa²⁸ de

²⁴ Alterini, A. A., "La responsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el Derecho argentino" en Alterini-López Cabana, *Derecho de Daños*, ps. 343-345, a quien seguimos en la exposición del punto siguiente: "Prueba".

²⁵ De los autores citados en nota anterior, ver: "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", en *L.L.*, 1988-B-947; y "Carga de la prueba en las obligaciones de medio", en *L.L.*, 1989-B-942.

²⁶ Peyrano, J. W., "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", en *E.D.*, 23-VIII-93.

²⁷ Esto fue criticado por el Dr. Alvarado Velloso en el III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993, al decir que la carga de la prueba es una herramienta para que el juez decida a quién perjudica la falta de prueba en el juicio que le toca decidir: por tanto si ponemos la carga de la prueba en cabeza de ambas partes ¿cómo decidimos? ¿ganan las dos? ¿pierden las dos? De cualquier manera el concepto "carga de la prueba" pierde su utilidad.

²⁸ Artículo 512 del Código Civil: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."

la otra parte. El demandado se exime de responder si el actor no pudo probar alguno de los presupuestos, a lo cual puede contribuir con su prueba en contra. Vemos aquí el factor de atribución clásico, la culpa.

En las obligaciones de medio reforzadas y en las de resultado atenuadas, aumenta la prueba a cargo del demandado. Debe probar su falta de culpa o, lo que es lo mismo, haber obrado con la debida diligencia. El factor de atribución sigue siendo subjetivo, sólo que la culpa es presumida, aceptando prueba en contrario.

En las obligaciones de resultado ordinarias, el demandado debe probar la ruptura de la relación causal, ya que su conducta diligente no es relevante para liberarlo. Esto se prueba mediante la acreditación de que el daño ocurrió por causa ajena a su actuar. Se incluyen en este concepto de "causa ajena" al caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de tercero por quien no responde y el hecho de la propia víctima. En este caso el factor de atribución es objetivo, y cede ante la demostración del caso fortuito genérico.

En las obligaciones de resultado agravadas para liberarse se debe probar una causa ajena de una entidad especial, por su gravedad de origen, que está determinada por ley. Esta causa ajena debe ser calificada (por ejemplo guerra, fuerza mayor extraña al trabajo, etc.) no bastando con la genérica. El factor de atribución sigue siendo objetivo, y cede exclusivamente ante un caso fortuito definido por la ley.

En las obligaciones de garantía, sólo se libera el demandado probando la culpa de la propia víctima. Aquí también el factor de atribución es objetivo, diferenciándose del caso anterior en que la calificación de la causa ajena es únicamente la culpa, y no sólo el hecho, de la propia víctima.

F) Extensión del resarcimiento

La extensión del resarcimiento varía, en el ámbito contractual, según se trate del incumplimiento atribuible al dolo, o de los demás factores, según la diferenciación dispuesta por los artículos 520 y 521 del Código Civil.

La regla básica del responder en este ámbito se refiere al incumplimiento culposo, e impone indemnizar los daños sufridos como consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento. Ese criterio básico se amplía en el caso del in-

cumplimiento doloso²² a las consecuencias mediatas y al daño moral.

El artículo 901 define a las consecuencias inmediatas como las "de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas".

Por su parte las mediatas son definidas como las "que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto".

También tenemos las consecuencias casuales que son aquellas consecuencias mediatas o previsibles.

Acercándonos a esta clasificación, vemos cómo el criterio determinante de la misma es la previsibilidad. Por ésta ha de entenderse la posibilidad de conocer con anticipación lo que va a ocurrir²³, mientras que el efectivo conocimiento es la previsión. Obsérvese que el primer concepto es más amplio que el segundo, ya que todo lo previsto ha sido necesariamente previsible, pero no todo lo previsible fue o será efectivamente previsto.

En las consecuencias inmediatas la relación entre el hecho y su consecuencia es tan clara y conocida que la ley presume que ha sido prevista por cualquier persona con discernimiento sin aceptar prueba en contra²⁴.

En las consecuencias mediatas el criterio de previsibilidad surge a contrario de la definición de consecuencia casual, ya que ambas son las que se producen en conexión con un acontecimiento distinto siendo las primeras previsibles y las segundas no previsibles.

Vemos así que en una situación de dolo contractual, la regla del Código Civil es la responsabilidad por lo previsto o previsible, en cambio en la situación de incumplimiento no doloso (culposo u objetivo) se responde por lo previsto o previsible pero limitado a lo que surja del propio actuar (el incumplimiento) y no a su conexión con un acontecimiento distinto.

²² Este "consiste en la intención deliberada de no cumplir": Alterini, Atílio A. - Arnel, Oscar J., - López Cabana, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, T. I, Buenos Aires, 1966, p. 211.

²³ Cifuentes, S., *op. cit.*, p. 74, comentario al art. 904.

²⁴ Conf. Goldenberg, Isidoro H., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Cap. IV, en especial p. 90, Buenos Aires, 1984. Esta postura no es pacífica.

Por último cabe la mención de que la apreciación de la previsibilidad debe hacerse en abstracto, es decir, sin tener en cuenta las calidades personales del agente (conf. art. 909, primera parte, Cód. Civ.), a menos que por su profesión debiese obrar con una mayor diligencia, en cuyo caso estamos ante una apreciación en concreto (conf. 902, Cód. Civ.)³².

G) Prescripción liberatoria

Por el artículo 4023 del Código Civil se establece un plazo de prescripción para las acciones personales por deudas contractuales de diez años, salvo ley especial que estipule un plazo distinto.

II. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980

A) Introducción

Para realizar un análisis comparativo entre nuestro sistema y el utilizado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³³, y llegar a conclusiones lógicas, debemos primeramente considerar determinados principios y realidades que ésta presenta y que son diferentes³⁴, al menos en su redacción, a los de nuestro régimen.

a) Uniformidad del Derecho internacional

El progresivo crecimiento del comercio internacional hizo necesario redactar un conjunto de normas aplicables a todo contrato de compraventa internacional de mercaderías. El inconveniente a superar fue la brecha cultural y jurídica existente entre los ordenamientos jurídicos internos que la regu-

³² Conf. Salerno - Lagomarsino, *Código Civil Argentino*, comentario a los artículos 901 a 906.

³³ Firmada en Viena en 1980, aprobada por la República Argentina mediante ley 22.745, vigente desde el 1° de enero de 1986.

