

Derecho mercantil	1113
-------------------------	------

cuya lógica está percibida como eminentemente antirreformista. El tercer medio de acción consiste en el relevo, en el reemplazo del personal responsable de las relaciones con los aliados, principalmente en el departamento del secretariado del Comité Central, responsable de las relaciones con los partidos comunistas de los países socialistas. Este cambio de personas coincide con una política gorbachoviana más tolerante de las especificidades de los países del bloque.

Pero, más allá de los debates sobre los modelos de reforma y su posible trasposición en la periferia del imperio soviético, la diversidad de las reacciones y de las implicaciones del cambio en la Unión Soviética refleja la misma ambigüedad del fenómeno Gorbachov. Inversamente, el balance del reformismo en la Europa del Este quita al gorbachovismo parte del encanto de la novedad: invita a meditar sobre los límites del fenómeno, pues no es fuente de verdadera inspiración.

Al concluir, el autor recuerda la respuesta que el más ilustrado de los zares, Alejandro II, dio, hace más de un siglo, a una delegación polaca que le sugería extender al imperio sus veleidades reformadoras para Rusia: "No se trata de soñar, ¡caballeros!".

Monique LIONS

DERECHO MERCANTIL

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, "La autonomía de la voluntad y derecho comercial", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, Colombia, núm. 78, julio-septiembre de 1987, pp. 9-27.

El artículo cuya recensión nos ocupa, presenta claramente la transición que la voluntad contractual ha sufrido en el ámbito del derecho privado.

A partir del siglo XVIII la *autonomía de la voluntad* deviene imprescindible y único maderamen gracias al cual se construyeron y edificaron las expresiones más significativas del derecho obligacional.

Es la época del Estado liberal y del liberalismo económico cuyo origen se halla en la Revolución inglesa de 1688, su consolidación en

la Revolución estadounidense de 1776 y su entronización definitiva en la Revolución francesa de 1789.

Hallan tierra fértil las ideas de Grocio, Hobbes, Locke, Rousseau y Darwin.

Los derechos individuales: vida, libertad y propiedad, son sagrados. El Estado no sólo se limitaba a garantizar su inviolabilidad sino también debía servir a la voluntad individual, completarla o suplirla, conforme se presumía deseado por esa voluntad. Dos adagios compendian dichas ideas: *voluntas facit legem* y *laizzer faire-laizzer passer*. Además, todas estas ideas estaban consagradas, primero, en los textos constitucionales, luego, en los códigos y en las cláusulas contractuales. Más tarde, la concepción sería confirmada científicamente, en el pandectismo construido en torno a los conceptos de derecho subjetivo y negocio jurídico.

Posteriormente, en el siglo XIX, el principio de la autonomía de la voluntad se concibe como un dogma científico sustentado en la evolución darwiniana.

Como resultado de los hechos sociales y económicos de este periodo, el derecho se comercializa y se vuelve indispensable proteger el tráfico jurídico (comerciantes, industriales y prestamistas); de ahí, la primacía de lo declarado sobre la intención *contractual*. La autonomía de la voluntad se mantiene, pero como mero instrumento para el desarrollo del comercio.

El Código Civil (básicamente el napoleónico) al no responder a las exigencias de seguridad y celeridad del nuevo tráfico económico, provoca el nacimiento de un *derecho autónomo mercantil* cimentado en el dogma de la autonomía de la voluntad, con unos contratos homónimos a los civiles pero dotados de esos instrumentos aceleradores del comercio.

La autonomía de la voluntad a pesar de ser el dogma fundamental encuentra en el *orden público* y las *buenas costumbres* (artículos 6o. y 1133 del Código Civil francés; 1830 y 1910 del Código Civil mexicano; 16 y 1524 del Código Civil colombiano) sus únicas limitantes.

Esta concepción se ve superada a fines del siglo XIX e inicios del XX no sólo por las grandes transformaciones de la vida social y del mundo económico, sino también por la repercusión que esos cambios tuvieron en el campo jurídico: estandarización de los contratos (transporte, seguros); intervencionismo estatal. En fin, la crisis del Estado liberal arrastra a las demás instituciones que eran su consecuencia.

Efectivamente, el Estado ya no se podía conformar con unas normas generales de contenido neutral, sino que tenía que intervenir para configurar el contenido de la esfera social, con el fin de establecer la justicia social que el mercado liberal había sido incapaz de producir; entonces, la actividad económica se convirtió en un asunto de interés público y no meramente privado, de modo tal que el responsable del desarrollo sería no únicamente la libre iniciativa privada sino principalmente el Estado.

Consecuencia de estas nuevas ideas es que la voluntad contractual como única orientación de la fuerza y los efectos del contrato se rompe para abrir paso al *imperio de la ley*; el contrato pasa a ser parte del engranaje del orden jurídico del Estado. Aún más, el factor principal que determina el contenido de un contrato ya no es la voluntad individual (individualismo) sino la voluntad de la *comunidad* (universalismo). En ese entendido, la locución autonomía *privada* suplanta a la de autonomía de la *voluntad*.

En adelante, la ley es la progenitora del negocio jurídico. La autonomía privada es el poder de los particulares —conferido por el sistema jurídico estatal— para crear normas jurídicas.

La autonomía privada halla su razón de ser sólo en los espacios que la ordenación estatal deja a los particulares para que inserten su actividad normativa.

El contrato, entonces, ya no es una actividad originaria, creadora de efectos jurídicos por sí mismo, sino una expresión normativa supeditada a normas de superior jerarquía dentro del orden jurídico. Las nuevas ideas han caracterizado su vigencia en diversos ordenamientos relativos al consumidor, a los bancos, a los transportes y seguros, a las sociedades, a las quiebras y, en general, a las obligaciones mercantiles.

Finalmente, el autor, al vislumbrar futuras reformas a la legislación mercantil colombiana, sugiere delimitar diáfana y definitivamente la esfera de los particulares, suprimiendo los conceptos de orden público y buenas costumbres, por el campo que la *ley* determine. Solamente —expresa— *el imperio de la ley* como garantía ciudadana, puede mantener una iniciativa imaginante y creativa.

La nueva filosofía que adoptó la voluntad contractual en los albores del siglo XX, ha permeado de algún modo nuestra legislación y realidad mexicanas. Labor del legislador es captar la realidad y plasmarla eficiente y oportunamente en la norma, de tal manera que ésta no quede a la zaga de aquélla.

BIANCA, C. M.; SONO, K. y DATE-BAH, S. K., "Conformity of the Goods and Third Party Claims", en BONELL, M. J. *et al.*, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 268-328.

Se trata de un comentario a los artículos 35-44 de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, que se refieren a la responsabilidad del vendedor por la calidad de las mercancías. Bianca comenta los artículos 35-38, Sono los artículos 39-40 y 43-44, y Date-Bah los artículos 41 y 42.

El artículo 35 establece la obligación del vendedor de entregar mercancías con las características, en la cantidad y con el empaque definidos en el contrato. Luego señala criterios para determinar, a falta de disposición contractual, características que deben reunir las mercancías que entrega el vendedor. Bianca (p. 273) aclara que se consideran parte del contrato las descripciones de mercancías en los catálogos que el vendedor haya enviado al comprador al hacer la oferta de venta.

La convención, comenta Bianca (pp. 269-271), ha optado en este punto por distinguir entre la falta de entrega de los bienes, que ocurre cuando el vendedor no entrega mercancía alguna, y la entrega defectuosa de mercancías. Considera, por consiguiente, que la entrega de un bien distinto del previsto en el contrato, es verdadera entrega, pero entrega defectuosa. El comprador, en este caso, podrá reclamar al vendedor por no haber entregado bienes adecuados, una vez hecho previamente el examen de las mercancías, pero no podrá reclamarle el no haber entregado. Es una diferencia sutil, pero que puede tener consecuencias prácticas importantes.

Cuando no hay acuerdo sobre las características de las mercancías —siempre tiene que haber acuerdo, al menos respecto del género de las mercancías y la cantidad (artículo 14)—, el artículo 35 proporciona criterios para determinar qué características deben reunir. El primero es que las mercancías sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercancías de ese tipo, esto es, explica Bianca (p. 274), que tengan las cualidades que ordinariamente tienen y carezcan de los defectos que ordinariamente no tienen. La determinación de las cualidades que no deben tener se hace de acuerdo con lo que se entiende por uso ordinario de esas mercancías en el país del vendedor.

