

♦ **El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías:**

Una breve aproximación al tema¹.

Maximiliano Rodríguez Fernández²

SUMARIO: 1. Introducción: La armonización de las normas y la Convención de Viena de 1980 en el ámbito de las relaciones jurídico-negociales; 2. Los efectos del incumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios en la Convención de Viena de 1980: un breve repaso; 2.1 Sobre los efectos del incumplimiento; 2.2 Sobre la indemnización de daños y perjuicios; 3. El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980: artículo 77; 3.1 El conocimiento acerca del incumplimiento; 3.2 El criterio de razonabilidad; 3.3 Cuales daños y en que cantidad?; 3.4 Carga de la Prueba; 4. Conclusión.

1. Introducción: La armonización de las normas y la Convención de Viena de 1980 en el ámbito de las relaciones jurídico-negociales.

La globalización de las economías y consecuencia de ello del derecho, nos ha obligado a buscar soluciones a los diferentes problemas jurídicos que se generan en el día a día de las relaciones comerciales en ese nuevo contexto. Esa búsqueda de soluciones ha dado lugar a un proceso de unificación jurídica o armonización de las normas del derecho comercial internacional que, a decir de renombrados juristas, se ha desarrollado para facilitar el proceso integracionista y para solucionar los problemas jurídicos que surgen de este.

Tal y como lo señala Mistelis³, el siglo veinte se caracterizó por ser el “siglo de la transición”. Como resultado de las dos guerras mundiales, se experimentó la creación de un nuevo marco geopolítico que conllevó a una revolución legal al interior de las legislaciones nacionales y a un movimiento integracionista o armonizador de las normas de derecho internacional privado. Ese movimiento

♦ *Este artículo fue presentado a la revista el día 6 de septiembre de 2007 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 5 de diciembre de 2007, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.*

¹ El presente trabajo constituye una entrega del proyecto de investigación denominado “*El contrato internacional de compraventa de mercaderías*” adelantada dentro del marco del grupo de investigación Derecho Comercial Colombiano y Comparado del Departamento de derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia.

² Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma Universidad con maestría en Derecho Comercial Internacional de la Universidad de Londres, Queen Mary College, docente investigador del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y profesor de la cátedra de Contratación Internacional.

³ Loukas Mistelis, "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants and Law reform. Some Fundamental Observations", in Lastra (ed.), *The Reform of the international Financial Architecture*, London et al (Kluwer) 2000, 153-173, 163-165 = also in 34 (3) *The International Lawyer* 1055-1069 (Fall 2000).

integracionista fue impulsado por las diversas agencias creadas para tal fin. En ese sentido la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se han enfocado en la creación y negociación de muchos de los instrumentos de derecho internacional privado que hoy se encuentran en vigor.

Si bien ese movimiento integracionista ha identificado puntos de convergencia entre los diferentes sistemas de derecho y la creación de sistemas legales más dinámicos, es evidente que la armonización moderna ha tomado usualmente la forma de trasplantes legales de conceptos y reglas de los países industrializados a las economías emergentes⁴. Desafortunadamente, este tipo de armonización termina en un agrupamiento regional y en la diversificación de reglas o sistemas. Por ello se ha señalado con acierto que el concepto armonización no es, de manera alguna, sinónimo de unificación. Parece ser entonces que es más fácil para los participantes del comercio internacional aceptar el uso de un contrato modelo o un estándar comercial que para los gobiernos y académicos llegar a un consenso acerca de la ley uniforme que debería ser adoptada. Por lo menos, ese fue el sentimiento general algunas décadas atrás con la negativa a la posibilidad de adoptar normas uniformes en materia de compraventa internacional⁵.

La armonización normativa es un proceso que bien puede resultar en la unificación de la ley si y sólo si se cumplen unas determinadas condiciones, tales como la aceptación universal de instrumentos de armonización, acompañada de una mayor producción normativa en la materia que sustituya la ley preexistente⁶. En ese sentido, la creación de organismos internacionales dedicados única y exclusivamente a la armonización de las normas del derecho privado, como UNIDROIT, y mercantil internacional, como la CNUDMI, es uno de los frutos que nos ha entregado ese proceso. Igualmente, la creación de tribunales internacionales de arbitraje y la aprobación de instrumentos de derecho internacional privado como la Convención de Nueva York de 1956⁷, la Convención de Viena de 1980⁸, la Convención de Roma de 1980⁹ entre otras, son pruebas fehacientes del éxito del proceso integracionista de las normas del derecho. Lo anterior, aunado al reconocimiento por parte de la doctrina y su correspondiente aplicación en la práctica internacional, de la existencia de un grupo de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales,

⁴ Alan Watson, "Legal Transplants and European Private Law", 4.4. *Electronic Journal of Comparative Law* (December 2000), disponible en <<http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>>.

⁵ Alejandro M. Garro. "Rule – Setting by private organizations, Standardization of contracts and the harmonization of international sales law". Extract from: Ian Fletcher, Loukas Mistelis, Marise Cremona (eds), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet & Maxwell 2001, pages 310-319

⁶ Dr Loukas Mistelis. Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law Extract from: Ian Fletcher, Loukas Mistelis, Marise Cremona (eds), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet & Maxwell 2001, pages 3-27

⁷ Sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos y Sentencias Proferidos en el Exterior.

⁸ Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

⁹ Sobre Régimen Jurídico Aplicable a las relaciones Contractuales.

principios éstos que fueron compilados recientemente por UNIDROIT (promulgados en el año 1994 y revisados en el año 2004)¹⁰.

En ese contexto, la importancia del contrato de Compraventa en el ámbito de las relaciones jurídico negociales a nivel internacional, ha dado lugar a que este sea el instrumento jurídico que mayor análisis y dedicación ha atraído. Los Incoterms, la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercaderías y la Ley Uniforme sobre Formación del Contrato Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964, así como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías¹¹, son algunos de los instrumentos que se han dedicado al estudio y regulación de las relaciones entre comprador y vendedor en el ámbito transnacional. Regulaciones que, vale la pena señalar, han otorgado reconocimiento absoluto al principio de autonomía de la voluntad de las partes y se han erigido como instrumentos de carácter supletorio, es decir, cuya aplicación se presenta ante la ausencia de regulación privada¹².

De los instrumentos de derecho internacional privado antes mencionados, es la *Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías* el que mayor análisis, aplicación y desarrollo ha tenido. Hoy es acertado afirmar que, no obstante la complejidad del tema, las diferencias que para algunos eran irreconciliables y que, de alguna manera, habían impedido que sus antecesoras, la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercaderías y la Ley Uniforme sobre Formación del Contrato Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964, fueran aceptadas por la comunidad jurídica internacional, han sido sobrepasadas con la Convención de Viena de 1980 y hoy son cuestión del pasado. A la fecha de entrega del presente documento 70 Estados han incorporado a sus legislaciones la Convención de Viena de 1980¹³, y por lo menos se han proferido 2025 decisiones (sentencias judiciales y laudos arbitrales) en los cuales se señaló que dicho instrumento era la ley aplicable al contrato¹⁴.

Para que la Convención de Viena de 1980 se aplique a un contrato de compraventa internacional de mercaderías¹⁵, es necesario la concurrencia de

¹⁰ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004. Disponibles en: www.unidroit.org

¹¹ A estos instrumentos se le suma la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías del 12 de julio de 1974.

¹² Ejemplo de ello es lo dispuesto en el artículo 6º de la Convención de Viena, en el cual se dispone que: "*Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos*".