³⁴ Para una apretada síntesis de las diferencias, ver Marzaratti, O. J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 57 a 68.

laban, de modo de lograr el amplio nivel de aceptación en el mundo y conseguir una mayor efectividad en su aplicación.

Los primeros intentos de uniformidad del Derecho de las compraventas internacionales (L.U.V.I., L.U.F.) fracasaron por aferrarse excesivamente a las formas de un sistema jurídico, desconociendo las formas de los demás.

Con este objeto se estudiaron exhaustivamente los diferentes sistemas jurídicos del mundo, para intentar compatibilizar principios de sistemas romanistas, del *common law*, y los más antagonísticos del comunismo (recordemos que la Convención es de 1980, anterior a las transformaciones de la URSS), y esto deriva en algunas soluciones de compromiso que en ocasiones se reflejan en no tratar ciertos temas, como es el caso de la propiedad de las mercaderías o los daños que éstas puedan ocasionar a terceros.

También fueron tomados en cuenta los usos y costumbres de los diversos mercados, que reflejan una larga experiencia de perfeccionamiento de soluciones aplicables a toda clase de problemas posibles, cuyos antecedentes son muy antiguos. Asimismo consideró la facilidad de aceptar los cambios que presenta el continuo progreso de la humanidad.

Debemos recordar que fue el interés de todos los participantes en la redacción actuar de manera tolerante, esforzándose por encontrar una transacción entre sus diferencias que les permitiera llegar a la unificación del Derecho aplicable al rubro más importante del comercio internacional²⁸.

b) Ambito de aplicación. Derecho subsidiario

Una primera advertencia debe ser que la Convención se declara a sí misma como de aplicación subsidiaria frente a la voluntad de las partes, pues en el artículo 6º establece la autonomía de la voluntad.

Delimitando el ámbito espacial debemos decir que la Convención es aplicable cuando las compraventas de mercaderías se realizan entre personas con establecimientos en distintos Estados, siendo al menos uno de ellos ratificante.

En el ámbito material se regula, en el artículo 4º, "exclusivamente la formación del contrato y los derechos y obliga-

²⁸ Garra, Alejandro M. - Zuppi, Alberto L., en *Compraventa Internacional de Mercaderías*, La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 47.

ciones de las partes" excluyendo su aplicación a la validez del contrato, a los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías, a determinadas compraventas (art. 2º) y a los daños que las mercaderías puedan producir a terceros (art. 5º; para no entrar en conflicto con las normas de orden público de protección al consumidor).

Entonces, el Derecho aplicable a un contrato de compraventa internacional de mercaderías es:

1. El que determine la voluntad de las partes (puede regular en cláusulas contractuales o remitir al Derecho de un Estado. Si este Estado es ratificante se aplicará la Convención).

2. A falta de indicación expresa, se debe analizar:

A. Si el tema no está contemplado en la Convención, se aplicarán las normas del Derecho Internacional Privado correspondientes.

B. Si el tema se halla contemplado por la misma, puede serlo:

I. expresamente, por lo que se aplica la Convención, o

II. tácitamente, por lo que los conflictos "se dirimirán de conformidad con los principios generales de la Convención, o a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del Derecho Internacional Privado" (art. 7º, inc. 2º).

Este último punto deja librado a la discrecionalidad del juez la posibilidad de aplicar o no subsidiariamente normas internas de los Estados ante un tema en particular que esté allí más ampliamente regulado. Este criterio debe ser usado estrictamente, ya que de lo contrario llevaría a que la Convención fuera aplicada en forma distinta en cada uno de los Estados, atentando contra la uniformidad y seguridad en los negocios que este ordenamiento intenta lograr.

c) Mecánica del comercio exterior. Principios. Criterios macroeconómicos. Remedios en caso de incumplimiento

El fundamento de las soluciones de la Convención es principalmente económico.

Se toma en cuenta la distancia entre los contratantes, y las que tienen que atravesar las mercaderías; los diferentes ámbitos en que se mueven este tipo de transacciones, internos e internacionales; y que cada tipo de mercadería esté

contenida en una clase de mercado con sus usos y costumbres particulares —no es lo mismo la mecánica y la política del mercado del petróleo, que la de la indumentaria deportiva—.

Observamos entonces, los obstáculos que presenta el comercio internacional a pesar de sus evidentes ventajas para un crecimiento económico y social progresivo.

Más importante es que el mundo tiende a interrelacionarse cada vez más, buscando una mayor y mejor distribución de recursos (naturales, científicos, técnicos, económicos, sociales, jurídicos y administrativos) que deben satisfacer una demanda selectiva y creciente en todos los países²⁶.

A raíz de las dificultades con las que se encuentran los contratantes, es que se ha ideado un sistema práctico de soluciones que no encuadra necesariamente en el sistema jurídico clásico romanista, sino que busca responder a una "realidad económica" distinta que fuerza al Derecho a transformarse para sobrevivir y continuar siendo útil.

Coherente con este objetivo, es que la Convención busca evitar el mayor daño en caso de dificultad o imposibilidad de cumplir con el contrato.

Se pueden identificar en ella, según Honnold²⁷, los siguientes principios generales: 1) la protección de la parte que deposita su confianza en la conducta de la otra; 2) la obligación de comunicar a la otra parte todo tipo de información que sea necesaria para cumplir con sus obligaciones; y 3) la obligación de reducir las pérdidas que derivan de un incumplimiento del contrato (total o parcial).

La Convención ofrece una amplia gama de soluciones para remediar los casos de incumplimiento.

Así, para conservar el contrato prevé la calificación de las circunstancias (incumplimiento esencial) que permiten la resolución, el otorgamiento de un plazo de gracia para cumplir, la acción de cumplimiento específico de la obligación, la reducción del precio y la suspensión del cumplimiento de sus obligaciones por la cumplidora.

²⁶ Sobre el pasado, presente y, fundamentalmente, futuro, de la economía mundial puede consultarse con evidente provecho a Reich, R., *El Trabajo de las Naciones*; Thurow, L., *La Guerra del Siglo XXI*, y Porter, M., *La Ventaja Competitiva de las Naciones*.

²⁷ Honnold, J., citado por Garro - Zuppi, *op. cit.*, nota 10, p. 58.

Para terminar con el contrato prevé la resolución por incumplimiento esencial, o por vencimiento del plazo de gracia y, en ciertas ocasiones, la resolución anticipada.