El segundo es que las mercancías sean aptas para el uso que ha de darles el comprador, siempre que éste lo haya manifestado, implícita o explícitamente, al vendedor, al momento de perfeccionarse el

contrato. Esto es una consecuencia del principio de buena fe contractual, ya que ordinariamente el comprador confía en los conocimientos del vendedor respecto de las mercancías. No opera este principio cuando el comprador no confiaba o no debía confiar en la pericia del vendedor. Esto último, según Bianca (p. 275), tendrá que determinarse caso por caso.

El tercer criterio dice que el vendedor debe entregar bienes con las características de las “muestras” o “modelos” que le haya proporcionado el comprador. Al entregar muestra, opina Bianca (p. 276), el comprador está determinando las características de las mercancías que quiere comprar; por lo tanto, la entrega de muestras viene a ser una forma de determinar contractualmente las características de las mercancías, y no deben aplicarse los dos criterios arriba analizados, que operan cuando no hay disposición contractual.

Finalmente, el artículo 35 dispone que las mercancías deben estar empacadas o embaladas en la forma usual o en una forma adecuada. La forma “usual”, aclara Bianca (p. 277), es la acostumbrada entre los fabricantes de esas mercancías; si hubiera varias formas por razón de lugar, será la acostumbrada en el comercio internacional, y si no la hay, será la acostumbrada en el país del vendedor. Si no hay una forma usual, por ejemplo, por tratarse de nuevos productos, se requiere una forma adecuada, esto es, dice el autor (p. 277), apropiada para circunstancias normales. En todo caso las mercancías deben ser empacadas o embaladas en forma tal que puedan llegar a manos del comprador en buen estado; cuando el comprador manifestó al vendedor la posibilidad de revenderlas en tránsito, éste debe tener en cuenta tal eventualidad al empacarlas.

La responsabilidad del vendedor por la calidad de las mercancías se excluye, de acuerdo con el artículo 35, párrafo 3, cuando el comprador sabía o debía saber las características que tenían las mercancías que le iban a ser entregadas. Esta regla, opina Bianca (pp. 279-280), sólo se aplica cuando no hay una disposición contractual que expresamente determine las características de las mercancías. Por lo regular se aplica en los casos de compraventa de bienes específicos, que el comprador tiene oportunidad de examinar. Si después de haberlos examinado, el comprador consiente la compraventa, es porque está de acuerdo en recibirlos tal como están; sin embargo, aclara Bianca (p. 279), el comprador no está obligado a hacer un examen minucioso, sino sólo el examen ordinario que haría cualquier comprador, por lo que el vendedor, no obstante el examen, sigue siendo responsable de los defectos ocultos.

Aunque no haya tenido posibilidad de examinar las mercancías, el comprador pudo haber sabido de defectos de las mercancías; por ejemplo, cuando ellos están expresos o implícitos en la descripción de las mercancías, o cuando debía suponer que tendrían defectos, porque el vendedor ordinariamente le entrega mercancías defectuosa, o porque el precio es notoriamente bajo. En estos supuestos, el vendedor no es responsable.

Comenta Bianca (pp. 280-281) que el artículo 35 no precisa la obligación del vendedor de entregar bienes de una determinada calidad. Pero, me parece que sí lo hace, aunque de forma indirecta, al decir que las mercancías deben ser aptas para el uso ordinario que se hace de ellas.

Otro defecto es que no aclara si es responsabilidad del vendedor el no entregar mercancías que cubran los requisitos de calidad para poder ser importadas al país del comprador. Esto tendrá que decidirse caso por caso; en general, opina Bianca (p. 283) que el vendedor no está obligado a conocer dichos requisitos, ni por consiguiente a cumplirlos.

El artículo 36 de la Convención distingue entre la responsabilidad del vendedor por la conformidad con las mercancías y el riesgo del comprador. Por eso, precisa que el vendedor es responsable por toda falta de conformidad de las mercancías que exista al momento en que el riesgo pasa al comprador (ver artículos 66 y siguientes), aun cuando la falta de conformidad se haga visible tiempo después. Sin embargo, aclara el artículo, el vendedor es responsable por la falta de conformidad de las mercancías, aun después de ese momento, si fue causada por el incumplimiento de alguna de las obligaciones del vendedor; por ejemplo, por no ir debidamente empacadas.

El artículo, comenta Bianca, da lugar a un problema de prueba: ¿quién tiene que probar que las mercancías, que llegaron deterioradas al comprador, reunían o no las características convenidas al momento de transmitirse el riesgo al comprador? El citado autor opina que debe probarlo el comprador.

El artículo 37 contiene una disposición novedosa en relación con el régimen de la compraventa en los sistemas jurídicos de tradición romanista. Prescribe que el vendedor, si ha entregado las mercancías antes de la fecha fijada, puede subsanar las faltas de conformidad, reparando las mercancías o enviando otras, siempre que esto no cause inconvenientes o gastos graves al comprador. Un inconveniente grave podría ser, según Bianca, el hecho de que el comprador tenga que regresar todas las mercancías para que el vendedor le envíe otras; en

este caso, el comprador podría pedir al vendedor una garantía de que enviará las nuevas mercancías. Pero si el comprador, sin causa grave, impide que el vendedor subsane su incumplimiento, pierde derecho a exigirle responsabilidad al vendedor por tal concepto. El derecho del comprador a exigir responsabilidad al vendedor por la no conformidad de las mercancías entregadas, depende de que el comprador practique, en cuanto le sea posible, un examen de las mismas según lo dispone el artículo 38. Hacer el examen, opina Bianca (p. 296), no es una obligación del comprador, pero sí una carga cuyo cumplimiento es necesario para que pueda exigir responsabilidad. El examen debe practicarse en un plazo razonable, contado a partir del momento en que el comprador tiene control sobre las mercancías; si el comprador revende las mercancías antes de que lleguen a él, el examen podrá hacerse hasta después que lleguen a su nuevo destino, siempre que el vendedor supiera o debiera saber que las mercancías podían ser revendidas.

Practicado el examen, el comprador, si ha descubierto alguna falta de conformidad por la cual pretenda exigir responsabilidad al vendedor, deberá dar aviso a éste, indicándole la naturaleza de la falta de conformidad, según lo dispone el artículo 39. K. Sono, quien comenta este artículo, hace ver (p. 308) que la falta de aviso oportuno hace perder al comprador su derecho a exigir del vendedor la reposición de las mercancías (artículo 46), o declarar la rescisión del contrato (artículo 49); sólo puede reclamar daños o reducir el precio, si tuvo una "excusa razonable" para no dar el aviso a tiempo (artículo 44). El aviso debe darse en un plazo "razonable", contado a partir del día en que el vendedor conoció o debió conocer la falta de conformidad. La extensión del plazo deberá decidirse caso por caso; así, explica Sono, si el comprador pretende reclamar la sustitución de mercancías, el plazo debe ser más breve que si pretende sólo una reducción del precio.

Normalmente, el comprador conoce la falta de conformidad al momento de practicar el examen de las mercancías, o sea, que a partir de ese momento corre el plazo para dar el aviso. Es más difícil precisar el momento en que el comprador "debía saber" la falta de conformidad; para precisarlo, opina Sono (p. 309), debe atenderse a las circunstancias de cada comprador. En general, establece el párrafo segundo del mismo artículo, el plazo para enviar el aviso no puede exceder de dos años, contados a partir de que el comprador tuvo en su poder las mercancías, "a menos que ese plazo sea incompatible con alguna garantía contractual".

Opina Sono (pp. 311-313) que esta última frase deja sin decidir muchos problemas que pueden presentarse por causa de que las partes convinieron una garantía por un tiempo menor o mayor que el de dos años que establece la Convención, por lo que es necesario determinar con cuidado el alcance y contenido de tales garantías.

El artículo 40, comenta Sono (p. 314), hace irrelevante el hecho de que el comprador no practique el examen de las mercancías o que no dé aviso oportuno de la falta de conformidad, cuando ésta se refiere a hechos que el vendedor no podía o no debía ignorar, y que no puso en conocimiento del comprador. No hace falta, dice Sono, que el vendedor conociera exactamente la falta de conformidad; basta que supiera de hecho, de los que, ordinariamente, resulta una falta de conformidad.