¹³ Información obtenida de la página web:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

¹⁴ Información obtenida de la página web: <http://www.cisg.law.pace.edu/>

¹⁵ Para una descripción detallada del ámbito de aplicación de la Convención de Viena y las normas referentes a la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías ver: Línea de Investigación de Derecho Comercial Internacional, Departamento de Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. "*Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales de la Convención de Viena Aplicación en el Derecho*" en Revista E@mercatoria, Volúmen 1 No 2 (2002) y Jorge Alberto Jaramillo Vargas y Ana María Martínez Granados. "*Formación del Contrato en la Convención de Viena sobre Compraventas Internacional de Mercaderías*". en Revista E@mercatoria, Volumen 2 Número 2 (2003) www.emercatoria.edu.co

varias circunstancias como ya se deduce de la materia regulada: ha de tratarse de una compraventa, que sea internacional, que sea de mercaderías y que además no exista ninguna exclusión ya por virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, ya porque la Convención misma excluye determinadas transacciones o tipos de mercaderías de su ámbito de aplicación¹⁶. En principio, la Convención se aplica a aquellos contratos de compraventa de mercaderías suscritos entre partes que tengan su establecimiento en dos estados contratantes de la convención, esto es, que hayan incorporado ese cuerpo normativo a su legislación nacional¹⁷. Igualmente, se aplica en aquellos eventos en que las normas de derecho internacional privado (normas de conflicto) refieran la disputa a una ley de un Estado en donde se ha ratificado Convención¹⁸.

La Convención de Viena de 1980 establece el conjunto de normas sustantivas reguladoras del contrato de compraventa. Principalmente regula la formación del contrato (parte II), los derechos y obligaciones de compradores y vendedores, así como las acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes de todas o algunas de sus obligaciones contractuales o legales (parte III)¹⁹. Vale la pena señalar que la Convención no trata el tema de la transmisión de la propiedad, tema este que se deja al arbitrio de la ley estatal aplicable al contrato.

En términos generales, la Convención impone de manera individual una serie de obligaciones tanto al comprador²⁰ como al vendedor²¹. Adicionalmente, se imponen algunas obligaciones que se pueden considerar son comunes a ambas partes. Allí nos referimos, entre otras, a la obligación de conservación de las mercaderías²² y al deber de mitigar el daño sufrido.

En lo que se refiere al deber de mitigar el daño, debemos señalar que este se presenta como una derivación o una consecuencia natural del principio de la

¹⁶ M^a del Pilar Perales Viscasillas. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980)*. 2001. Disponible en:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-01.html>

¹⁷ Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 1^o. Colombia incorporo la Convención con la Ley 518 de 1999.

¹⁸ Para una mejor comprensión del ámbito de aplicación de la Convención ver: 1. Comments on Article 1 by Peter Winship [U.S.]: 1984 Parker School seminar of the American Association for the Comparative Study of Law: Ch. 1, pp. 20-22, 26-32, 53; 2. Comments on Article 1 from monograph by Jacob S. Ziegel [Canada]; 3. Comments on Article 1 by Erik Jayme [Germany] in 1987 Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law; 4. Comments on Article 1 by John O. Honnold [U.S.] in the 3rd ed. (1999) of the most frequently cited text on the CISG: Uniform Law for International Sales y; 5. Comments on Article 1 in December 2000 text by Joseph Lookofsky [Denmark / U.S.]. Disponibles todos en:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-01.html>

¹⁹ M^a del Pilar Perales Viscasillas. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980)*. 2001. Disponible en:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>

²⁰ **ARTICULO 53.** El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

²¹ **ARTICULO 30.** El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

²² Artículos 85 y 86.

Buena Fe²³. Principio éste que adquiere un reconocimiento internacional al ser contenido en los Principios generales aplicables a los contratos comerciales internacionales de UNIDTOIT y al ser reconocido en numerosas sentencias arbitrales bajo diferentes denominaciones entre las que se destaca, el Principio general del deber de información, el Principio de negociar de buena fe, o el Principio de ejecutar los contratos de buena fe. También se ha hablado del Principio de la obligación de cooperar²⁴ interpretado en alguna jurisprudencia a favor de minimizar el daño sufrido²⁵. Finalmente, se hace relación al Principio general del acreedor de disminuir el daño sufrido, el cual tiene su origen en la llamada *Duty to Mitigate* del Common Law, unido a la noción de economía del contrato²⁶.

Este deber de mitigar corresponde a la observancia de aquello que según nuestra terminología se define como una “carga” o “deber libre”, en cuanto incoercible por quien quiera que sea, pero de necesario cumplimiento, en el sentido de que su respeto es esencial para la realización del interés del sujeto en cuestión²⁷. Deber/obligación claramente desarrollado en el sistema de derecho anglosajón, mas no en el derecho continental o civil. Sin embargo, no por ello es apropiado señalar que la obligación misma es completamente ajena a nuestro derecho. Como se ha mencionado, ese deber/obligación no es más que una representación del principio de la buena fe²⁸, principio natural a todas y cada una de las operaciones mercantiles en el ámbito nacional e internacional, y como tal, debe entenderse incorporado en nuestro régimen jurídico²⁹.

²³El artículo 1.7 (*Buena fe y lealtad negocial*) de los Principios UNIDROIT señalan que:

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

²⁴ El artículo 5.1.3 de los Principios UNIDROIT señalan que “*Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última*”.

²⁵ Para una descripción mas detallada de los principios ver Carmen Parra Rodríguez en: “*El nuevo derecho internacional de los contratos*”. Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosh Editor – Barcelona, 2002. Páginas 187 y ss.

²⁶ Carmen Parra Rodríguez en: “*El nuevo derecho internacional de los contratos*”. Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosh Editor – Barcelona, 2002. Páginas 187 y ss.

²⁷ Cattaneo. *Il Concorso di colpa del danneggiato*, página 471 y ss. Citado por Fernando Hinestrosa en su Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia, 2002. página 787.

²⁸ El deber de actuar de buena fe, es decir, de acuerdo a unos parámetros de comportamiento adecuados y esperables de un agente comercial, lo conmina a adelantar ciertas actividades que pretenden no solo proteger los intereses de las partes en el contrato sino también la de otros agentes ajenos a la transacción comercial y, en definitiva, el orden jurídico y económico. Comportamiento este que se debe predicar de todos los agentes del comercio sin discriminar su procedencia, o el régimen legal de donde provienen.

²⁹ El artículo 871 del código de comercio colombiano señala que “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural*”. En el mismo sentido el artículo 1603 del Código civil colombiano.

Adicionalmente, con la reforma constitucional de 1991, el principio de buena fe ha sido elevado a precepto constitucional, en cuanto tal el art. 83 de la carta dispone que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”, erigiéndose así en eje central del ejercicio de los derechos y de las obligaciones entre

Como lo indica Philipp Jhon Cook³⁰ y hemos reiterado en diversas oportunidades, el deber de mitigar refleja un requerimiento de buena fe. Una persona normalmente tiende a hacer su mejor esfuerzo para evitar pérdidas que le serán imputadas. Pero en el caso del deber de mitigar se requiere de la víctima la evasión de pérdidas imputables a otro, ya que en los casos en que el principio se aplica de manera adecuada, la mitigación del daño beneficiará al responsable sin lastimar los intereses de la víctima. Esa consideración acerca de los intereses ajenos, más aún, de los intereses del responsable, es una aplicación del principio de la buena fe³¹.

Y es que como lo señala el Maestro Fernando Hinestrosa, al referirse al daño evitable, *“en cuanto a la presencia de un daño evitable por el acreedor, es natural afirmar que este no podrá pretender el resarcimiento de un estrago que, en últimas, es imputable a él, o sea que él mismo se causó o agravó”*³². Muestra de su relevancia es la aceptación e incorporación que ese deber/obligación ha tenido en la elaboración de las diferentes normas de derecho comercial transnacional, en la cual participan activamente diferentes representantes de nuestros ordenamientos. Prueba de ello es la incorporación de la figura en normas como la Convención de Viena de 1980, los Principios de UNIDROIT y los Principios Europeos de los Contratos.

A continuación, nos referiremos al deber de mitigar el daño, tal y como ha sido contemplado en la Convención de Viena de 1980. Lo anterior, no sólo por la importancia de este instrumento para el comercio internacional sino también porque el mismo ya ha sido sujeto de incorporación a la legislación colombiana y como tal, consideramos es un buen punto de partida para el estudio del deber de mitigar en el derecho de los contratos. Lo anterior, no sin antes repasar brevemente las disposiciones sobre los efectos del incumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios en la Convención de Viena de 1980.