Y para sanear el perjuicio agrega a cada una de ellas la posibilidad de reclamar por indemnización de daños, para poder buscar la solución más conveniente económicamente. También prevé el pago de intereses y el "derecho de retención" —que no es lo que el Derecho argentino interno conoce con ese nombre, ya que en la Convención este derecho faculta al retentor a vender la cosa y cobrarse con su producido—.

Llamamos la atención aquí sobre el criterio macroeconómico que informa a la Convención, el cual es evitar la ineficiente asignación de recursos para que no se remedien conflictos entre particulares de la manera más onerosa.

Trata de evitar en lo posible la resolución del contrato cubriendo las fallas en el cumplimiento, con los daños y perjuicios para evitar mayores daños a la sociedad en su conjunto a través de sus miembros, dada la interdependencia económica en la sociedad actual.

Con el mismo fin, obliga al cumplidor a hacer una operación de reemplazo o a adoptar medidas razonables para reducir las pérdidas (arts. 75 y 77 de la Convención).

Aclarando el tema, los remedios que tiene el damnificado por falta de cumplimiento voluntario específico de las obligaciones a cargo de la contraparte, que son: el cumplimiento forzado específico (propio del sistema continental) o la indemnización sustitutiva (propia del sistema anglosajón), no previendo como remedio el cumplimiento por tercero.

Sin embargo, pensamos que no porque la Convención no designe con ese nombre a lo que aquí llamamos "cumplimiento por tercero" esta solución esté descartada. Creemos que la medida está incluida dentro de la más amplia del artículo 77, que dispone que el damnificado deberá, y por ende podrá, adoptar las medidas razonables para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante. Una de esas medidas razonables será procurarse por un tercero las cosas objeto del contrato, cargando luego esto como uno de los rubros a indemnizar.

Respecto del orden en que deben otorgarse por el tribunal estas soluciones, recordamos que en el sistema interno argentino la indemnización de daños es accesoria a cualquiera de los remedios que a la falta de cumplimiento correc-

to y oportuno prevé el artículo 505 del Código Civil, cuyo orden es establecido así: primero el cumplimiento forzado, en su defecto el cumplimiento por tercero, y por último la indemnización sustitutiva del incumplimiento.

Igual solución respecto a la accesoriidad de la indemnización de daños²⁸ trae la Convención en su artículo 79 inciso 5º. Una parte puede ejercer cualquiera de los remedios que prevé la Convención, y a cualquiera de ellos puede agregarse la indemnización de daños.

En la Convención, debido a una solución de compromiso, el orden entre el cumplimiento específico y la indemnización sustitutiva lo dará la *lex fori*, con lo cual dicho orden variará según cual sea el tribunal interviniente. Es decir que un tribunal del sistema continental podrá ordenar el cumplimiento forzado, mientras un tribunal anglosajón no está obligado a ordenar esto y sólo mandará a pagar una indemnización en dinero²⁹.

B) Sistema de responsabilidad de la Convención

Como es habitual en la totalidad de los sistemas jurídicos, la Convención prevé que el que por incumplimiento de una prestación debida ocasione un daño al acreedor, tiene la obligación de repararlo. Obligación que da lugar a una acción para hacerla efectiva en caso de que tampoco sea cumplida. Esta acción, de indemnización de daños y perjuicios, no se pierde ante ninguna de las soluciones que tome la parte damnificada, incluso ante la resolución del contrato, según lo dispone el artículo 81 inciso 1º de la Convención.

²⁸ Debemos distinguir aquí entre indemnización sustitutiva —aquella que reemplaza a la prestación principal— y reparatoria o de daños —aquella que accede a la prestación principal cualquiera sea el modo en que se cumpla y que tiene por finalidad reparar los daños acaecidos a la falta de cumplimiento perfecta— que la Convención prevé pero no trata separadamente.

²⁹ Nuestra opinión es que por el tiempo que quedan inmovilizados los capitales cuando se pide un cumplimiento específico, causando ello un efecto macroeconómico perjudicial, es más útil a la mecánica del comercio internacional la solución de la indemnización sustitutiva. Este argumento es el que utilizan los países anglosajones para negarse a aceptar el cumplimiento forzado.

Esta obligación de indemnizar que regula la Convención nace en caso de cualquier tipo de incumplimiento; sea un incumplimiento total, o parcial por insuficiente cantidad o calidad, o inoportuno por anticipado o tardío.

Tal como toda obligación de indemnizar reconoce ciertos presupuestos que deben cumplirse para que la misma nazca y sea exigible.

Analizamos ahora estos presupuestos dentro de la estructura y el orden de cuatro elementos elaborada por la doctrina nacional para el régimen interno de responsabilidad, a fin de facilitar su comparación.

a) Incumplimiento objetivo

La Convención impone al vendedor la obligación principal de entregar la mercadería conforme al contrato en el lugar y tiempo pactados. Agrega a esto la obligación de entrega de los documentos, aunque no especifica cuáles. También impone la obligación de transmitir el dominio, ya que se trata de una compraventa, aunque expresamente excluye la regulación del tema.

La conformidad de la mercadería con el contrato, mencionada en el párrafo precedente, implica que la misma debe ser conforme a la cantidad, calidad y tipo previstos en el contrato y que se encuentre envasada o embalada de la manera estipulada (art. 35).

El incumplimiento en cualquier grado de cualquiera de estas obligaciones genera responsabilidad por daños y perjuicios.

Sin embargo, en vista de que la Convención limita el remedio de resolución contractual para un incumplimiento esencial⁴⁰, y que la falta de conformidad material o jurídica generalmente configurarían el mismo, es importante ver el tema más profundamente. Aunque cabe recordar que la entidad del incumplimiento, sea esencial o no esencial, no limita en nada la acción de indemnización sino, insistimos, sólo el remedio de resolución del contrato.

⁴⁰ Ante un incumplimiento falta de entidad, sólo puede resolverse el contrato luego que, otorgado un plazo de gracia razonable para cumplir, se mantenga el incumplimiento.

Esta conformidad "material", que debe existir al momento de transmisión del riesgo, se refiere a las características de la operación realizada entre vendedor y comprador, y no sólo a las mercaderías. Así, puede faltar dicha conformidad por defectos en el tiempo o lugar de entrega, como en el tipo, cantidad o calidad de las mercaderías.