Los derechos que pueden pretender los terceros respecto de las mercancías y la responsabilidad que de ello deriva para el vendedor, son la materia de los artículos 41 y 42, que comenta S. K. Date-Bah. El artículo 41 se refiere, en general, a cualquier derecho de tercero, y el artículo 42 a los derivados de la propiedad industrial o intelectual. El vendedor está obligado a entregar mercancías (artículo 41) libres de cualquier derecho o "pretensión" (*claim*) de tercero, lo que significa, comenta Date-Bah, que el vendedor es responsable ante el comprador no sólo por las reclamaciones justificadas de terceros, sino también por las no justificadas (p. 318), ya que ellas causan gastos de litigio.

El artículo 42 establece la responsabilidad del vendedor de entregar mercancías libres de derechos o pretensiones de terceros basados en la propiedad industrial o intelectual. Pero es una responsabilidad limitada a los derechos que el vendedor sabía, o no debía ignorar, que existían al momento del perfeccionamiento del contrato, y siempre que esos derechos se funden en la ley del país del comprador, o en la ley del país donde las mercancías iban a ser usadas o revendidas, cuando el vendedor conociera esta circunstancia. La limitación de esta responsabilidad se justifica, según Date-Bah (p. 320), en que la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial varía en cada país; puede ser, por ejemplo, que unas mercancías violen los derechos de una patente protegida en un país, pero pueden introducirse sin ninguna reclamación a otro país, donde esa patente ya pasó a ser de dominio público.

La responsabilidad del vendedor se excluye cuando el comprador conocía, o debía conocer, la existencia de tales derechos, o cuando el

vendedor surtió mercancías, de acuerdo con un diseño, proceso o muestra que le proporcionó el comprador.

Para exigir responsabilidad al vendedor por estos casos, el comprador debe dar aviso al vendedor del derecho o pretensión de tercero, en un plazo razonable, contado a partir de que los conozca o deba conocerlos. De ello trata el artículo 43, que comenta K. Sono. Es una disposición paralela al artículo 39, que dispone una carga semejante para el comprador que quiere reclamar por la falta de conformidad de las mercancías, pero con la diferencia, advierte Sono, que el artículo 43 no fija un plazo límite para dar aviso, como lo hace el artículo 39 estableciendo un plazo máximo de dos años. La falta de aviso, dispone el párrafo 2 del artículo 43, no limitará la responsabilidad del vendedor, cuando él sabía de la existencia del derecho o pretensión de tercero: es una disposición paralela al artículo 40.

El artículo 44, que también comenta Sono, dispone que el comprador que no dio aviso oportuno de falta de conformidad de las mercancías (artículo 39-1) o de existencia de derechos o pretensiones de tercero (artículo 43-1), puede, si la omisión fue por causa justificada, demandar los daños que le causó el incumplimiento. A este derecho del comprador se opondrá, advierte agudamente Sono, el derecho del vendedor, derivado del artículo 77, de que el comprador haga todo lo posible por reducir los daños. Esto puede limitar considerablemente las pretensiones del comprador.

Jorge ADAME GODDARD

IRIBARREN MONTEVERDE, Henrique, "La venta de las acciones hecha por la sociedad cuando el accionista no las ha cancelado totalmente", *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, núm. 37, enero-junio de 1987, pp. 441-523.

En materia de sociedades anónimas, el derecho mexicano, al igual que el extranjero, permite al socio suscribir acciones, pagaderas en numerario, aunque no cubra íntegramente su valor, supuesto en el cual la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) exige la exhibición de por lo menos el 20% de dicho valor (artículo 89).

En virtud de que las acciones representan una parte alícuota del capital social y de que éste constituye la única garantía de los acreedores sociales, la integridad de ese capital significa un principio de

orden público, y la sociedad debe proceder a su integración inmediata con el pago de las acciones no exhibidas totalmente por los accionistas; para ello, la propia ley establece los mecanismos necesarios.

En efecto, si en el título de la acción consta el plazo en el cual el socio debe pagar las exhibiciones y su monto, transcurrido dicho plazo, la sociedad debe proceder a exigir judicialmente —la ley dice en la vía sumaria, que no existe—, el pago de la exhibición, o bien a la venta de las acciones (artículo 118 de la LGSM). Ahora bien, si no existe plazo para el cumplimiento del pago, la sociedad debe publicar, en el periódico oficial de la entidad federativa a que corresponda su domicilio social, la fecha señalada para el pago con treinta días de anticipación por lo menos; es decir, debe requerir de pago al deudor señalándole un plazo para el cumplimiento; si éste transcurre sin que se haya cubierto el precio, la sociedad procederá a exigir judicialmente el pago o a vender las acciones.

El artículo 120 de la misma Ley señala que dicha venta se hará mediante corredor público y que del producto de la venta se cubrirá la exhibición decretada; si hubiere excedente se aplicarán gastos de venta e intereses legales sobre el monto de la exhibición; si hay remanente le será entregado al antiguo accionista.

La integración del capital social es tan importante que la sociedad no puede sujetarse a trámites lentos o procedimientos largos para cubrir dicho capital; de ahí que si en un mes, a partir de la fecha en la cual debiera hacerse el pago de la exhibición, no se hubiera iniciado la reclamación judicial o no fuera posible vender las acciones en un precio que cubra el valor de la exhibición, la ley dispone que tales acciones se declararán extinguidas y se deberá reducir el capital social.

Esa venta de acciones por parte de la sociedad ante el incumplimiento del socio moroso, prevista no sólo en el derecho mexicano, sino también en el extranjero y en particular en el de Venezuela, es objeto de análisis por Monteverde, para quien, a la luz del derecho venezolano constituye un acto ilegal, anticonstitucional y causa suficiente para invocar la nulidad del precepto que faculta a la sociedad para proceder a esa venta.

En efecto, el artículo 295 del Código de Comercio de ese país permite a la sociedad anónima, en caso de falta de pago de las acciones suscritas, vender los certificados de ellas y, en su defecto, anular dichos títulos, precepto que, a decir del autor, deja en estado de indefensión al accionista moroso. Para argumentar su interesante postura al respecto, hace varios cuestionamientos y acude al derecho extranjero.

Su labor de derecho comparado, sin embargo, es muy pobre debido a que desafortunadamente no tuvo a la mano los textos legales relativos, únicamente consultó a los autores nacionales de Argentina, México, Alemania, Italia y España, razón por la cual no sólo se vió limitado su trabajo, sino también en algunos casos desconoció la situación de la figura en cierta legislación (mexicana), o bien acudió a tratadistas que se refieren a legislaciones ya no vigentes (Rocco, Vivante). De cualquier manera, al exponer las opiniones de cada autor, elabora sus propios comentarios y conclusiones, de forma inclusive un tanto redundante.

Para determinar la naturaleza jurídica de la venta de las acciones, expone diversas tesis, según las consideraciones doctrinales: si se trata de una resolución contractual por voluntad de una de las partes, si es una cláusula resolutoria tácita, una cláusula penal, un medio de defensa privado o autodefensa, en fin, si constituye un derecho de retención, derecho de retracto, una resolución de pleno derecho o de una restricción legal al derecho de propiedad.

Concluye, como los autores italianos citados por él mismo, que se trata de una venta en daño, fundada desde luego en el incumplimiento del accionista de su obligación de aportar, si bien difiere de ellos en cuanto estima que este mecanismo de autodefensa previsto en el Código de Comercio venezolano es anticonstitucional, en vista de que viola la garantía de audiencia del accionista sobre cuyos bienes se ejecuta sin ser oído ni vencido en juicio; por tanto, cualquier persona, no sólo el interesado, puede invocar la acción popular y pedir la nulidad del artículo referido.

Se trata de un tema cuestionable del que la doctrina mexicana prácticamente nada ha dicho, y al igual que Monteverde se podría alegar extralimitación de la Ley General de Sociedades Mercantiles al autorizar a la sociedad para proceder a esa venta sin antes haber oído y vencido en juicio al socio (deudor); sin embargo, nuestra Ley no faculta a dicho ente social sino le obliga (recuérdese que dice "la sociedad procederá a") exigir judicialmente el pago o vender las acciones.