2. Los efectos del incumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios en la Convención de Viena de 1980: un breve repaso

2.1 Sobre los efectos del incumplimiento

Todos los participantes del comercio internacional han de prever la posibilidad de que la relación contractual no se desarrolle con normalidad, es decir, que eventualmente se puede presentar un incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes. La Convención de Viena de 1980 dedica gran parte de su articulado a resolver los problemas que surgen como consecuencia de tal

particulares y en directiva de la gestión institucional del Estado. **Martha Lucía Neme Villarreal**. *“El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”*. En Revista de Derecho Privado No 11, Universidad Externado de Colombia, 2007.

³⁰ En su libro *The Common Law of Obligations*. London Butterwoths, 1993. Página 408.

³¹ *Ibidem*.

³² *“Naturalmente, es preciso separar las dos hipótesis: la del obstáculo proveniente del acreedor para la ejecución de la prestación por parte del deudor, que implica la extinción total o parcial de la deuda, en la medida del influjo de aquel en el resultado, y la de la agravación del daño por culpa del mismo acreedor, que desembocará en el no reconocimiento de todo aquel mayor estrago que tenga dicho origen, o sea por no haber obrado con la diligencia y la “razonabilidad” debidas”*. Fernando Hinestrosa en su Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia, 2002. página 787.

incumplimiento, distinguiendo de una forma no especialmente nítida aquellos supuestos que no generan responsabilidad³³, de aquellos otros que sí lo hacen³⁴. Respecto de los segundos, es decir, los supuestos que generan responsabilidad, la Convención establece de manera particular cuales son los efectos de ese incumplimiento. Los artículos 45 a 52 establecen los derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento del vendedor, mientras los artículos 61 a 65 establecen los derechos y acciones del vendedor en caso de incumplimiento del comprador.

En términos generales, el comprador podrá, ante el incumplimiento del vendedor y en aquellos eventos en que no se ha declarado la resolución del contrato, exigir la ejecución forzosa del contrato de parte de este³⁵ y/o reducir el precio a pagar en aquellos eventos en que la mercancía no sea conforme con el contrato³⁶. Igualmente, el vendedor, ante su propio incumplimiento podrá proceder a subsanar unilateralmente de acuerdo a lo señalado en los artículos 37³⁷ y 48³⁸ de la norma.

Por su parte el vendedor podrá, ante el incumplimiento del comprador y en aquellos eventos en que no se ha declarado la resolución del contrato, exigir la

³³ Situaciones de Fuerza Mayor (artículo 79.1), Incumplimiento de una parte como consecuencia directa de la conducta de la otra parte (artículo 80) y posibilidad de diferir el cumplimiento de las obligaciones por incumplimiento previsible de la contraparte (artículo 71)

³⁴ Carlos Espugles Mota – Daniel Hargain (Coordinadores). Derecho del Comercio Internacional – Mercosur – Unión Europea. Editorial Reus 2005. Pág. 387.

³⁵ A menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia de acuerdo a lo señalado en el artículo 46 de la norma.

³⁶ **ARTICULO 50.** Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos.

³⁷ **ARTICULO 37.** En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

³⁸ **ARTICULO 48.** 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención. 2. Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban. 3. Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente. 4. La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2o. o al párrafo 3o. de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.

ejecución forzosa del contrato de parte de este, exigiéndole que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban³⁹. Igualmente, el vendedor podrá especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías de acuerdo a lo previsto en el artículo 65 de la Convención en aquellos eventos en que el comprador debía hacerlo pero no lo hizo⁴⁰.

Debemos resaltar que el derecho a demandar de la contraparte una acción específica de las señaladas anteriormente, no es compatible con el derecho a declarar la terminación anticipada del contrato⁴¹. Es decir, el afectado por el incumplimiento deberá ejercer uno de esos dos derechos, o solicita una acción específica de la parte para subsanar el incumplimiento o declara la terminación del contrato.

Igualmente, debemos señalar que en los casos de incumplimiento contractual, compradores y vendedores pueden accionar el derecho de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados ya sea de forma alternativa o cumulativa a las restantes acciones por incumplimiento (remedios). No se trata, pues, de una acción subsidiaria a las restantes, ni tampoco privilegiada. La Convención se encarga de reiterar esta idea en varias disposiciones, consciente muy probablemente del cambio que significan las normas de la Convención relativas a las acciones por incumplimiento en el esquema general de derechos y acciones de algunos ordenamientos internos no uniformes. Así los artículos 45.2 y 61.2 de la Convención indican que ni el comprador ni el vendedor perderán el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejerciten cualquier otra acción conforme a su derecho⁴².

2.2 Sobre la indemnización de daños y perjuicios

En lo que hace referencia a las disposiciones sobre indemnización de daños y perjuicios en la Convención de Viena (artículos 74 a 77), debemos señalar que estas son comunes tanto para compradores como vendedores, ocupando así una posición central dentro del esquema general de los derechos y acciones en los casos de incumplimiento contractual⁴³. Vale la pena señalar igualmente que

³⁹ Artículo 62.

⁴⁰ **ARTICULO 65.** 1. Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, este podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas. 2. El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que este pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciera uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante.

⁴¹ Joseph Lookofsky The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Publicado en J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, *International Encyclopaedia of Laws - Contracts*, Suppl. 29 (December 2000) 1-192.

⁴² M^a del Pilar Perales Viscasillas. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980)*. 2001. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>

⁴³ *Ibidem*

en principio, nada se opone en la Convención a que las partes pacten una cláusula penal que se añada a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento⁴⁴.

Como regla general, la Convención reconoce que la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Sin embargo, esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato⁴⁵.

Como ya lo hemos señalado, los daños no pueden exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato. Se trata de dos estándares distintos. Uno se centra en el punto de vista subjetivo de la parte incumplidora (lo que hubiera previsto), mientras que el otro, muy probablemente el que predominará en caso de disputa, se fija en lo que debiera haber previsto (estándar objetivo). Precisamente, como este límite de la previsibilidad opera en el sentido de limitar la cantidad de dinero en concepto de indemnización de los daños y perjuicios, es muy probable que las partes ostenten puntos de vista contradictorios acerca de que se habrán de entender por pérdida previsible⁴⁶.

En ese contexto debemos señalar que la previsibilidad, entendida a la luz del artículo 74, depende del conocimiento de los hechos y asuntos que capacitan a una parte para predecir los resultados o efectos de su incumplimiento. Por ejemplo, supongamos que la falta de conformidad (o entrega tardía) de un pequeño componente interrumpe la producción en la fábrica del comprador. En ese caso el vendedor será responsable frente al comprador por el incumplimiento del contrato, estando entonces obligado a indemnizar el daño sufrido y la ganancia dejada de percibir, incluyendo claro está, aquella resultante de la pérdida ocasionada por el cierre de la fábrica. Pero si el vendedor no sabía o pudo no haber predicho al momento de celebrar el contrato que los bienes defectuosos o entregados tardíamente pudiesen causar una pérdida de tales magnitudes, como el cierre de la fábrica, entonces el artículo 74 operará como instrumento para limitar esos daños⁴⁷.

⁴⁴ Precisamente en un caso resuelto por los tribunales holandeses se ha entendido que no existe ninguna disposición en la Convención de Viena que prevea una base para reducir una cláusula penal. El comprador solicitaba la reducción de la cantidad a pagar impuesta en una cláusula penal (cláusula que el tribunal de primera instancia le mandó satisfacer: *Ab Arnhem*, 30 diciembre 1993 (Países Bajos) (PACE) (UNILEX)); petición que basó en los artículos 7, 8 y 77 CNUCCIM.

⁴⁵ Artículo 74.

⁴⁶ *Ibidem* 36

⁴⁷ John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999), Pags 445-448.

En un caso decidido por el “*Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*” los daños y perjuicios, y en particular la pérdida de la ganancia dejada de percibir, que debían ser reconocidos al comprador fueron reducidos en un 10% ya que el vendedor que incumplió con sus obligaciones no tenía conocimiento acerca de la intención del comprador de revender las mercancías, ni mucho menos de los términos de la reventa⁴⁸.

Esto es, sin embargo, un conocimiento presunto, y la parte que incumple se reputa haber podido predecir las consecuencias de su incumplimiento, inclusive en aquellos casos en que aquella no tenía conocimiento de los hechos que lo capacita para ello pero objetivamente ella tenía la capacidad de conocerlos⁴⁹.