Respecto de estas últimas, aun cuando no sean idénticas a las pactadas, la Convención considera que hay conformidad material, salvo especificaciones expresas en contrario, cuando las mismas son "aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo", o cuando se presten a cualquier uso especial hecho saber al vendedor al momento de celebración del contrato, o cuando posean las cualidades de la muestra o modelo sobre el que se contrató, o cuando estén embaladas o envasadas de la manera habitual para las mercaderías de que se trate (art. 35).

Se dispone que el vendedor no es responsable, y esto también se aplica a la indemnización de daños, por la falta de conformidad que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar al momento de contratar. También se libera por falta del comprador a su carga de controlar la conformidad de las mercaderías en el plazo más breve posible (art. 36), y comunicar detalladamente la disconformidad en un plazo razonable desde su descubrimiento, dando un plazo máximo para descubrir los vicios de dos años (arts. 38 y 39), salvo plazos de garantía contractual más extensos.

Aclarando el tema de los vicios de las mercaderías, el comprador no tiene acción: 1) si conoció o debió conocer los mismos al momento de contratar, 2) si conoció o debió conocer los mismos al momento de controlar y no los comunicó detalladamente al vendedor dentro de un plazo razonable, y 3) si los conoció recién luego de los dos años del momento en que las mercaderías entraron en su poder (art. 39). Sin embargo, a pesar de las segunda y tercera situaciones, el vendedor aún es responsable si el defecto era conocido por él, o no podía ignorarlo, y no hubiera sido revelado al comprador (art. 40).

Respecto de la obligación de transmitir la propiedad, emanada de ser el contrato de compraventa, el artículo 41 dispone que la misma debe transmitirse libre de derechos o pretensiones de un tercero ("conformidad jurídica"), salvo conformidad del comprador. Una regulación especial se prevé para el caso de propiedad industrial.

b) *Daño. Daño moral*

El sistema de la Convención sólo prevé incluir como daños indemnizables aquellos que comprendan "el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener" por la parte damnificada por el incumplimiento de la otra, con el límite del daño que fue imprevisible o imprevisto por el incumplidor.

Es decir, que no se dispone una reparación de la totalidad de los rubros en que puede dividirse el daño, sino sólo de dos de los mismos, que aquí se conocen habitualmente como daño emergente y como lucro cesante.

Además, estos rubros reconocen el límite de la previsibilidad, tema que trataremos en el título "Factor de atribución".

Al prever sólo la reparación de estos dos rubros, los demás quedan fuera del sistema de la Convención, y deberá seguirse respecto de ellos el criterio extremo de cargar con el daño en ellos incluido a quien lo sufrió. Este es el caso del daño moral, cuya carga será para el damnificado, repetimos, por no prever la Convención su reparación.

Corresponde mencionar aquí que nuestra opinión es que la Convención contempla íntegramente las indemnizaciones debidas en el caso de incumplimiento, por lo cual no cabe ampliar esta reparación al daño moral o cualquier otro rubro, porque ello sea contemplado en una legislación interna. Ya que esta legislación interna sólo es aplicable en defecto de solución del tema por parte de la Convención, lo que aquí no ocurre.

Sin embargo previendo que podrá haber decisiones judiciales que establezcan esta reparación del daño moral por considerar que se trata de cuestiones "que no están expresamente resueltas" por la Convención (art. 7º, inc. 2º), sostenemos que, a nuestro entender, esto sería incorrecto, ya que conspira contra el objetivo y principio de la Convención de lograr no sólo una regulación, sino también una aplicación uniforme en los distintos países.

c) *Relación de causalidad*

A pesar de no mencionarla con ése ni con otro nombre, la Convención prevé la relación de causalidad en el artículo 74 cuando se refiere a "los daños y perjuicios (causados) por el incumplimiento del contrato".

No puede dejar de sostenerse, a pesar de no ser nombrada en el texto normativo, la existencia de esta relación entre el hecho y el daño puesto que, "de otro modo, se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro"⁴¹.

En cuanto al sistema de apreciación de la relación de causalidad entendemos que la Convención guarda silencio al respecto.

No obstante ello no creemos que este vacío deba ser llenado con las normas que surgen del Código Civil, especialmente en cuanto a la presunción de adecuación de las consecuencias inmediatas; sino que, en pro de la aplicación uniforme de la Convención, debería exigirse la prueba del nexo causal del incumplimiento con las consecuencias que solicita que le sean reparadas.

Creemos que la prueba debe estar a cargo del actor pues es éste el interesado en demostrar esa relación y, además, es quien habrá afirmado ese hecho por lo que deberá probarlo.

d) Factor de atribución. La previsibilidad del daño

La Convención no menciona expresamente en ningún momento los factores de atribución utilizados por la doctrina nacional —tales como dolo, culpa, riesgo, garantía, etcétera. Utiliza, en cambio, el factor de atribución PREVISIBILIDAD DEL DAÑO⁴². Este factor es mencionado al tratar en el artículo 74 la extensión del resarcimiento.

⁴¹ Bustamante Alsina, J., *op. cit.*, p. 217.

⁴² "El profesor Barrera Graf considera que la procedencia del resarcimiento conforme a la previsibilidad del daño resulta difícil de entender y no resuelve el problema de la causalidad, o cuando menos, no ofrece una fórmula satisfactoria para cuantificar los daños y perjuicios. El profesor mejicano agrega que la falta de previsibilidad de los daños sufridos por la otra parte es la situación normal en los contratos internacionales, en que cada una de las partes suele desconocer las características del mercado extranjero y los costos y los gastos en que ésta incurriría en el supuesto de incumplimiento" (citado por Garza, A. - Zuppi, A., *op. cit.*, p. 207).

A esto observamos que confunde el tema de causalidad con el factor de atribución, ya que la previsibilidad debe ubicarse en lo segundo, sin que por ello falte la causalidad. La previsibilidad es una fórmula satisfactoria para cuantificar, ya que dentro de los daños causados por el incumplimiento, se responde sólo por los previsibles (hayan sido o no efectivamente previstos).

Al decir que la "indemnización no podrá exceder de la pérdida (que haya sufrido el damnificado) que la parte que haya incurrido en incumplimiento (la incumplidora) hubiera previsto o debiera haber previsto...", se está estableciendo un sistema de reparto de daños⁴³ quedando sólo a cargo de la parte incumplidora, en virtud a su responsabilidad, los daños que previó o debió prever dentro de los rubros indemnizables. Entonces sólo es responsable, o su responsabilidad llega, hasta donde previó o pudo prever el daño que su incumplimiento iba a ocasionar.