Al igual que en un juicio ejecutivo y aún con más fundamento, en vista de que se ponen en juego los intereses de los acreedores sociales, se procede a la venta de las acciones por autoridad del propio acreedor, sin intervención judicial en virtud del incumplimiento del socio moroso y de la urgencia de integrar el capital social, por lo que de no ser posible dicha venta debe reducirse inmediatamente el capital social, para que éste sea real y no ficticio.

MASKOW, D. y EÖRSI, G., "Payment of the Price", en BONELLI, M. J. *et al.*, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 394-434.

El trabajo contiene comentarios a los artículos 54 a 59 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Maskow comenta los artículos 54 y 56 a 59 y Eörsi el artículo 55.

El artículo 54 prescribe no sólo la obligación del comprador de entregar el dinero convenido como precio, sino además la de realizar todos los actos y cumplir con todas las formalidades necesarias, de acuerdo con el contrato o con la ley aplicable, para que el pago del precio pueda ser efectuado.

Estos actos, dice Maskow (p. 395), pueden consistir en la entrega de dinero, de un cheque, o en una transferencia de fondos, cuando no se ha convenido otra cosa en el contrato. Pero suele ocurrir en la compraventa internacional, que se convenga que el comprador deba dar los primeros pasos para el cumplimiento del contrato, sea anticipando el pago total del precio, sea haciendo un pago parcial, sea proporcionando garantías. En estos casos, la obligación de pagar el precio, tal como se contempla en el artículo 54, incluye el hacer los actos necesarios para hacer los pagos o proporcionar las garantías convenidas. El comprador no puede excusarse de incumplimiento de estas obligaciones, diciendo que hizo todo lo posible por cumplirlas pero que por un acto ajeno a su voluntad no pudo cumplirlas; por ejemplo, diciendo que el banco le negó la carta de crédito. No puede excusarse, opina Maskow (p. 396), porque el comprador siempre tiene posibilidad de acudir a otro banco, o cumplir con los requisitos que uno le exige para darle la carta de crédito.

El cumplir con las formalidades que exige la ley para que el pago sea posible se refiere, opina Maskow, a cubrir los requisitos que eventualmente puede exigir un gobierno para transferir fondos al exterior. Aquí la responsabilidad del comprador, en caso de incumplimiento, es menos exigente que en el incumplimiento de actos de naturaleza mercantil, como los señalados arriba, ya que si el gobierno no autoriza la transferencia de fondos, ordinariamente el comprador no tiene posibilidad de superar esa decisión negativa. Aclara el autor (p. 398) que hacer los trámites que pudieran ser necesarios para la recepción de fondos provenientes del exterior, es obligación del comprador sólo en tanto que el lugar de pago sea el domicilio del vendedor, y que sean trámites que él pueda razonablemente cumplir.

Una laguna de este artículo, en opinión de Maskow, es que no da reglas para definir el tipo de moneda en que debe pagarse el precio. Lo usual es que el tipo de moneda se defina en el contrato; cuando no es así, entonces debe definirse de acuerdo con los convenios que al respecto existan entre los países del comprador y del vendedor, por la costumbre (artículo 9) que hubiera entre las partes, o en el comercio entre los países de ambas o, finalmente, de acuerdo con la ley aplicable según las reglas de derecho internacional privado.

El artículo 55, que comenta Eörsi, contiene una disposición que causó mucha polémica y que quizá sea aplicable en pocos casos. Dice que cuando se ha celebrado un contrato válido y las partes no han determinado el precio ni fijado medios para determinarlo, entonces se entiende que el precio convenido es el generalmente cobrado al momento de perfeccionarse el contrato, respecto de tales mercancías, en circunstancias semejantes.

Refiere Eörsi (p. 405) que aunque lo usual es que las partes determinen el precio o los medios para determinarlo, cada vez es más frecuente que suceda que se pidan simplemente las mercancías sin negociar acerca del precio; o sea, que el artículo puede ser aplicable.

El objetivo de esta disposición, acorde con uno de los principios generales de la Convención, es mantener el contrato, que ha sido válidamente concluido, pero sin determinación de precio. Para que pueda operar el artículo se requiere, ante todo, un contrato válidamente concluido. Como la validez del contrato es asunto no regido por la Convención (artículo 4), se tiene que acudir a la ley nacional aplicable al contrato. En consecuencia, si la ley aplicable no acepta (como la mexicana) que el contrato sea válido si no hay precio determinado o determinable, entonces no podrá operar el artículo 55 de la Convención; si, en cambio, la ley nacional acepta la validez de tales contratos (como el *common law* inglés), entonces se aplica el artículo de la Convención.

En ese último caso, el artículo no se aplicará si las partes han hecho alguna referencia en el contrato a que no aceptarán la forma de determinar el precio que prevé el propio artículo. Esto, comenta Eörsi (pp. 408-409), puede ocurrir de tres maneras: a) si una de las partes hizo referencia a contratos previos celebrados entre ellas, o a las negociaciones previas al contrato, y al precio que le determinen sobre esa base; b) si una de las partes declaró que no se aceptaría el precio tácito definido en la Convención; c) si el comprador ha pedido y tuvo la lista de precios del vendedor, en cuyo caso el precio se determinará conforme a dicha lista.

El artículo 56, opina Maskow (p. 410), más que definir obligaciones o derechos, establece una regla de interpretación: dice que cuando el precio se conviene en relación con el peso de las mercancías, deberá entenderse, en caso de duda, que es el peso neto. El peso neto es, opina el autor, el peso de las mercancías sin contar el peso de los materiales de empaque.

El artículo se aplica sobre todo en ventas de cosas genéricas, en las que es usual esta forma de determinación del precio. También se aplica en casos en que se establecen disminuciones del precio, en relación con el precio de las mercancías; por ejemplo, cuando se compra una cierta cantidad de plantas, por un precio determinado, conviniéndose que cada planta debe tener un peso mínimo, y si pesara menos, se rebajará el precio en cierta proporción.

El artículo 57 se ocupa del lugar de pago del precio. En principio, debe ser el convenido por las partes, pero si no lo hay, dispone el artículo que sea el lugar de entrega de mercancías o documentos, si se convino el pago contra la entrega, o, si tampoco hay este convenio, el domicilio del vendedor.

El pago en el domicilio del vendedor, dice Maskow (p. 413), puede ocurrir en tres casos: A. en casos de pago de precio por anticipado; B. cuando se conviene que el pago del precio se haga después de recibir las mercancías, o después de recibir una factura *pro forma*, o C. cuando el comprador tiene que pagar daños o reembolsar gastos.

El pago, opina Maskow (p. 414), debe hacerse, si no hay convenio en contrario, en efectivo, por lo que el vendedor puede rechazar un cheque.

La obligación de pagar en el domicilio del vendedor, explica el autor (p. 415), tiene cuatro consecuencias importantes: 1) el comprador debe iniciar los trámites para el pago, y corre el riesgo por la demora en hacerlo; 2) el comprador debe cumplir los requisitos formales que se exijan, en su país y en el del vendedor, para que el pago pueda efectuarse; 3) el comprador paga los gastos de transferencia del precio al vendedor, y 4) el comprador corre con el riesgo por la transferencia de fondos, por ejemplo si se extravía un cheque.

El pago contra entrega de documentos o mercancías suele hacerse, aclara el autor (pp. 415 y siguientes) en estas dos formas: pago en efectivo contra documentos o pago por carta de crédito contra documentos.

En la primera forma el pago suele recibirlo un banco, y el procedimiento se rige por las *Uniform Rules for Collections*. El vendedor entrega los documentos a su banco y éste los envía al banco que va a recibir el pago, que ordinariamente está en el domicilio del compra-

dor; o sea, que en esta operación el lugar de pago del precio es el domicilio del comprador. Ahí el comprador tiene que entregar el dinero al banco recolector. Esta forma de pago también puede hacerse, sin la intervención de un banco, mediante un agente del vendedor que recibe el precio.