Al respecto, vale la pena citar la decisión del Tribunal Supremo de Alemania, la cual aplicó la limitación de daños y perjuicios por previsibilidad a la luz del artículo 82 de la Ley Uniforme sobre Contratos de Compraventa Internacional de 1964, precedente normativo del artículo 74. En un caso se encontró con la disputa entre un comprador/ importador alemán de queso quien celebró un contrato para la compra de queso a un exportador holandés. Como consecuencia de la entrega de un queso defectuoso, el comprador buscó la indemnización por daños y perjuicios, incluyendo beneficios dejados de recibir como resultado de la pérdida de cuatro clientes suyos, así como de los daños pagados a uno de los clientes del comprador que a su vez perdieron a sus propios clientes como resultado del queso defectuoso, y de los mayores costos asumidos por el transporte del queso defectuoso. Las Cortes de primera y segunda instancia negaron las demandas del comprador, indicando que él podría recuperar solamente beneficios perdidos si el vendedor hubiese podido prever la generación de tales daños por la entrega defectuosa de tan solo el 3% del queso. El Tribunal Supremo Alemán revocó las decisiones de las Cortes observando que el vendedor sabía a la fecha de la formación del contrato que el comprador era un intermediario o revendedor de las mercancías y que cualquier defecto en las mismas podía igualmente afectar las relaciones comerciales de éste con sus clientes⁵⁰.

Al aplicar la norma de la ULIS, la Corte Suprema de Justicia Alemana hizo referencia a las limitaciones objetivas y subjetivas del test de previsibilidad. La Corte señaló que el vendedor es responsable por los daños y perjuicios que “*un obligado razonable y común hubiese reconocido como consecuencia seria de su incumplimiento a la luz de las circunstancias que rodean la transacción*”. Al lograr este razonamiento sobre la previsibilidad, la Corte Suprema citó comentarios comparando doctrinas sobre previsibilidad en diferentes sistemas legales. Basada en esos comentarios, la Corte Suprema determinó que un juez no debería preguntarse “*que era lo que el obligado conocía o debía haber*

⁴⁸ Caso CLOUT No. 476 [RUSSIA Arbitration Award case No. 406/1998 of 6 June 2000; disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000606r1.html>

⁴⁹ Knapp, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987) 538-548.

⁵⁰ Alemania 24 de octubre de 1979 Corte Suprema [en referencia a la ULIS] disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/791024g1.html>

conocido en tal circunstancia", sino más bien debía cuestionarse acerca de lo que el "obligado (deudor) ideal" debió haber conocido⁵¹.

Por su parte, los artículos 75 y 76 establecen las reglas de indemnización en aquellos eventos en que la parte que sufre el incumplimiento ha acudido a una compra o a una venta de reemplazo o, inclusive, en aquellos eventos en que no lo ha hecho. Lo anterior, en cumplimiento del deber de mitigar el daño al que nos referiremos más adelante. Al respecto, el artículo 75 señala que: "*Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74*". Por su parte, el artículo 76 señala que "*Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75 la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74*".

En términos generales, ambas disposiciones establecen de manera implícita la obligación en cabeza de la parte víctima del incumplimiento de mitigar el daño que se les pueda causar con el incumplimiento de la contraparte acudiendo a celebrar y ejecutar una compra o venta de reemplazo. De acuerdo con las normas citadas, la parte víctima del incumplimiento deberá, en la medida de lo posible y acatando el criterio de razonabilidad, buscar una compra de reemplazo, en el caso del comprador o una venta de reemplazo, si es el vendedor. Lo anterior, si consideramos que el valor de la indemnización a que tendrá derecho la parte víctima del incumplimiento, será la diferencia entre el precio del contrato y el valor de la compra o venta de reemplazo que realizó o debió haber realizado, en aquellos casos en que no lo hizo.

En lo que hace referencia al artículo 75, debemos señalar que esta norma exige que la transacción de reemplazo sea ejecutada "*de una manera razonable y en un tiempo razonable después del incumplimiento*"⁵². Un tribunal de arbitramento describió el requerimiento de la operación sustituta como aquella en donde el comprador afectado actúa como un comerciante prudente y cuidadoso⁵³. Lo que implica que el precio pactado para la compra o venta de reemplazo sea uno razonable. Al respecto, una Corte alemana concluyó que el vendedor actuó equivocadamente al haber revendido los mercaderías (tocino) a un precio equivalente a una cuarta parte del valor de la transacción original.

⁵¹ Eric C. Schneider. Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions. 16 *Journal of International Business Law* (1995) 615-668

⁵²The UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/75 [8 June 2004]

⁵³ CCI Cámara de Comercio Internacional de París, caso No. 8128 of 1995; disponible en ingles en la página web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>.

Señaló la Corte que el precio de la operación de reemplazo no era razonable y como tal no se le podía aplicar la norma del artículo 75⁵⁴.

Ahora bien, si la transacción sustituta o de reemplazo ocurre o se lleva a cabo en un lugar diferente al de la transacción original o se celebra en términos diferentes a la transacción original, la cantidad de daños y perjuicios deberán ajustarse para compensar cualquier incremento en los costos de la transacción (transporte por ejemplo)⁵⁵.

Como se puede observar, la Convención de Viena de 1980 establece unas reglas aunque no completas, si claras en materia de indemnización de perjuicios. Reglas que establecen unos límites al monto de la indemnización e imponen unas cargas específicas a la parte que sufre del incumplimiento. Cargas éstas que se complementan con lo que se señala en el artículo 77 de la Convención, el cual estudiaremos a continuación.

3. El deber de mitigar el daño en la Convención de Viena de 1980: artículo 77

La norma del artículo 77 señala lo siguiente:

*“La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”*⁵⁶.

De manera general el artículo 77 de la Convención, al igual que la norma incorporada en el proyecto normativo inicial⁵⁷, establece la obligación para la parte que invoca el incumplimiento o que es víctima del incumplimiento de su contraparte de, en la medida de lo posible, tratar de reducir los efectos negativos que genera dicho incumplimiento. Lo anterior, en la medida que las acciones que se puedan adelantar por aquella sean razonablemente posibles y cuyo efecto inmediato sea efectivamente la reducción del daño causado.

La consecuencia del incumplimiento de la norma en mención es la posibilidad para la parte que ha incumplido el contrato de compraventa de solicitar una reducción de los daños y perjuicios causados por su negligencia en la cuantía

⁵⁴ Alemania 22 de septiembre de 1992 Corte de Apelaciones de Hamm. Disponible en inglés en la página web: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>

⁵⁵ Knapp, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987) 549-551.

⁵⁶ El antecedente normativo de dicha disposición se puede encontrar en el artículo 88 de la Ley Uniforme sobre Contratos de Compraventa Internacional de 1964, norma que señalaba que *“The party who relies on a breach of the contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages”*.

⁵⁷ Text of [1978] Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods approved by the United Nations Commission on International Trade [Previously published in the report of the Commission on the work of its eleventh session (see Official Records of the General Assembly, Thirty-third Session, Supplement No. 17 (A/33/17); chap. II, para. 28)]

de los daños y perjuicios que su contraparte pudo y debió razonablemente haber mitigado.

Un ejemplo que nos ayudaría a entender la manera como operaría la norma sería el siguiente:

Una sociedad norteamericana que se dedica al procesamiento y venta de café al público en la ciudad de Nueva York, en donde tiene 30 tiendas. Con el propósito de suplir su necesidad de materia prima (café) para la temporada de invierno, esa sociedad celebra un contrato de compraventa internacional de café con un productor colombiano dedicado exclusivamente a la exportación de ese producto. El contrato señala que 1.000.000 libras de café, a un precio de \$1.20 dólares americanos por libra (un total de \$1'200.000 dólares americanos), deberán ser entregadas en el puerto de Barranquilla el día 21 de noviembre de 2007. Lo anterior, con el propósito de que la mercancía arribe en la ciudad de Nueva York a más tardar el día 7 de diciembre del mismo año. Vale la pena mencionar que durante la etapa precontractual el comprador le hizo saber a la sociedad colombiana sobre la necesidad que tenía y que esa mercancía sería utilizada durante el periodo de invierno, por lo que la falta de la misma generaría el cierre de las tiendas en Nueva York.