Analizando este límite a la responsabilidad del incumplidor, lo que "hubiera previsto o debiera haber previsto", surgen varios interrogantes: A) ¿qué diferencias marca la conjunción alternativa "o"? B) ¿de qué manera se mide la posibilidad de previsión? C) ¿en qué momento hubo de haberlo previsto? D) ¿cuál es el encuadre de este factor de atribución respecto a la clasificación en subjetivo y objetivo del régimen interno?

D) Previsión y previsibilidad

Con respecto a la primera cuestión, la conjunción alternativa "o" divide dos situaciones, una de posibilidad y otra de efectividad: lo que era posible prever, que entonces "debiera haber previsto" y lo que fue efectivamente previsto.

Lo que "debiera haber previsto" debe ser entendido como lo que el incumplidor debió prever y no lo hizo, lo *previsible*. No sabía, aunque debía saberlo, que si actuaba de la manera que actuó, se produciría el evento dañoso que ocurrió. Estamos aquí ante la *imprevisión de lo previsible*, lo que en el régimen del Código Civil es llamado culpa.

Lo que "hubiera previsto" debe entenderse como lo que el incumplidor efectivamente previó como consecuencia de su actuar, lo *previsto*. Tenemos aquí algo que podía ser previsto

También vale la aclaración de que la previsibilidad se refiere al tipo de daño que se vaya a ocasionar propio de cualquier mercado, y no al efectivo mente de los mismos, lo cual nunca, aun con el más asabado conocimiento del mercado, será previsible.

⁴³ López Cinciregui, José María, "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", R.D.C.O., 1978, ps. 941 y sigs.

y fue previsto⁴⁴. Si no era previsible podré haber adivinado, pero nunca podré haber realizado el proceso racional de previsión. Se trata aquí de la *previsión de lo previsible*; y si lo previsible era un hecho dañoso para la contraparte —cual es que no iba a percibir la prestación debida, que se iba a producir el incumplimiento de la obligación— y la actuación fue voluntaria, entonces tenemos aquí lo que en el sistema interno argentino se denomina dolo.

Sin embargo, estas diferenciaciones, que en el régimen del Código Civil originan distinta extensión del resarcimiento, no tienen en la Convención este efecto, ya que ella en ambos casos incluye idénticas consecuencias a reparar⁴⁵.

El piso de cuáles son las consecuencias resarcibles lo establece lo que debió preverse, lo previsible. El techo del resarcimiento está dado por lo que el incumplidor efectivamente previó, lo previsto. Generalmente coincidirán ambos márgenes, ya que usualmente se prevé lo que es previsible en abstracto, aunque podría darse en el caso concreto un incumplidor que escapara a la generalidad y previera más allá de lo habitual.

Con lo hasta aquí dicho vemos que los rubros a indemnizar (daño emergente y lucro cesante) serán integrados: como mínimo, por los daños consecuencia del incumplimiento que fueron previsible y, más allá de esto, como máximo, los daños que fueron efectivamente previstos.

Veamos un ejemplo sobre la previsibilidad: Si V vende a C determinada mercadería de difícil venta, siendo que C informa a V durante las tratativas que la misma es para vender en determinada exposición donde habrá grandes ventas, es previsible para V, y por ende responde por ello, la gran pérdida por falta de la mercadería para vender que sufrirá C si no la recibe en el plazo pactado y el abultado stock inmovilizado que le quedará. Por este lucro cesante y capital inmovilizado, aunque no los haya previsto, responderá V.

⁴⁴ "Lo imprevisible es lo que no puede ser previsto, si fue previsto era que podía serlo, que era previsible y no imprevisible", verdad tautológica que confirma que la previsibilidad es presupuesto de la previsión.

⁴⁵ Adviértase la importancia de esta diferencia con el régimen interno: la Convención confiere idéntica extensión del resarcimiento tanto si el incumplimiento fue doloso como si fue culposo.

Continuando con el ejemplo anterior, respecto de lo previsto, sería el caso en que V también tuviera noticia de la delicada situación económica de C, y hubiera previsto que su incumplimiento llevaría a C a la quiebra.

Vemos entonces aquí que la Convención se refiere al tema que en la legislación nacional se ve bajo los temas de consecuencias inmediatas, mediatas y casuales y de culpa y dolo obligacional (arts. 901 y sigs. y 520 y 521, Cód. Civ.).

2) *Medida de la previsibilidad*

Debe tenerse en cuenta que tanto la previsibilidad como lo efectivamente previsto deben juzgarse "tomando en consideración los hechos que (el incumplidor) tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento" (art. 74 *in fine*).

3) *Momento de la medición*

En este tercer interrogante, respecto del momento en que debe ser previsto o previsible el daño, un sistema en general podrá disponer que sea en uno de dos momentos: a la celebración del contrato o al momento del cumplimiento del mismo.

La Convención se decidió por el primero al decir "hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato", no tomando en consideración las posteriores informaciones que pudiera obtener la parte que decida incumplir, con lo cual estaría permitiendo un incumplimiento malicioso sin sancionarlo.

Veamos esto mediante un ejemplo. V vende a C determinadas mercaderías considerando esto una transacción normal, una más de las tantas que realizaron con anterioridad. Luego V entra en conocimiento de que el futuro de la delicada situación financiera de C depende de la entrega en tiempo de las mercaderías que le compró. Con este conocimiento, y con el deseo de quedarse con la clientela de C, incumple la prestación a su cargo. En este caso, según la Convención, V no sería responsable, dado que al momento de celebración no pudo prever esta situación, aunque sí pudo hacerlo luego.

Creemos que en cualquier tribunal que se resolviera una situación similar, se tomaría en cuenta para decidir en favor de C, el principio básico de la buena fe. Esto a pesar de que la Convención no prevé la aplicación de dicho principio para

juzgar la conducta de las partes (sólo lo prevé para la interpretación de la misma Convención), dado que en la aplicación de dicho principio reposa la búsqueda de la justicia indispensable para asegurar la pacífica convivencia humana.

4) Comparación con el régimen interno

Siguiendo el orden trazado por las preguntas hechas más arriba en el texto, corresponde aquí tratar la naturaleza subjetiva u objetiva del factor de atribución que establece la Convención.

Un factor de atribución puede decirse que es subjetivo según la conducta del sujeto responsable sea relevante en dos situaciones (que en el sistema interno argentino se dan siempre juntas), las cuales son la atribución y la exoneración de responsabilidad.