Cuando se conviene el pago mediante carta de crédito, se aplican los *Uniform Custom and Practice for Documentary Credits*. El comprador abre en un banco, ordinariamente de su domicilio, una carta de crédito. El banco emisor de la carta informa al banco receptor dónde deben presentarse los documentos: ordinariamente es en el domicilio del vendedor, que ha abierto dicha carta, con lo cual asume la obligación de pagar el crédito que consta de ella. El banco que recibe los documentos paga el precio a nombre del comprador y exige su reembolso al banco emisor de la carta. El lugar de pago viene a ser ordinariamente el domicilio del vendedor.

El segundo párrafo del artículo 57 dispone que el vendedor corra con los gastos adicionales que requiera el pago del precio, debido a cambio de domicilio del vendedor. Esto, interpreta Maskow (p. 418), significa que el comprador, cuando debe pagar el precio en el domicilio del vendedor, debe hacerlo en el domicilio que tenga, no al momento de perfeccionarse el contrato, sino al momento de efectuar el pago. Ahora bien, si el vendedor cambia de domicilio, sólo podrá esperar que se le pague en su nuevo domicilio, si avisó del cambio al comprador (p. 414). Como el artículo sólo dispone que el vendedor corra con los gastos adicionales que origine un cambio en el lugar de pago del precio, se entiende, según el autor (p. 418), que todos los demás inconvenientes por ese cambio debe soportarlos el comprador.

Un problema, no previsto por el artículo, es el caso en que el vendedor ceda su crédito por el precio a un tercero. ¿Habrá de entenderse que la cesión del crédito implica un cambio de lugar de pago, entendiéndose que el nuevo lugar es el domicilio del cesionario? Maskow opina (p. 419) que no se cambia el lugar de pago.

El artículo 58 define el momento de pago del precio cuando las partes no han convenido otra cosa.

La idea básica del artículo, opina Maskow (p. 421), es hacer simultánea la entrega de los bienes y el pago del precio. Sin embargo, aclara el autor, hay contratos en los que, por la forma de pago convenida, no puede darse esa simultaneidad; por ejemplo, cuando se conviene pago mediante carta de crédito; en este caso, la noticia de apertura de la carta de crédito debe llegar al vendedor, a más tardar, el día en que

comience el periodo para entregar las mercancías; tampoco debe haber simultaneidad cuando se conviene el pago de precio por anticipado.

La disposición contempla dos supuestos. El primero (párrafo 1) dice que el comprador está obligado a pagar el precio al momento que el vendedor ponga a su disposición las mercancías o los documentos correspondientes. El lugar donde el vendedor debe entregar los bienes está definido por el artículo 31.

El segundo supuesto (párrafo 2) es cuando el contrato implica el transporte de las mercancías. En este caso, el vendedor debe enviar las mercancías, hacer los gastos correspondientes, y puede exigir que los bienes o documentos se entreguen al comprador hasta que pague el precio. En este caso, el momento del pago del precio es también el momento en que los bienes o documentos se ponen a disposición del comprador. Maskow comenta (p. 424) que el comprador puede negarse a pagar el precio en condiciones semejantes a las que puede negarse a recibir las mercancías.

El párrafo 3 del artículo dice que el comprador tiene derecho a examinar los bienes antes de pagar el precio, y que si la entrega de los bienes la hace el vendedor de manera que el comprador no pueda inspeccionarlos, el comprador puede negarse justificadamente a pagar el precio. Aclara el autor que este examen de las mercancías, previo a su aceptación, es distinto del examen que posteriormente hace el comprador para ver si las mercancías son conformes con el contrato o no (artículo 38). Sin embargo, hay ciertas formas de pago que pueden convenirse, que de hecho eliminan el derecho del comprador para negarse a pagar si no puede inspeccionar las mercancías, tales como el pago por carta de crédito o el pago contra documentos. Si al hacer el examen, el comprador descubre que los bienes no son, total o parcialmente, conformes con el contrato, puede, opina el autor (p. 426), rechazar los bienes, o aceptarlos si le sirven, pagando parcialmente, en proporción al valor disminuido de las mercancías por causa de la falta de conformidad.

El artículo dice que el precio debe pagarse cuando el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador o cuando pone los documentos mediante los cuales puede disponer de ellas. Estos documentos, aclara Maskow (p. 429), varían según los países, regímenes aduaneros y naturaleza de las mercancías: ordinariamente son los documentos gracias a los que se pueden recoger las mercancías del transportista (como el conocimiento de embarque) o del almacén (como el billete de depósito); las facturas y los certificados de origen lo serán en tanto su exhibición sea necesaria ante las autoridades aduanales para poder impor-

tar las mercancías. Otros documentos, como certificados de calidad, instructivos de uso, etcétera, no son necesarios para la disposición de los bienes, pero sí para su uso.

El artículo 59 establece que el comprador está obligado a pagar el precio a partir del día que se determinó en el contrato, o el día que se determinó mediante la aplicación del artículo 58 de la Convención, sin necesidad de haber recibido requerimiento de pago alguno o de que el vendedor cumpla alguna formalidad. Al respecto, comenta Mas-kow (p. 432) que, salvo acuerdo contractual, el comprador debe pagar ese día todo el precio, y que si sólo pagara una parte, el vendedor puede rechazar y exigir responsabilidad. Igualmente, si el comprador paga antes del día fijado, el vendedor puede rechazar el pago o aceptarlo; si lo acepta, queda impedido de reclamar los daños que pudiera derivarse de ello a causa de una baja del valor de la moneda que recibió; opina el autor que el vendedor puede también aceptar el pago anticipado, haciendo la reserva de exigir responsabilidad para el caso de baja del valor de la moneda.

La disposición de este artículo, de no exigir requerimiento de pago ni cumplimiento de formalidad alguna, es suficientemente clara, como para hacer inoperantes las referencias a algunas legislaciones nacionales que sí exigen requisitos de este tipo. Se pregunta el autor si la presentación de una factura es o no requisito para exigir el pago. Responde (p. 434) que la factura, en tanto que es un documento necesario para que el comprador obtenga el control de las mercancías, sí debe ser presentada, pero no porque sea una formalidad de la cual dependa la obligación del comprador.

Jorge ADAME GODDARD

NOBILI, Raffaele, "Osservazioni in tema di azioni proprie", *Rivista delle Società*, Milán, año 32, fasc. 3-4, mayo-agosto de 1987, pp. 760-806.

La adquisición de acciones propias por la sociedad anónima, ha sido objeto de limitación por parte de las diversas legislaciones; la nuestra, la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) expresamente les prohíbe adquirirlas, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad, supuesto en el cual el ente social goza de un plazo de tres meses para proceder a enajenarlas o, en su defecto, y a falta

de esa, a reducir su capital social, y mientras tanto la sociedad titular de tales acciones carece del derecho de voto en asambleas.

Raffaele Nobili se propone estudiar el contenido de los artículos 2357, 2357 *bis* y 2357 *ter* del Código Civil italiano, recientemente incorporados, así como el 2357 *quater* relativo a la suscripción de acciones propias. A la luz de tales disposiciones, las sociedades por acciones pueden adquirir sus propias acciones ya emitidas, pero el artículo 2357 *quater* les prohíbe suscribir acciones propias; tampoco pueden como fiduciarias, o por interpósita persona, aceptarlas en garantía o en usufructo. Son varios los puntos a tratar por Nobili, de ellos nos referimos a continuación:

Procedimiento de adquisición. El instrumento normal para tal adquisición es el contrato de compraventa, aunque podría ser también la permuta o el reporto; para ello se deben satisfacer los requisitos establecidos por la ley; la decisión de compra por la asamblea general, la autorización al consejo de administración y la ejecución de esa por quien tiene suficientes poderes. Es posible que los accionistas ofrezcan sus acciones antes de la asamblea; los socios, entonces, son llamados a deliberar.

Las condiciones de ley. Para la adquisición de tales acciones, el artículo 2357 establece dos limitaciones; las legales y las voluntarias o impuestas por asamblea; las primeras imponen que: *a*) la adquisición debe hacerse sólo en los límites de las utilidades distribuibles y de las reservas disponibles resultantes del último balance aprobado; *b*) que sean acciones totalmente liberadas, y *c*) que su valor nominal no exceda de la décima parte del capital social.