El día 21 de noviembre de 2007, fecha en la cual se debía realizar la entrega, el vendedor informa al comprador que, debido a la alta demanda del producto y la baja producción de este año, será imposible realizar la entrega en esa fecha. Debido a este incumplimiento es evidente que el comprador carecerá de la materia prima necesaria para el desarrollo de su actividad comercial, por lo que deberá, en una situación normal, cerrar las 30 tiendas que posee en la ciudad de Nueva York, lo que generaría una pérdida de por lo menos dos millones de dólares americanos (US\$2.000.000.00). Situación esta que aumentaría de manera significativa el monto de los daños y perjuicios causados con el incumplimiento del contrato.

Ante esta situación, el comprador, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 77, deberá adoptar las medidas razonables para disminuir esa pérdida. Ese propósito se podría lograr suscribiendo un contrato de reemplazo con un vendedor de café que tiene disponible de forma inmediata la cantidad de café requerido, y quien ofrece el café a un valor de \$1.30 dólares americanos por libra (un total de \$130.000 dólares americanos). De esa manera, el comprador no tendría que cerrar las 30 tiendas que posee en la ciudad de Nueva York y reduciría la pérdida a tan solo a \$10.000 (diferencia entre la compra original y la de reemplazo). Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 de la Convención. Evidentemente, el valor antes señalado (\$10.000 dólares americanos) se incrementaría en una suma equivalente a los

mayores costos en que haya debido incurrir el comprador para adquirir la mercancía sustitutiva.

De no ejecutar ningún tipo de acción o adoptar ningún tipo de medida teniendo la posibilidad de hacerlo de una manera razonable, el comprador, es decir, la sociedad norteamericana, podría sufrir la reducción de la compensación a que tendría derecho.

En este ejemplo, inclusive sería razonable la medida del comprador de celebrar una compra de reemplazo por una cantidad inferior de café a la pactada en el contrato original, para así evitar el cierre de por lo menos algunas de las 30 tiendas. Ello también sería considerado aceptable ya que se mitigaría el mayor daño sufrido en los términos del artículo 77.

Vale la pena señalar que la obligación de mitigar el daño no es la única norma de este tipo en la Convención. Provisiones similares se encuentran en los artículos 85⁵⁸ y 86⁵⁹. Normas estas que regulan los temas relacionados con la preservación de las mercancías donde, como regla general, se le impone la obligación de adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para la conservación de las mercancías a aquella parte que tiene la posesión de las mismas.

Ahora bien, la doctrina en general ha encontrado diversas formas para denominar la obligación impuesta a las partes en el contrato de compraventa internacional en el artículo 77 de la Convención de Viena⁶⁰. Algunos señalan que esta es una declaración en contra del desperdicio⁶¹, un deber de mitigar⁶²,

⁵⁸ ARTICULO 85. Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, **si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación.** El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

⁵⁹ ARTICULO 86. 1. El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, **deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación.** El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado. 2. Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de este en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse, sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente.

⁶⁰ Elisabeth Opie, *Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG*. Enero de 2005.

⁶¹ McMahan, J.P., 'Guide for Managers and Counsel: Drafting CISG Contracts and Documents and Compliance Tips for Traders'. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/contracts.html#a77>

⁶² Sutton, J.S., 'Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods', 50 *Ohio State Law Journal* (1989) 737-752, at Part B, Section 5.

un deber de cooperar⁶³ y una obligación para sí mismo⁶⁴. Esta obligación debe ser igualmente interpretada a la luz del principio de Buena fe⁶⁵ y a la luz de los intereses de la partes del contrato. De acuerdo con lo anterior, el cumplimiento de la obligación de mitigar el daño esta sujeto a varias condiciones que determinan la existencia o no de dicha obligación, así como el alcance mismo de la disposición materia de estudio.

Como hemos señalado, la norma del artículo 77 señala la obligación en cabeza de la parte víctima del incumplimiento o que sufre sus consecuencias, de adoptar las medidas necesarias, y razonables según las circunstancias, tendientes a mitigar la perdida que resulte de ese incumplimiento. Como es evidente para que surja la obligación de mitigar el daño, deberá existir el conocimiento acerca del incumplimiento de las obligaciones por la contraparte. Igualmente, será necesario que las medidas disponibles para el obligado a mitigar el daño, sean razonables atendidas las circunstancias y que evidentemente, no sobrepasen el monto mismo del daño mitigado o que se pretende mitigar. Es decir, el afectado deberá tener conocimiento del incumplimiento que genera el daño y la mitigación de ese daño es razonable en las circunstancias actuales.

A continuación analizaremos tales condiciones.

3.1 El conocimiento acerca del incumplimiento

El deber de mitigar el daño surge, como es evidente, a partir del conocimiento del incumplimiento por la parte incumplida. No sería lógico pensar que dicha obligación surge con anterioridad al momento mismo del conocimiento acerca de un incumplimiento que genera, o pueda llegar a generar, un daño.

De acuerdo con lo anterior, el vendedor de unas mercancías que ha ordenado su desplazamiento al puerto de embarque convenido y dentro del plazo contractual acordado, deberá procurar su debido manejo y mantenimiento con el propósito de evitar su deterioro y así cumplir con lo pactado. De igual manera, ese mismo vendedor deberá, ante el conocimiento de la no llegada del buque informado por el comprador para hacer el recibo de las mercancías, y consecuencia de ello, del incumplimiento del comprador, disponer de las mercancías negociadas, ya sea procurando su venta a un tercero interesado o adoptando las medidas necesarias para mantener las mismas en optimas condiciones. La simple lógica nos enseña que sería contrario a las buenas costumbres, permitir que la mercancía en cuestión se deteriorare al punto de perder todo valor comercial.

⁶³ Vilus, J., 'Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer', in Sarcevic, P & Volken P (eds.), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana (1986) at p. 250; Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>.

⁶⁴ Saidov, D. "Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods" December 2001, at Part 4(a); Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#iv>

⁶⁵ Artículo 7º CISG hace referencia a la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

No obstante, es pertinente mencionar que la parte que está en poder de las mercancías tiene siempre la obligación de conservación de las mismas, independientemente de que se tenga o no conocimiento del incumplimiento de la contraparte. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en los ya mencionados artículos 85 y 86 de la Convención.

Ahora bien, el deber de mitigar el daño también aplica en aquellos eventos en que se hace evidente para una de las partes el incumplimiento de la otra. Al respecto, la CISG en su artículo 72⁶⁶ señala que: "Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en Incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto". De manera tal que en aquellos eventos en que el incumplimiento es evidente, así este no se haya materializado, la parte que está expuesta a sus efectos negativos deberá, en la medida de lo posible, adoptar las medidas que minimicen los daños que pudieran causarse en su contra⁶⁷. Inclusive se ha señalado que, aunque no es imperativo el declarar la resolución del contrato, en aquellos casos en que es evidente que la otra parte no cumplirá sus obligaciones tal y como se ha estipulado en el contrato, la resolución del contrato podrá ser en si misma una manera de mitigar los daños que se puedan causar con el incumplimiento⁶⁸.

Para ilustrar esta situación consideramos pertinente reproducir dos de los ejemplos elaborados por John O. Honnold⁶⁹. En el primero de ellos nos encontramos con una situación en donde los bienes o mercaderías compradas son o serán sujeto de reventa por parte del comprador, en el segundo las mercancías compradas serán utilizadas para la manufactura o producción de otros bienes. Los ejemplos son los siguientes:

- **Ejemplo 1: mercaderías compradas son o serán sujeto de reventa**

En junio 1o A y X suscribieron un contrato para la venta y entrega de 1000 bultos de algodón a un precio de 50 dólares por bulto, para entrega el 1º de agosto. Ambas partes eran comerciantes dedicados a la compra y venta (reventa) de algodón. Poco después de haber

⁶⁶ **ARTICULO 72.** 1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en Incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto. 2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones. 3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

⁶⁷ Vale la pena anotar que el representante del Reino Unido no estuvo de acuerdo con que el principio de mitigar el daño se aplicara al incumplimiento anticipado: *Legislative History*, 1980 Vienna Diplomatic Conference, 'Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementation, Reservations and Other Final Clauses' prepared by the Secretary-General, Document A/CONF.97/9 ('*Legislative History*'), original in English, 21 February 1980; disponible en la web en el sitio <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/Fdraft.html>.