En el caso de la atribución de responsabilidad, el factor será subjetivo cuando la conducta del responsable sea relevante para atribuir a éste la responsabilidad. En el tema, la Convención dispone que la atribución se hace por una circunstancia propia del sujeto responsable, cual es la previsibilidad que el mismo haya o pueda haber tenido sobre las consecuencias de su acto. Por ende, según este criterio de atribución, nos encontramos ante un factor subjetivo de responsabilidad.

En el caso de que lo que defina a un factor de atribución sea el elemento que permita la exoneración de responsabilidad, determinaríamos que un factor es subjetivo cuando la conducta del responsable sea relevante para exonerarlo de responsabilidad si dicha conducta cumple ciertos requisitos²⁶.

En este tema la Convención prevé, en una norma algo confusa contenida en el artículo 79, incisos 1º y 3º, la exoneración de responsabilidad cuando el incumplimiento sea por un impedimento ajeno a la voluntad de la parte incumplidora cuando no era razonable esperar que evitase o superase dicho impedimento, mientras dure el mismo. ¿Esto qué significa? Nos hallamos ante un factor subjetivo u objetivo? Es decir:

²⁶ Requisitos que en el caso del Código Civil son "aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación (correspondientes) a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar", es decir, observar la debida diligencia en su actuar.

¿es relevante la conducta del incumplidor para evaluar su exoneración de responsabilidad? Si la respuesta es afirmativa, el factor de atribución es subjetivo; si es negativa, el factor es objetivo.

Veamos este tema. Son varios los elementos que concurren a formar la circunstancia exonerante; un impedimento ajeno a la voluntad del incumplidor y que, razonablemente, dicho impedimento no haya sido previsto⁴⁷ y que producido, no sea evitable o superable. O sea que se pide para exonerar: un impedimento que sea externo a la voluntad⁴⁸, que dure al momento del cumplimiento, es decir que sea *actual, sobreviniente al contrato, y razonablemente imprevisible al momento de contratar, inevitable e insuperable*.

Por las características que tiene el impedimento, muchas de las cuales tiene el caso fortuito o fuerza mayor de nuestro Derecho, es necesario compararlos.

Una definición exhaustiva de caso fortuito dice que éste es "un hecho (actual, externo y sobreviniente) que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse" ni superarse (art. 514, Cód. Civ.). O sea que aquí tenemos los elementos *externo, actual, sobreviniente, imprevisible, inevitable e insuperable*.

A primera vista entonces, dada la igualdad de elementos entre el caso fortuito de la legislación argentina y el acontecimiento impeditivo de la Convención, podríamos decir que la Convención prevé para que el incumplidor se libere, sólo la prueba del caso fortuito. Con lo cual el factor de atribución sería objetivo.

Pero ésto no es exacto, ya que la Convención prevé un elemento más, abarcativo de algunos de ellos (imprevisibilidad, inevitabilidad e insuperabilidad) y que morigera su aplicación, el cual es la razonabilidad. Es decir, el caso fortuito es de aplicación absoluta⁴⁹, siendo su elemento clave la inevita-

⁴⁷ "Esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de celebración del contrato", que al ser combinado con el adverbio "razonablemente" indica que lo que se pide es la previsibilidad y no la efectiva previsión.

⁴⁸ No al actuar, lo que establece una norma similar al art. 900 del Código Civil, que dispone la ineficacia de las consecuencias jurídicas obligacionales de los hechos involuntarios.

⁴⁹ Liambás, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, T. I, Buenos Aires, 1978, p. 236.

bilidad, mientras que el impedimento de la Convención es de aplicación morigerada por la razonabilidad, encontrándose aquí la diferencia entre ambos^{20 y 21}.

Esto lleva al análisis de la razonabilidad de la conducta del incumplidor, en cuanto a si cabía razonablemente esperar que él previera, evitara y superara el hecho impeditivo externo, sobreviniente y actual.

Esta razonabilidad debe ser apreciada en concreto, es decir, referida directa y exclusivamente al incumplidor, y no en sentido abstracto, como sería comparándola con un paradigma o estándar; ya que en una norma similar como es el artículo 25, referido al incumplimiento esencial que autoriza la resolución del contrato, cuando quiere que se aprecie en concreto y en abstracto, lo dice expresamente.

Sin embargo, a pesar de esta apreciación en concreto de la razonabilidad de la conducta del incumplidor, no hay que olvidar en este examen de que se trata generalmente de operaciones entre profesionales, con lo cual no puede dejar de tomarse en cuenta la conducta debida de una manera estricta cuando los contratantes sean profesionales, caso en el que la diligencia debida por ellos es muy rigurosa bastando la menor negligencia para comprometer su responsabilidad²². Es de hacer notar que este criterio de "razonabilidad" es sumamente elástico y depende de la apreciación jurisdiccional en el caso concreto.

En consecuencia llegamos al punto de exonerar de responsabilidad al incumplidor que, actuando razonablemente

²⁰ Otra diferencia se encuentra en el elemento externo, que la Convención refiere a la voluntad del sujeto, mientras que según la doctrina el Código Civil la refiere a su actuar.

²¹ Dicen Alterini y López Cabana que "el concepto de impracticabilidad es entendido como mayor extensión que el de imposibilidad, pues abarca hipótesis en las cuales, no obstante los esfuerzos razonables que le son exigibles, el deudor no ha podido superar dificultades extremas y no razonables, o el cumplimiento le habría ocasionado gastos, daños o pérdidas desproporcionadas" (en *Derecho de Deudos*, p. 177 y 178).

También advierten de la similitud de la "diligencia razonable" con la "no exigibilidad económica", la "alteración de las circunstancias tenidas en mira al contratar", la "desaparición de la base del negocio", o la "cláusula rebus sic stantibus".

²² Alterini, Abilo A. - López Cabana, Roberto M., *Derecho de Deudos*, Buenos Aires, 1982, p. 121.

de acuerdo al tipo concreto de operación de compraventa que se trate²³, no prevé al momento de contratar, ni pudo evitar ni superar cuando se produjo, el impedimento externo a su voluntad.

Esto nos conduce a decir que el incumplidor que actuó con la debida diligencia, y a pesar de ello se vio superado por las circunstancias ya descriptas (hecho impeditivo, externo, etc.), queda exonerado de responsabilidad.

Entonces vemos aquí que, probando la actuación razonable, esto es, según la terminología nacional, la debida diligencia, también llamada falta de culpa, el incumplidor se exonera de responsabilidad.