Respecto de las utilidades distribuibles, considera que son aquellas que pueden ser repartibles entre los accionistas, y por lo que hace a las reservas, las que no integren la legal ni la estatutaria y tampoco las referidas al sobreprecio de las acciones. En este renglón expone el problema del uso de las reservas de revaluación monetaria, las cuales si se estiman disponibles pueden ser distribuidas entre los socios, pero no debe olvidarse que entonces queda sujeta al consenso de los acreedores tal distribución, y podrían usarse para adquirir las acciones, lo que, sin embargo, para Nobili traería graves inconvenientes.

En cuanto a que las acciones sean totalmente liberadas, advierte que la ley no impone expresamente la obligación de observar igualdad de trato entre los socios; sin embargo, dice, ello sería superfluo, pues tal principio ya está vigente en el ordenamiento italiano, además de que la prudencia (principio también de la contabilidad) exige que se tome en consideración en la adquisición de acciones propias, es decir, que

a todos los interesados en vender se les dé la misma posibilidad de hacerlo. En este renglón, Nobili hace notar que con ello cambia su posición contraria expuesta anteriormente.

Límites impuestos por la asamblea. Este órgano social debe fijar las modalidades de la referida adquisición con indicación del número máximo de acciones, duración —no superior a dieciocho meses—, del plazo para proceder a la adquisición, si bien otra sucesiva asamblea puede prorrogarlo; así como la indicación de los precios máximo y mínimo para evitar que se beneficie a unos y perjudique a otros socios, y sobre todo para impedir un incremento injustificado del precio de mercado de las acciones, lo que dañaría a quienes no vendieran sus títulos.

Límites cuantitativos de la adquisición de las acciones. Según indica Nobili, antes del texto actual del artículo 2357, tercer párrafo, las sociedades podían adquirir acciones propias sin limitaciones; ahora sólo lo pueden hacer por las acciones cuyo valor nominal no exceda la décima parte del capital social. La relación se establece entre valor nominal y capital social y no entre precio de adquisición y capital suscrito. Esa limitante se refiere a todas las adquisiciones en ejecución de deliberaciones procedentes; el excedente debe a su vez enajenarse o proceder a su anulación y consiguiente reducción de capital social.

No obstante la anterior limitación, existen “modos” de eliminar el excedente, diferentes del establecido por el artículo citado, ellos serían: anular simultáneamente las acciones de exceso, reduciendo el capital social; aumentar dicho capital, confiriendo derecho de opción para suscribir nuevas acciones únicamente a los otros accionistas, no a la sociedad, con lo cual se reduciría ese porcentaje; y asignar todas las acciones a los socios, pero no a la sociedad misma.

Inobservancia de la ley en la adquisición de acciones propias. Si la asamblea general viola la norma dictada en el interés general, la deliberación es nula; ello sucede cuando autoriza adquirir acciones no liberadas, ya que habría extinción del crédito a su favor por confusión y por tanto una pérdida para la sociedad, o también cuando se adquieren superando el 10% del capital social permitido, lo que, en su opinión, traería como consecuencia la nulidad del contrato de compraventa.

Adquisición de acciones propias, casos de excepción a la prohibición de adquirirlas con un valor nominal superior a la décima parte del capital social. En el caso de las adquisiciones para reducir el capital social y, en consecuencia, la anulación de los títulos, se trata del supuesto en el cual la sociedad adquiere las acciones mediante reembolso, como

lo permite nuestra Ley (artículo 135) o rescate, como le llama Nobili. La decisión de reducir el capital social, nos dice, puede tener lugar antes o después de la adquisición de tales acciones. La fusión por incorporación no requiere deliberación de asamblea para autorizar la adquisición, ella se sustituye por la deliberación de fusión; además, pueden adquirirse acciones no liberadas o no liberadas totalmente; ello es válido al igual que si no dispone de utilidades correspondientes al valor de las acciones propias que adquiriera por incorporación. Como consecuencias de lo anterior resultan: que la incorporante debe inscribir al activo del propio balance la reserva indisponible; si las acciones adquiridas superan el 10% aludido, como sería lógico que sucediera, debe procederse a la venta o anulación del excedente. Asimismo, la reserva indispensable, igual al importe de las acciones propias, inscrita en el activo del balance, debe ser constituida y mantenida hasta que las acciones hayan sido transferidas o anuladas.

Ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones. Uno de los problemas que preocupan al legislador es el relativo a la suspensión del derecho de voto de la sociedad titular de sus propias acciones; lo que se pretende con eso es evitar los manejos que los administradores pudieran hacer en la sociedad mediante las acciones adquiridas por la misma; por ello, el legislador italiano no sólo ha suspendido el derecho de voto, sino también los otros derechos que confieren los títulos, como el de opción. Consecuente con lo anterior, dice Nobili que si se dan en prenda las acciones propias, no por ello se transfiere el derecho al voto; en cambio, sostiene que si se hacen efectivos los derechos suspendidos cuando los títulos se dan en usufructo.

Además de exponer algunas consideraciones en torno al aumento y reducción del capital social (a propósito de acciones propias), son analizados los actos de disposición de las acciones. Enajenación voluntaria, *trading* y enajenación obligatoria. El primer acto supone un acto volitivo del ente social, manifestado generalmente mediante un contrato de compraventa, o también una permuta o un reporto. El *trading* es una figura peculiar que permite a la sociedad contemporáneamente adquirir y vender acciones propias, según sus necesidades; basta que una misma asamblea lo autorice a los administradores, quienes deben informar a la sociedad sobre todos los movimientos relativos a las adquisiciones y enajenaciones, lo que evidentemente permite a los socios ejercitar un cierto control sobre el propio *trading*. Por último, se analiza la enajenación obligatoria, la cual supone la adquisición de acciones propias cuyo valor nominal supera la décima parte del capital social, por lo que debe enajenarse el excedente o anularlo y

proceder a reducir el capital. Finalmente nos recuerda que la ley permite tener noticia de los actos relativos a esas acciones mediante el balance y el informe de los administradores.

En conclusión, la legislación italiana regula más amplia y severamente la adquisición de acciones por la misma sociedad que las emite; nuestro derecho, aunque sólo permite tal adquisición por adjudicación judicial en virtud de un crédito a favor del ente social, únicamente suspende el derecho al voto, y pese a no establecer nada respecto al caso de fusión por incorporación, creemos debe procederse inmediatamente a la enajenación o anulación de las acciones propias así adquiridas.

Soyla H. LEÓN TOVAR

VELÁSQUEZ R., Carlos Alberto, "Inhabilidades e incompatibilidades de los comerciantes", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, Colombia, núm. 78, julio-septiembre de 1987, pp. 29-33.

Al igual que otras instituciones jurídicas, la que hoy reseñamos tiene su origen en la conseja o prudencia populares.

En efecto, el tema de la inhabilidad y de la incompatibilidad de los comerciantes finca su objetivo en la defensa del comercio y en la honestidad de su ejercicio o en la rectitud, imparcialidad y consagración con las que ciertos funcionarios públicos han de desempeñarse.

En la legislación colombiana el sujeto pasivo de esta figura conlleva plena capacidad legal de goce y de ejercicio. Mientras el Código Civil (CC) habla de *incapacidad especial* con sanción de nulidad absoluta, el Código de Comercio (CCo) señala que el inhábil es persona *plenamente capaz* y sus actos de comercio son *enteramente válidos*.

Conforme a dicho ordenamiento, la *incapacidad* es una medida legal de protección al propio incapaz; la *inhabilidad* resulta una sanción para quien ha cometido infracciones o fraudes y una *prevención* en ciertos casos; y la *incompatibilidad* un signo de prestigio y entereza moral para ciertos puestos públicos.

Son *inhábiles** para ejercer *profesionalmente* como comerciantes:

- 1) Los quebrados no rehabilitados (artículos 14 y 16 del CCo colom-

* El CCo y la doctrina mexicanos se refieren a *prohibiciones* para ejercer el comercio; *cfr.* Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 18ª ed., México, Porrúa, 1979, pp. 86 y ss.

biano; 12-II del CCo mexicano; 13-II del CCo. español). 2) Los sentenciados por delitos contra la propiedad (hurto), la fe pública, la economía nacional, la industria y el comercio, competencia desleal, usurpación de derechos sobre propiedad industrial... (artículos 14 y 16 del CCo. colombiano); falsedad, peculado, cohecho y concusión (artículo 12 del CCo mexicano); los sentenciados a pena de interdicción civil, *mientras* no hayan cumplido sus condenas o sido amnistiados o indultados (artículo 13 del CCo español). 3) Las demás personas a quienes por sentencia judicial se prohíba el ejercicio de actividades mercantiles (artículos 105, 116, 296 (3), 839, 1339 del CCo colombiano).