⁶⁸ Prof. Dr. jur. Dr. sc. oec. Fritz Enderlein y Prof. Dr. jur. Dr. sc. oec. Dietrich Maskow en *INTERNATIONAL SALES LAW, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*. Oceana Publications, 1992.

⁶⁹ En John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed. (1999), paginas 456-464 Ejemplos 77A y 77B.

suscrito el contrato los precios del algodón bajaron y para el día 1º de Julio, cuando el precio estaba a 40 dólares por bulto, X comunicó a A su decisión de repudiar el contrato y le solicitó revender el algodón antes de que el precio bajara aún más. A contestó que esperaba de X el pago por el algodón de acuerdo a lo estipulado en el contrato; más tarde X reafirmó su decisión. Para agosto 1º, día señalado para la entrega del algodón, el precio del mismo había bajado a 30 dólares por bulto; X se rehusó a recibir y efectuar el pago de las mercancías. A entonces declaró el incumplimiento del contrato, efectuó una venta de reemplazo por 30 dólares el bulto, y reclamó daños y perjuicios a X por un valor de 20.000 dólares (50.000-30.000). X contestó que para el día 1º de julio, cuando comunicó su decisión de no cumplir con lo pactado, A debió haber mitigado su pérdida vendiendo el algodón a 40 dólares por bulto, lo que hubiere reducido el daño a 10.000 dólares.

En el presente caso era evidente que X (comprador) incurriría en incumplimiento esencial del contrato, por lo que para la fecha de la comunicación (1º de julio) A debió haber tomado las medidas necesarias para mitigar la pérdida que se avecinaba por el incumplimiento de X. Una de esas medidas era la declaración de resolución del contrato y la realización de una venta de reemplazo. Es evidente, que al no haber actuado de manera diligente A no tendrá derecho a que se le indemnice por aquella porción del daño que pudo haber mitigado y no lo hizo. Lo anterior, independientemente de que A haya o no declarado resuelto el contrato, ya que para esa fecha era más que evidente que X no cumpliría con sus obligaciones.

- **Ejemplo 2: las mercancías compradas serán utilizadas para la manufactura o producción de otros bienes.**

El 1º de junio A (comprador) y X (vendedor) suscribieron un contrato para la producción y venta de 10.000 láminas de acero para ser entregadas el 1º de agosto a un costo de 50 dólares por lámina. A requería del acero para manufacturar otros productos. El 1º de julio X notifica a A sobre las dificultades que afrontaba en la producción de acero, dificultades estas que le impedirían hacer la entrega en la fecha pactada; X también señaló que esas dificultades persistirían por un periodo de tiempo indeterminado y le solicita a A obtener el acero de otra acería. Acero de la misma calidad se encontraba disponible en la región de A y el precio para la fecha permanecía en 50 dólares por lámina. Por razones indeterminadas A no realizó una compra de reemplazo y como consecuencia sus fábricas fueron cerradas durante todo el mes de agosto. El comprador A demandó a X por daños y perjuicios en una suma equivalente a 10.000 dólares por día de cierre, basándose en el cierre de sus plantas o fábricas (art 74 ganancia dejada de percibir). X argumentó que, según lo señalado en el artículo 77, A falló en tomar las medidas razonables para mitigar el daño, así que le correspondía una rebaja en el monto de los daños y perjuicios.

En este caso, A debió haber tomado las medidas necesarias para mitigar la pérdida que se avecinaba por el incumplimiento de X, acudiendo a una compra de reemplazo. Es evidente, que al no haber actuado de manera diligente A no tendrá derecho a que se le indemnice por aquella porción del daño que pudo haber mitigado pero no mitigó, es decir, el valor de los perjuicios correspondiente al cierre de sus fábricas durante el mes de agosto. Lo anterior, si consideramos que A tuvo la oportunidad de acudir a una compra de reemplazo ya que existía acero disponible en su región. De haber acudido a esa compra de reemplazo de manera diligente A no hubiese tenido que cerrar sus fábricas, luego no le es procedente solicitar daños y perjuicios por tal concepto.

Como es evidente, el artículo 72 antes citado obliga a que en los supuestos de resolución anticipada de contrato por presunción de incumplimiento, se le comunique a la parte en estado de sospecha de incumplimiento⁷⁰, con antelación razonable, sobre la intención de declarar resuelto el contrato. Lo anterior, para que esta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá con sus obligaciones. Esta medida es lógica si consideramos que en dichas situaciones no se ha presentado un incumplimiento del contrato y como tal, la parte cuestionada tendrá siempre la oportunidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones a que se ha sometido en virtud del contrato.

Caso contrario, el artículo 77 no impone de manera alguna la obligación en cabeza de la persona obligada a mitigar el daño, de informar a la parte que incumple el contrato sobre las medidas que adelantará con el propósito de mitigar el daño. Esas medidas, son potestad del afectado y como tal, deberán ser cumplidas por este en los términos del artículo 77, independientemente de la posición o concepto que tenga el incumplido respecto de las mismas.

No obstante, sí es necesario que se le comunique a la parte que incumple alguna de sus obligaciones, sobre el estado y la naturaleza de su incumplimiento. En especial, en aquellos casos en que dicho incumplimiento se origina en la falta de conformidad de las mercaderías entregadas. Debemos recordar que de acuerdo a lo establecido por el artículo 38 *“El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias”*. A lo cual el artículo 39 agrega que *“El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto”*. De manera tal que el comprador, ante la falta de conformidad de las mercancías, deberá notificar de tal situación al vendedor para que éste adelante las medidas necesarias para subsanar la falta de conformidad si fuere posible.

Al respecto, una Corte alemana señaló que no era procedente compensar a un comprador que decidió realizar a su costa la traducción de unos manuales que debían haber sido entregados en el idioma del comprador, pero que erróneamente se entregaron en un idioma diferente. Lo anterior, sin haber notificado previamente al vendedor de tal situación de conformidad con lo

⁷⁰ De acuerdo a lo expuesto en la norma del artículo 72

señalado por el artículo 39 de la Convención. En ese caso particular, el comprador señaló que la traducción de los manuales se había realizado con el propósito de mitigar el daño que se le hubiese podido causar por la falta de conformidad de las mercaderías. A lo anterior, la Corte señaló que si el comprador hubiese dado aviso oportuno de tal situación al vendedor, este hubiese tenido la oportunidad de entregar los manuales en el idioma requerido⁷¹, con lo cual la medida adoptada no podía de manera alguna constituir una forma de mitigar del daño a la luz del artículo 77.

3.2 El criterio de razonabilidad

Tal y como lo hemos señalado, la obligación de mitigar el daño está sujeta, en segundo término, a que los esfuerzos que se adelanten para mitigar el posible daño sean razonables. Pero nos surge la pregunta, ¿qué significa razonable? Pues bien, la opinión más aceptada indica que una medida tendiente a mitigar un daño es razonable, si en buena fe puede esperarse, en las circunstancias que rodean la transacción, la ejecución de dicha conducta o medida. Lo anterior se determinará según las acciones que una persona razonable ejecutaría bajo las mismas circunstancias⁷². Al respecto, la Corte Suprema de Austria ha considerado que: *“una medida posible para reducir los perjuicios es razonable, si pudo haber sido esperada como una conducta de buena fe de una persona razonable en la posición del afectado en las mismas circunstancias”*.

La obligación que se establece en el artículo 77 entonces debe ser interpretada tomando en consideración los intereses de ambas partes, las prácticas comerciales y el principio de la buena fe⁷³. De acuerdo con lo anterior, la parte que confía o que invoca el incumplimiento deberá adelantar las medidas que un comerciante promedio adelantaría. Es decir, deberá adelantar todas las acciones posibles con el propósito de mitigar o disminuir la pérdida o inclusive, evitar que la misma se incremente. Al respecto, el artículo 1:302 de los Principios Europeos de los contratos establece que el criterio de razonabilidad debe ser juzgado como *“lo que las personas que actúan de buena fe y en la misma situación de las partes considerarían razonable. En particular, al analizar que es razonable la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los comerciantes o profesionales involucrados deberán tenerse en cuenta”*⁷⁴.