Visto entonces que es relevante la conducta del incumplidor para obtener la exoneración de responsabilidad, podemos concluir que la Convención establece un factor de atribución de corte subjetivo, el cual, como se dijo, es la previsibilidad del daño por el incumplidor. Así también, dispone que el mismo se exime de responsabilidad cuando —usando los términos del sistema interno argentino— hay caso fortuito y/o falta de culpa.

e) Prueba

Las obligaciones básicas que prevé la Convención son obligaciones de dar, dar las mercaderías conforme al contrato y dar el precio. Ambas son lo que en la doctrina nacional se denominan obligaciones de resultado atenuadas²⁴.

Recordemos que en ellas el actor debe probar los presupuestos de responsabilidad salvo el factor de atribución, que es subjetivo. Este, la culpa, es presumido, aceptando la prueba en contrario que es a cargo del incumplidor mediante la demostración de haber obrado con la debida diligencia; que según el lenguaje de la Convención, es llamada prueba de no ser razonable esperar que evitase o superarse las consecuencias de un hecho ajeno a su voluntad (art. 79).

²³ Las operaciones, y por ende, la diligencia exigible, varían según el tipo de producto negociado, el mercado, el monto de la operación, la situación económica global, etcétera.

²⁴ Conf. Alterini, A. A. - López Cabana, R. M., "El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980", en *Derecho de Buenos Aires*, p. 179.

Veamos esto. La Convención, en los artículos 79 y 80, regula el tema de la exoneración de responsabilidad, disponiendo que el incumplidor se exime de la obligación de indemnizar el daño producido de:

A) Un incumplimiento ajeno a la voluntad del deudor⁸², que no podía razonablemente haber previsto ni evitado ni superado (art. 79).

Incluimos aquí lo que la doctrina nacional conoce como *hecho involuntario* y como *causa ajena* (caso fortuito, fuerza mayor y hecho de tercero).

Si responde por el incumplimiento ajeno a su voluntad que sí podía ser razonablemente previsto, evitado o superado. En otros términos, si demuestra: a) que la diligencia requerida era irrazonable en esas circunstancias, y b) que tuvo la diligencia razonable a las variables particularidades del caso. Queda liberado entonces, por lo que la doctrina nacional conoce como *falta de culpa*⁸³.

B) Un incumplimiento causado por acción u omisión de la otra parte, conocido entre nosotros como *hecho de la víctima*.

Utilizando los términos del título "factor de atribución", podemos afirmar que el incumplidor demandado, para liberarse debe probar que aconteció un impedimento externo a su voluntad, que existió al momento del cumplimiento, es decir que fue *actual*, que *sobrevino* al contrato, y que fue *razonablemente imprevisible* al momento de contratar, e *inevitable e insuperable* al momento de cumplimiento.

Contrariamente el acreedor actor, para lograr su indemnización, debe probar, aparte de la existencia del contrato, el incumplimiento objetivo y el perjuicio resultante del mismo, que el impedimento no fue externo o actual o sobreviniente, o que pudo ser razonablemente previsto, evitado o superado. Basta la prueba de uno solo de estos elementos para lograr responsabilizar al deudor.

⁸² O a la voluntad del "tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato" (art. 79, inc. 2°).

⁸³ Conf. Alterini, A. A. - López Cabana, E. M., *op. cit.* en nota 84.

f) Extensión del resarcimiento

Un sistema de reparto de daños, como es todo ordenamiento sobre la responsabilidad civil, puede pararse en los extremos y disponer que cargue con los daños totalmente una de las partes: la que lo ocasionó, o quien por ella sea responsable, o la que lo sufrió. Llamemos a esto criterio de la carga integral.

Otra de las posibilidades es que divida la carga de soportar los daños que el evento produjo entre los participantes, de acuerdo a uno de entre diversos criterios que harán variar lo que cargue cada una de las partes. Llamemos a éstos, criterios de carga dividida.

Vistos los criterios que puede tomar, el sistema puede establecer uno solo de ellos (por ejemplo: el integral), y aplicar ese único criterio de reparto a todos los daños ocasionados por el hecho (se reparan integralmente todos los daños). O puede clasificar los daños aplicando a cada una de las clases: en que los separó, criterios de reparto distintos, de modo que los daños que estén en una clase se repartirán según un criterio y los que estén en otra clase según otro criterio.

Esto último es lo que pasa en la Convención, ya que no prevé una reparación de la totalidad de los daños sino sólo de dos: el daño emergente y el lucro cesante; con lo cual clasificó a éstos en una categoría y a los demás en otra. Veamos:

Ya dijimos que un sistema de responsabilidad se estructura para repartir los daños ocasionados por un hecho dañoso entre los participantes en ese evento⁵⁷. La manera de repartirlos se hará teniendo en cuenta tres puntos: a) ¿Cuáles son los daños que se reparten —rubros a indemnizar—? b) ¿Qué elementos se toman como relevantes para repartir —criterio de reparto— la carga de soportar dichos rubros? o dicho de otro modo: ¿qué presupuestos deben darse para que el sujeto indicado por la norma para soportar el daño, deba soportarlo?, y c) Contestados los dos puntos anteriores, es decir, siendo que entra un daño en la repartición, y determinada la parte que debe cargar con él: ¿hasta dónde debe soportarlo —extensión propiamente dicha—?

Respecto del punto de los rubros a indemnizar, la idea

⁵⁷ López Giacregui, José María, op. cit.

principal es que se indemnice el daño emergente y el lucro cesante.

Al respecto Garro y Zuppi sostienen⁸⁸, en postura compartida por Marzoratti⁸⁹, que el régimen de la Convención se aparta del interno en cuanto: "El resarcimiento contractual contemplado en la Convención, tiende no ya a situar a la parte cumplidora en la posición en la que se hubiera encontrado si no hubiese concluido el contrato, sino en situarla en la posición en que se hubiera encontrado de haberse cumplido la prestación."

"En lugar de limitar el resarcimiento conforme a los principios de causalidad, la Convención opta por el criterio de previsibilidad, incorporando el principio del *common law* establecido en el *leading case* 'Hadley vs. Baxendale', excluyéndose la indemnización de aquellos perjuicios que la parte incumplidora no haya previsto o no pueda haber previsto que sufriría la contraparte"⁹⁰.