No pueden *ejercer* el comercio por *incompatibilidad*: a) Los funcionarios de entidades oficiales o semioficiales respecto de actividades mercantiles que tengan relación con sus funciones (artículos 14 y 16 del CCo colombiano); los corredores (artículos 12-I y 69-I del CCo mexicano, 14 (3) del CCo español); los notarios (artículo 17 de la Ley mexicana del Notariado para el D. F.) y los agentes aduanales. b) Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público (artículos 14 y 16 del CCo colombiano, decreto 250 de 1950, artículo 80; artículo 92-II de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *Diario Oficial* del 5 de enero de 1988). c) En cuanto a incompatibilidad, el artículo 14 del CCo español es muy concreto, agregaría yo, casuístico. d) Los extranjeros no pueden ejercer el comercio en la república mexicana (regla general); hay excepciones claramente señaladas en las leyes mexicanas de Población e Inversiones Extranjeras.

Por lo que respecta a la sanción para quien transgrede las prohibiciones anteriores, el artículo 14 del CCo colombiano regula una que opera por vía genérica; sin embargo, existen en particular para ciertos casos (artículos 839 del CCo colombiano; 68-I, 69, 70-I y 74-VIII del CCo mexicano y 97 de la Ley mexicana sobre Quiebras y Suspensión de Pagos).

En suma, *los actos de comercio* realizados por el inhábil o por la persona que tiene una incompatibilidad, no obstante el impedimento, son *válidos*. Es más, incompatibilidad y prohibición no impiden adquirir el *status* jurídico de comerciante. Así pues, la calidad de comerciante no es un decir, es un *hacer*. El comerciante inhabilitado para ejercer el comercio, que lo ejercita a pesar de la prohibición, se halla al margen de la ley pero, paradójicamente, amparado por ella.

La prohibición ínsita en la inhabilidad no es para la realización de uno o varios actos de comercio por el inhabilitado, lo cual es por demás perfectamente lícito, la prescripción consiste en que no puede

ejercer *profesionalmente* el comercio, o lo que es lo mismo, determinada actividad mercantil *permanentemente*.

Aun cuando el artículo reseñado aquí es un comentario general, nos resulta sugerente, ya que a nuestro entender la figura amerita un claro, específico y sistemático régimen en nuestro Código Mercantil, es decir, varios preceptos que contemplan cual *numerus clausus* las distintas hipótesis de incompatibilidad y prohibición, así como la sanción correspondiente.

Desde luego que mucho ilustra un análisis doctrinario, preciso y cabal, con legislación comparada, que defina conceptos como capacidad legal del comerciante, ser comerciante, ejercer el comercio, incompatibilidad, prohibición...

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

WILL, M., "Remedies for Breach of Contract by the Seller", en BONNELL, M. J. *et al.*, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 329-382.

Se trata de un comentario de los artículos 45-52 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que ya fue aprobada por el gobierno mexicano y promulgada en el *Diario Oficial*.

Los redactores de la Convención, explica el autor (pp. 329-330), decidieron formar una sección que contuviera todas las disposiciones relativas a los recursos por incumplimiento de las obligaciones del vendedor. Paralelamente, hay otras dos secciones, una relativa a los recursos por incumplimiento del comprador y otra sobre las obligaciones del comprador.

El artículo 45 establece que el vendedor responde por cualquier incumplimiento de sus obligaciones. No se exige, opina Will (p. 331), que el incumplimiento sea por culpa, sino que basta sólo con que efectivamente haya incumplimiento. Sin embargo, el artículo 79 de la Convención dice que el obligado no es responsable por incumplimiento, que se deba a un "impedimento" ajeno a la voluntad del obligado. En otras palabras, se responde por el incumplimiento que no sea atribuible a la voluntad del obligado; así, podría concluirse que el "incumplimiento", consistente en la falta de entrega de una mercancía específica debido a que le fue robada al vendedor, no es causa de responsabilidad.

Aclara el artículo que el comprador podrá exigir siempre, además de la resolución del contrato o su cumplimiento, o la reducción del precio, los daños que le haya causado el incumplimiento, de acuerdo con los artículos 74-77. Esta disposición, explica el autor, se hizo teniendo en cuenta que hay derechos (como el inglés o el alemán), que no permiten que el comprador reclame conjuntamente el cumplimiento o la resolución con la indemnización por daños.

En cuanto el comprador inicia una reclamación por daños, no podrá (párrafo 3) el juez o árbitro que la conoce, conceder al vendedor un plazo de gracia para cumplir su obligación. Lo podrá hacer, en cambio, el comprador (artículo 47-1).

El artículo 46 señala cuándo puede pedir el cumplimiento del contrato y por cuáles medios. En general (párrafo 1), el comprador puede exigir el cumplimiento de las obligaciones del vendedor, a menos que haya intentado un recurso que sea incompatible con el cumplimiento; por ejemplo, la resolución del contrato. Los párrafos 2 y 3 se refieren a los casos de incumplimiento por falta de conformidad.

La falta de conformidad de las mercancías da lugar a dos recursos: 1) pedir la entrega de mercancías que sustituyan las defectuosas, o 2) pedir su reparación. Para pedir mercancías en sustitución, se requiere que el comprador lo avise en un plazo razonable, de preferencia en el mismo aviso en que notifica al vendedor la falta de conformidad, según el artículo 39; además, se requiere que la falta de conformidad constituya un "incumplimiento esencial" (ver artículo 25). Este último requisito se explica, dice Will (p. 338), porque sería excesivo imputar al vendedor los riesgos por el progreso de las mercancías defectuosas y los costos por transporte de éstas y de las nuevas, si la falta de conformidad fuera de poca importancia. El comprador, antes de reclamar la entrega de mercancías en sustitución, aconseja el autor, debe estar seguro de que se trata de un incumplimiento esencial.

La petición de reparación de mercancías requiere también un aviso oportuno, y además que sea "razonable" en relación con las circunstancias del caso, tanto del vendedor, como del comprador. Al respecto, comenta Will (p. 339) que deberá tenerse en cuenta si el vendedor es fabricante de las mercancías o sólo distribuidor, y si en el lugar del comprador existen o no técnicos que puedan hacer la reparación.

El principal problema que plantea la aplicación de este artículo es el que los jueces, especialmente los de países que no acostumbran la condena en especie —como los del *common law*—, quieran condenar a la sustitución o reparación de mercancías, puede dar lugar a que

el artículo se aplique de distinta manera, según la nacionalidad del juez.

El artículo 47 dispone que el comprador pueda fijar un plazo adicional para que el vendedor cumpla sus obligaciones. El objeto de esta disposición es, opina Will (p. 344), dar seguridad a las partes. Por un lado, el vendedor que no entregó oportunamente, gracias a este plazo adicional, que debe ser de duración "razonable", sabe que puede entregar tardíamente en cierto plazo. Por el otro, el comprador obtiene la seguridad, si el vendedor no entrega en el plazo adicional, de que se ha producido un "incumplimiento esencial" y que puede declarar la resolución del contrato, de acuerdo con el artículo 49. Si no fijara el plazo adicional, el comprador tendría dificultades para probar que la demora en la entrega constituye un "incumplimiento esencial".

Para que el plazo adicional sea válidamente determinado, se requiere que sea claro, es decir, que el comprador fije con exactitud su vencimiento. Expresiones como "lo más pronto posible" o "sin demora", no cumplen esos requisitos. Además ha de ser de duración "razonable", esto es, que dure tiempo suficiente para que el vendedor pueda efectivamente cumplir sus obligaciones. Este requisito, observa Will (p. 345), es para evitar que el comprador fijara un plazo adicional de escasa duración, con el único fin de obtener la seguridad de que el vendedor no cumplió con el plazo adicional.