Es evidente que el criterio de razonabilidad debe ser puesto a prueba en cada caso particular, ya que cada contrato está sujeto a unas características particulares, generando así la necesidad de evaluar para cada caso las acciones que el afectado con el incumplimiento puede adelantar. De acuerdo

⁷¹ Caso CLOUT No. 343 Alemania *Landgericht* [Corte de Distrito] Darmstadt 9 May 2000, disponible en la web en el sitio: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html>.

⁷² Texto del Comentario la norma del artículo 73 del proyecto de 1978 (antecedente al artículo 77 de la norma final), presentación disponible en la página web: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html>

⁷³ Elisabeth Opie. *“Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement article 77 of the CISG”*. January, 2005.

⁷⁴ Chengwei, Liu. Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL. Septiembre 2003.

con lo anterior, será la Corte o el juez competente la que tenga la obligación de evaluar la pertinencia de las medidas de mitigación adelantadas por el afectado. Igualmente, es evidente que en aquellos eventos en que no se adelantaron tales medidas, dicha parte habrá incumplido la norma del artículo 77.

El argumento principal será entonces, ¿hasta dónde o que acciones deberá adelantar el afectado para satisfacer el estándar de razonabilidad?⁷⁵ Como es evidente, esas acciones o medidas no podrán exceder la capacidad de la parte afectada por el incumplimiento. Tampoco significa que la parte que sufre el incumplimiento deba adoptar las medidas más económicas para la parte que incumple, ni mucho menos ejecutar acciones o medidas innecesarias.

Esas acciones o medidas pueden frecuentemente incluir la celebración de una venta o compra de reemplazo⁷⁶. También podrán incluir la posibilidad de que la parte afectada por el incumplimiento subsane por si misma los defectos de las mercancías entregadas⁷⁷. Igualmente, y dentro de las conductas que de buena fe ejecuta el afectado por el incumplimiento, podemos encontrar inclusive el retorno de las mercaderías a su lugar de origen para luego efectuar la venta de reemplazo en dicho lugar. En un caso decidido por la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de la República Popular de la China, el tribunal arbitral señaló que la diferencia del precio de la venta de reemplazo con el precio del contrato, los costos de bodega y el flete cancelado por el vendedor para transportar las mercancías hasta el lugar de entrega pactado y luego retornarlas nuevamente hasta su lugar de origen, eran daños directos causados por el incumplimiento del comprador en el recibo de las mercaderías. Igualmente se consideró que el transportar las mercancías de vuelta al lugar de origen era una medida razonable y conforme con la práctica internacional⁷⁸.

Ahora bien, como ya lo hemos mencionado las medidas adoptadas por el afectado con el incumplimiento tampoco pueden generar gastos innecesarios o riesgosos para ambas partes. En ese sentido, las Cortes han escogido una postura objetiva para señalar que aquellas medidas que podrían generar unos gastos innecesarios o altos riesgos no son procedentes. Al respecto la Corte Suprema de Austria señaló que *“el comprador no deberá asumir gastos irracionales: si el costo de la cura no se compensa con el beneficio de la misma por parte del comprador, entonces esta no será recuperable”*⁷⁹.

Esa misma conclusión fue adoptada por una Corte Suiza, la cual a su vez añadió que el deber de mitigar no sólo obliga a la parte afectada por el incumplimiento a adelantar los pasos necesarios, pero que esos pasos

⁷⁵ Bruno Zeller, Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505). April 2005.

⁷⁶ No obstante, se debe señalar que la venta de reemplazo debe realizarse en un tiempo prudente, para así evitar la pérdida o deterioro de las mercaderías. Al respecto ver: China International Economic & Trade Arbitration Commission [CIETAC] 8 de Septiembre de 1997 Caso *BOPP film*.

⁷⁷ Knapp, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987) 559-567.

⁷⁸ China 6 March 1997 CIETAC Arbitration proceeding (*Men's shirts case*)

⁷⁹ Austria 14 January 2002 *Oberster Gerichtshof* [Corte Suprema de Justicia].

positivos no pueden adelantarse cuando de ellos resultan costos innecesarios⁸⁰. La Corte señaló que: *“la contrademanda del vendedor podrá reducirse si este ha adoptado medidas para mitigar las pérdidas. Esas medidas incluyen la reventa o reutilización de la maquinaria vendida. Adicionalmente, esas medidas incluyen evitar incurrir en cualquier gasto innecesario o costoso”*⁸¹.

Ahora bien, la obligación de mitigar el daño tampoco implica que el afectado con el incumplimiento deba aceptar nuevos términos o condiciones impuestos por la parte que incumple el contrato. En un caso decidido en los Países Bajos, se señaló que no era procedente aceptar la teoría según la cual una medida de mitigar los daños causados por el incumplimiento del vendedor en la entrega de las mercaderías era la compra al mismo vendedor de un material de las mismas calidades por un valor mayor al inicialmente pactado⁸². En el caso en mención, el vendedor, ante el aumento en el valor de las mercaderías en los mercados internacionales (acero) decidió informar al comprador que no cumpliría su obligación de entrega a menos de que este aceptara un pago adicional del 5% en el valor del contrato, situación ésta que no fue aceptada por el comprador. Una vez incumplida la obligación de entrega el comprador demandó el pago de los perjuicios causados con el incumplimiento. A lo anterior el vendedor replicó que el comprador había fallado a su deber de mitigar el daño al no haber aceptado la compra (al mismo vendedor) de las mercaderías a un precio mayor.

3.3 ¿Cuáles daños y en qué cantidad?

Los daños a que se hace referencia deberán ser, claro está, aquellos que la parte afectada tiene derecho a reclamar bajo los preceptos de la misma Convención. De manera tal que el afectado con el incumplimiento del contrato deberá adelantar las medidas necesarias para mitigar los daños a que hacen referencia los artículos 74 a 77 de la misma norma. Es decir, deberá en la medida de lo posible y razonablemente, mitigar la pérdida sufrida y la reducción en la ganancia como consecuencia del incumplimiento. Igualmente, deberá mitigar el mayor valor que deberá asumir por la compra o venta de reemplazo a efectuarse para suplir la necesidad de mercancías o de recursos.

Ese deber a su vez no afecta de manera alguna el derecho a exigir el pago del precio de las mercancías de acuerdo a lo expuesto en el artículo 62⁸³ o la reducción del mismo según lo dispuesto en el artículo 50⁸⁴ de la misma norma.

⁸⁰ Ibidem, 27

⁸¹ Suiza 3 de diciembre de 2002 *Handelsgericht* [Commercial Court] St. Gallen, Presentación del caso, incluida su traducción al inglés disponible en la página web: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>

⁸² Países Bajos 1o de Marzo de 2006 Corte del Distrito de Arnhem. Caso *Skoda Kovarny v. B. van Dijk Jr. Staalhandelmaatschappij B.V.* Traducción disponible en Inglés en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060301n1.html>

⁸³ En virtud de lo dispuesto en dicha norma *“El vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia”*.

De tal manera que la parte que se encuentra en estado de incumplimiento podrá reclamar una reducción en los daños y perjuicios que se adjudicaran en un monto equivalente a aquel en que, en cumplimiento del deber de mitigar, el afectado hubiere podido reducirlos o mitigar y no lo hizo efectivamente. Por ejemplo, una decisión encontró que un comprador afectado por el incumplimiento podría ser indemnizado únicamente por el 50% de la diferencia entre el precio de contrato y el valor de la reventa realizada por el mismo a sus clientes⁸⁵. En otro caso, el tribunal arbitral dividió la pérdida entre el comprador afectado y el vendedor en estado de incumplimiento quien se había solicitado el pago de lo entregado (parcialmente) ya que el comprador no había procedido a mitigar los daños⁸⁶.

3.4 Carga de la Prueba

Como es evidente, la parte que incumple con sus obligaciones deberá ser la misma que pruebe el incumplimiento de la parte afectada de la obligación

⁸⁴ El artículo 50 señala que: *"Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos"*.