No compartimos esta postura, ya que creemos que respecto de la primera, nuestro Código la establece al disponer el resarcimiento del lucro cesante. Lucro que hubiera existido solo de haberse cumplido la prestación, y que es cesante desde que la misma no se cumplió.

Respecto de la segunda, también la dispone el Código Civil al limitar el principio de causalidad con el de previsibilidad, cuestión que se ve en qué son reparables las consecuencias mediatas (previsibles) y no las causales (no previsibles).

En este segundo punto, nuestro ordenamiento interno sí es más restrictivo en cuanto a colocar un nuevo límite a la reparación en caso de incumplimiento que sea culposo, pero esta diferencia no proviene de un criterio de causalidad sino de previsibilidad a partir del propio actuar, despejado de la conjunción con otros hechos.

Referido al criterio de repartición ya se habló extensamente, debido a que el mismo está establecido por los pre-

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 206.

⁸⁹ *Op. cit.*, ps. 67 y 68.

⁹⁰ Conf. Costa Rica, J., "La previsibilidad del daño contractual, la regla 'Hadley vs. Baxendale' ". *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, vol. 1, ps. 34 / 63.

supuestos que deben cumplirse para que deba repararse. Han sido tratados en los títulos 1 a 4 de este capítulo, a los cuales remitimos.

Respecto de la extensión propiamente dicha de la reparación, el tema se presenta muy sencillo. La Convención pone a cargo del incumplidor ciertos rubros sin ningún tipo de límite cuantitativo, por lo cual la simple deducción lleva a sostener que la reparación de cada uno de estos rubros deberá ser integral.

Marzoratti sostiene que hay otra diferencia más entre ambos ordenamientos, cual es la obligación de la parte cumplidora de tomar las medidas razonables para reducir la pérdida al incumplidor. Al respecto cita la opinión de otra doctrina que sostiene que esto no es tan así desde que, por aplicación del artículo 1198 del Código Civil, esta obligación ya existiría en cabeza del cumplidor en el régimen interno.

Creemos que existe otro argumento de mayor peso para fundar esta obligación, o carga, del cumplidor: desde que la pérdida del incumplidor va "a caballo" de lo que tiene que abonar al perjudicado en concepto de indemnización, si este último no toma ciertas medidas dentro de sus posibilidades para evitar que en las circunstancias del incumplimiento otros hechos lo dañen, será él el que ocasione ese daño a sí mismo, y por ende, es él quien lo tiene a su cargo en esa medida.

De todo lo dicho se desprende que la reparación se sitúa entre la prevista por el Código Civil para el incumplimiento doloso y culposo, ya que no resarcir el daño moral, aunque sí las consecuencias mediatas.

g) Prescripción liberatoria

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974), enmendada en Viena en 1980, establece el plazo de prescripción en cuatro años, o en su defecto el que corresponda por la ley aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado el tribunal competente.

La Convención de 1974 está aprobada por la Argentina por ley 22.488, y el Protocolo por el cual se enmendó en 1980 está aprobado por ley 22.765, vigentes ambas desde el 1º de agosto de 1988.

III. CONCLUSIONES

El sistema de responsabilidad civil dispuesto por la Convención:

1. Parece ser muy distinto al régimen interno actual. Esto no es así. Las mayores diferencias están en el vocabulario empleado.
2. Dispone de un factor de atribución de naturaleza subjetiva. El mismo es la "previsibilidad del daño", coincidiendo, en líneas generales, con el criterio que informa el régimen nacional.
3. No distingue entre dolo y culpa, pues para ambos dispone idéntica extensión del daño reparable.
4. Establece que la extensión de la reparación comprende al daño que sea producto de las consecuencias inmediatas y mediatas del incumplimiento.
5. Dispone que el daño a reparar comprende el daño emergente y el lucro cesante. No es indemnizable el daño moral.
6. Dispone que el incumplidor, para exonerarse de responder, debe probar como mínimo haber sido razonablemente diligente ante las particularidades del caso.
7. El criterio de "razonabilidad" es sumamente elástico y depende de la apreciación jurisdiccional en el caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALTERINI, Atilio A., "La presunción legal de culpa como regla de *facere victimas*", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alaiso*, Vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992. En especial "El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980".
- "Presunciones de causalidad y de responsabilidad", en *Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988.
- ALTERINI, Atilio A. - ANGEL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, T. I y II, Buenos Aires, 1975/1986.
- BALESTRA, R., "La ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercancías", L.L., 1975-E-304.
- BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

- BOGGIANO, A., "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en el ámbito del Derecho Interjurisdiccional Privado Argentino", *R.D.C.O.*, 1981-359.
- BUSTAMANTE ALSINA, J., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- CARIOTTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956.
- CIPUENTES, Santos, comentario a los artículos 909 a 909, en Belluscio (dir.)-Zanoni (coord.), *Código Civil Comentado*, T. 4.
- CUETO RÓA, J., "La previsibilidad del dolo contractual (la regla 'Hadley vs. Baxendale')", en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Vol. 1.
- GARROTTO, *Teoría General del Acto Jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- GARRO, A. M. - ZUPPI, A. L., *Compraventa Internacional de Mercaderías*, La Roca, Buenos Aires, 1990.
- GOLDENBERG, I. H., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
- KALLER DE ORCHANSKY, B., *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1991.
- LE PERA, S., "Cierón y el accionista controlante", en *Lecturas y Ensayos*, n° 54, Buenos Aires, 1990.
- LÓPEZ CABANA, R. M., con ALTERINI, A. A., *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992. En especial "El impedimento ajeno a la voluntad como causal liberatoria en la Convención de Viena de 1980", ps. 173 y sigs.
- LÓPEZ OLACIREGUIL, J. M., "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil", *R.D.C.O.*, 1978.
- LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, Buenos Aires, 1978/82.
— *Código Civil Comentado*, Tomo II-B.
- MARCONATI, O. J., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- MOSETT ITURRASPE, J., *Estudios sobre Responsabilidad Civil*, T. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1982.
— *Medios para Forzar el Cumplimiento*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.
- PETRYANO, J. W., "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", *E.D.*, 23-VIII-93.
- RUSO, E. A. - GURINKEL DE WENBY, L., *Juritos Tributarios*, Cap. IV, Buenos Aires, 1991.
- SALVAT, R. M., *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*, T. I a IV, 2ª ed. actualizada por A. Acuña Antorena, T.E.A., Buenos Aires, 1992.
- SALAS, A.E., *Código Civil Anotado*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1971.