Si el comprador fija un plazo adicional, no puede, en tanto no expire el plazo, reclamar responsabilidad por incumplimiento. Pero el haber fijado el plazo adicional no le priva de su derecho a exigir indemnización por los daños causados por la demora en el incumplimiento.

El artículo 48 contiene, opina Will (p. 349), una de las disposiciones más conflictivas de la Convención. Establece el derecho del vendedor a subsanar el incumplimiento de sus obligaciones, aun después de haber vencido el plazo para cumplirlas. Este derecho depende, aclara el comentarista (p. 349), de dos condiciones: *a.* que el comprador no tenga derecho a resolver el contrato, y *b.* que no cause grave inconveniente al comprador.

El derecho del vendedor a subsanar el incumplimiento choca con el derecho del comprador a declarar resuelto el contrato cuando hay un incumplimiento esencial. ¿Cuál debe prevalecer? Will opina (p. 351) que la cuestión puede resolverse despejando, en cada caso, esta pregunta: ¿es posible que el vendedor subsane el incumplimiento? Es una pregunta que ha de hacerse el comprador y responder él mismo, atendiendo a la experiencia que haya tenido con el vendedor, a los

términos del contrato y a las circunstancias actuales del vendedor que él conozca. Si el comprador prevé la posibilidad de que el vendedor cumpla tardíamente, entonces debe abstenerse de declarar resuelto el contrato, porque el vendedor tiene derecho a subsanar el incumplimiento. Parece, según esta opinión, que el derecho del vendedor depende de la voluntad del comprador, pero no es así totalmente, ya que el comprador debe atender a datos objetivos (la experiencia con el vendedor, los términos del contrato) para tomar su decisión. La posibilidad contraria, esto es, que depende sólo del vendedor el tener derecho a subsanar el incumplimiento, anularía el derecho del comprador a resolver el contrato, y lo dejaría en situación precaria respecto del vendedor moroso.

El derecho del vendedor a subsanar depende, además, de que no se cauce un inconveniente grave al comprador. El inconveniente grave puede ser la demora en la entrega, o la inseguridad del comprador de obtener el reembolso de los gastos que hubiera anticipado.

Si se cumplen las dos condiciones (no haber derecho a la resolución del contrato y no causar inconveniente grave), el vendedor puede subsanar el incumplimiento. Pero aquí surge una nueva cuestión, ¿cómo ha de subsanar el incumplimiento?, ¿como lo quiere el comprador o como lo quiere el vendedor?; por ejemplo: el vendedor entregó mercancías no conformes con el contrato, por lo que el comprador quiere que le entregue en sustitución otras mercancías, mientras que el vendedor quiere sólo reparar las originalmente entregadas. La solución, en opinión del autor (p. 355), deberá encontrarse caso por caso, atendiendo a lo que resulta menos oneroso para las partes, de modo que si en el ejemplo citado, la reparación de mercancías puede hacerse satisfactoriamente para el comprador y con menos gastos que la entrega de mercancías sustitutas, entonces no es justo que el comprador exija la sustitución.

Cuando no se cumplen las condiciones previstas en el primer párrafo del artículo 49, para operar el derecho a subsanar el incumplimiento, el vendedor puede ofrecer al comprador que cumplirá en un cierto plazo. El comprador debe responder en un tiempo "razonable" y, por supuesto, tiene derecho a rechazar el cumplimiento tardío. Pero si, pasado ese tiempo "razonable", el comprador no responde, entonces se tiene por aceptado el ofrecimiento del vendedor, y el comprador, mientras dura el plazo para subsanar el incumplimiento, no puede exigir responsabilidad al vendedor. Un problema que se deriva de esta disposición, ilustra Will (p. 355), es la definición del tiempo en que el comprador puede responder; en todo caso, opina, la duración de

ese plazo no puede exceder el plazo en que el vendedor ofrece subsanar el incumplimiento; esto trae como consecuencia, reconoce el autor, que el vendedor puede ofrecer el cumplimiento en un plazo breve, para así reducir el plazo de respuesta del comprador.

El artículo 49 establece los casos en que el comprador puede declarar resuelto el contrato. El primer párrafo prevé dos situaciones: *a*) cuando el comprador incumple alguna de sus obligaciones, definidas en el contrato o en la Convención —aclara Will—, y ello constituye un “incumplimiento esencial” (ver artículo 25), y *b*) cuando el vendedor no entrega las mercancías en el plazo adicional fijado por el comprador (ver artículo 47). Puede ser, comenta Will (p. 363), que en un caso de no entrega de mercancías, y antes de que transcurra el plazo adicional, se llegue a producir un incumplimiento esencial; entonces, el comprador puede declarar resuelto el contrato, sin tener que esperar que el plazo transcurra, apoyándose en el inciso *a* de este primer párrafo.

El párrafo segundo del artículo 49 establece dos casos en que el comprador pierde su derecho a resolver el contrato, habiendo sido ya entregadas las mercancías. El primero es la entrega tardía: el comprador pierde derecho a resolver el contrato si no lo hace en un plazo razonable, contado a partir del día que supo de la entrega tardía. La extensión del plazo, opina Will, depende de los usos mercantiles y de las circunstancias del caso, tales como la naturaleza de las mercancías o las condiciones del mercado. El segundo es el de cualquier otro incumplimiento: el comprador pierde su derecho si no declara la resolución en un plazo razonable, contado a partir de que conoció o debió conocer el incumplimiento, o a partir de la expiración del plazo adicional fijado por el comprador (ver artículo 47), o a partir del plazo adicional fijado por el vendedor (ver artículo 48).

Comenta Will (pp. 364 y siguientes) que otros artículos de la Convención también disponen la pérdida del derecho del comprador a resolver el contrato, en ciertas circunstancias. El artículo 39 señala que, en caso de no conformidad de las mercancías, el comprador no podrá exigir responsabilidad, ni por consiguiente declarar resuelto el contrato, si no avisa al vendedor de la falta de conformidad en un plazo razonable, contado a partir de que conoció o debió conocer la falta de conformidad; señala que, en todo caso, pasados dos años de que el comprador tuvo en su poder las mercancías, no puede éste exigir responsabilidad, ni resolver el contrato por falta de conformidad. El artículo 43 señala un plazo para exigir responsabilidad por la existencia de derechos o pretensiones de tercero respecto de las mercancías, pa-

sado el cual, tampoco podrá el comprador resolver el contrato. Y el artículo 83 dispone que el comprador no tiene derecho a resolver cuando no puede restituir las mercancías en las mismas condiciones en que las recibió.

El artículo 51 se refiere a los casos de falta de entrega o falta de conformidad de una parte de las mercancías. El artículo, siguiendo la tendencia de la Convención a mantener el contrato, dispone, como regla general, que el comprador sólo podrá exigir la responsabilidad, por los recursos mencionados en los artículos 46 y 50, o por la parte no entregada o no conforme con el contrato; solamente cuando tales incumplimientos llegan a constituir un incumplimiento esencial, podrá pedir la resolución de todo el contrato.

El artículo 52 contempla los casos de entrega anticipada o entrega en exceso. Establece (párrafo 1) que el comprador tiene el derecho de aceptar o rechazar la entrega anticipada. Sin embargo, comenta Will (p. 380), no se trata de un derecho ilimitado, ya que el comprador está obligado a proceder de buena fe (artículo 7-1) y a tomar posesión de las mercancías para conservarlas (artículo 86-2). Tomar posesión no implica aceptar la entrega anticipada, por lo que el comprador podrá reclamar los gastos que ello le cause. En el caso de entrega excesiva, el comprador puede aceptar el excedente o rechazarlo. Si lo acepta, está obligado a pagarlo según el precio convenido en el contrato; se entiende que lo acepta, opina Will (p. 382), si no avisa oportunamente al vendedor. Si lo rechaza, puede exigir al vendedor responsabilidad por los gastos que le haya causado la separación y almacenaje del excedente. Por regla general, el comprador, al rechazar el excedente, no puede rechazar todas las mercancías. Esto sólo puede ocurrir, señala Will (p. 381), cuando toda la mercancía estaba amparada por un único conocimiento de embarque; entonces puede el comprador rechazar toda la mercancía si demuestra que, por la entrega excesiva, hay un incumplimiento esencial que justifica la rescisión del contrato.