⁸⁵ *"The tribunal applied article 77 CISG, since the buyer had taken no action to mitigate the loss arising out of the breach of contract. With regard to the first consignment of goods, the tribunal determined that the price reduction should be fixed at 50 per cent of the difference between the price of the disputed goods under the contract and the price agreed between the buyer and the end consumers. With regard to the second consignment of goods, the tribunal determined that the buyer had not proven the damage caused to its reputation by the goods in question. The tribunal noted that seller's breach of contract could not have resulted in serious harm to the reputation of the goods or difficulties in selling the second consignment"*. Caso CLOUT No. 474 RUSSIA Arbitration Award caso No. 54/1999 of 24 January 2000, disponible en la web en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html>.

⁸⁶ Caso CLOUT No. 265 [HUNGARY Budapest Arbitration Award case No. Vb 99142 of 25 May 1999, disponible en la web en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990525h1.html>]. An Austrian buyer, defendant, and a Hungarian seller, claimant, signed a contract for the purchase and sale of sour cherries. A part of the goods had already been delivered when the price of cherries rose significantly. The seller was willing to bear the consequences of the increase in price for the goods that had already been delivered, but terminated the contract in respect of the non-delivered goods. The seller claimed that the buyer had given its oral consent to the termination. The buyer denied having given such consent and did not pay for the delivered goods. The buyer claimed that non-delivery of the goods outstanding under the contract had caused the buyer more damage than the value of the goods it had received. The seller claimed payment of the purchase price and the buyer counterclaimed for the damage that it had sustained due to non-delivery. As each party had its place of business in a Contracting State, the tribunal stated that the Convention was applicable (article 1(1)(a) CISG). The tribunal held that the claim was partially founded, so the buyer had to pay for the goods already delivered (article 62 CISG). As the seller was unable to prove the buyer's consent to the termination of the contract, the tribunal found that the seller was responsible for the damages of the buyer and the buyer was entitled to make a covering purchase (article 47 CISG) [sic?] article 75 CISG?. The buyer was entitled to terminate the contract concerning the non-delivered part of the goods (article 73(2) CISG). On the other hand, the buyer did not fulfill its duty to mitigate its loss (article 77 CISG). The tribunal held that both the claim and counterclaim were only partially founded and therefore divided the damage between the parties.

establecida en el ya mencionado artículo 77⁸⁷. Igualmente, será la parte afectada la que deberá demostrar que las medidas adoptadas fueron suficientes o razonables, o que su inactividad se fundamenta en la imposibilidad de adoptar medidas que cumplieran con el test de razonabilidad al que ya hicimos referencia.

Al respecto, un número considerable de decisiones soportan la teoría de que la carga de la prueba, en lo que hace referencia al artículo 77, está en cabeza de la parte que se encuentra en estado de incumplimiento, quien debe no solo probar que su contraparte no cumplió el deber de mitigar, sino también el monto del daño que pudiendo no se evitó⁸⁸. En ese sentido, la Corte Suprema Suiza señaló que no se realizaría ningún tipo de ajustes a la compensación otorgada al afectado, si la parte en estado de incumplimiento fallaba al indicar los pasos que la parte afectada debía o pudo haber tomado para mitigar el daño⁸⁹.

Sin embargo, en una decisión se le solicitó a la parte afectada indicarle a la Corte las ofertas de operaciones sustitutas o de reemplazo que esta había solicitado. Lo anterior, con anterioridad al momento mismo de imponerle a la parte en estado de incumplimiento la carga de probar cuales habían sido los daños que se pudieron haber mitigado pero que no se mitigaron⁹⁰.

⁸⁷ En laudo de junio de 1999, en el caso cci No 9187 el tribunal señaló que: “*Defendant has to prove that Claimant failed to comply with its obligation to mitigate its loss pursuant to Art. 77 CISG... However, Defendant by just generally arguing that it does not deem appropriate the procedure of reselling the (blended) coke, without offering any evidence whatsoever in order to support this argument, fails to sufficiently substantiate, let alone prove, its allegation. Consequently, since Defendant did not show any facts which would support that Claimant's loss could have been - partially - avoided (e.g. by reference to a less expensive way of disposing of the coke) the Arbitral Tribunal concludes that Claimant's way of disposing of the delivered coke which could not have been sold otherwise was accurate. Absent of any proof to the contrary; the Arbitral Tribunal, therefore, finds that Claimant did not violate its obligation to mitigate its damage*”.

⁸⁸ CLOUT case No. 318 [GERMANY *Oberlandesgericht* [Appellate Court] Celle 2 September 1998, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>> (see full text of the decision); CLOUT case No. 176 [AUSTRIA *Oberster Gerichtshof* [Supreme Court] 6 February 1996, available online at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>> (breaching party had to establish how other party had breached its duty, the possible alternatives and the loss that would have been presented; issue raised on appeal without specific reference to facts that might be relevant) (see full text of the decision).

⁸⁹ *FCF S.A. v. Adriafil Commerciale S.r.l.* [SUIZA *Bundesgericht* [Corte Suprema] 15 Septiembre de 2000, disponible en la web en: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000915s1.html>>].

⁹⁰ Caso CLOUT No. 318 Alemania *Oberlandesgericht* [Corte de Apelaciones] 2 de Septiembre de 1998, disponible en la web en: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>> El caso resolvió una disputa relacionada con un contrato de compraventa de aspiradoras en donde el vendedor holandés entregó dichos bienes a un comprador alemán. Después de haber recibido y revendido las aspiradoras el comprador alemán objetó la calidad de las mismas y declaró el incumplimiento del contrato, rehusándose a realizar el pago. El vendedor demandó al comprador por el pago del precio, mientras el comprador solicitó una compensación del precio con los daños y perjuicios causados por la pérdida del mayor beneficio dejado de obtener por la venta de bienes defectuosos. La corte de apelaciones encontró que el vendedor estaba autorizado a obtener el pago de precio, según lo señalado en el artículo 53 de la Convención ya que el comprador no había sido capaz de retornar las aspiradoras defectuosas. Igualmente, la corte encontró que el comprador había fallado en su obligación de mitigar los daños de

4. Conclusión

Tal y como hemos podido observar la importancia del contrato de compraventa en el ámbito de las relaciones jurídico negociales a nivel internacional, ha dado lugar a que éste sea el instrumento jurídico que mayor análisis y dedicación ha atraído. En ese contexto, la *Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías* ha sido el instrumento de derecho internacional privado que mayor análisis, aplicación y desarrollo ha tenido.

La Convención de Viena de 1980, reiteramos, establece unas reglas claras en materia de indemnización de perjuicios. Reglas que establecen unos límites al monto de la indemnización e imponen unas cargas específicas a la parte que sufre del incumplimiento. Al respecto, el artículo 77 de la Convención de Viena de 1980, señala la obligación en cabeza de la parte víctima del incumplimiento o que sufre sus consecuencias, de adoptar las medidas necesarias, y razonables según las circunstancias, tendientes a mitigar la pérdida que resulte de ese incumplimiento. Obligación está que si bien no parece haber sido desarrollada en nuestro sistema jurídico, no es del todo novedosa, por surgir la misma como una derivación del Principio de la Buena Fe.

El deber de mitigar el daño surge, como pudimos apreciar, a partir del conocimiento del incumplimiento. No sería lógico pensar que dicha obligación surge con anterioridad al momento mismo del conocimiento acerca de un incumplimiento que genera, o pueda llegar a generar, un daño. Ahora bien, como lo señalamos, las medidas adoptadas para mitigar el daño deberán ser razonables según las circunstancias. En materia de razonabilidad la opinión más aceptada indica que una medida tendiente a mitigar un daño es razonable, si de buena fe puede esperarse, en las circunstancias que rodean la transacción, la ejecución de dicha conducta o medida. No obstante, éste criterio es novedoso y puede generar diversas interpretaciones no del todo uniformes.

Por su lado, la parte que incumple con sus obligaciones deberá ser la misma que pruebe el incumplimiento de la parte afectada de la obligación de mitigar el daño. Finalmente, será la parte afectada la que deberá demostrar que las medidas adoptadas fueron suficientes o razonables, o que su inactividad se fundamenta en la imposibilidad de adoptar medidas que cumplieran con el test de razonabilidad al que ya hicimos referencia.

Tenemos pues un instrumento que requiere de un desarrollo por las cortes locales, no solo en lo relativo a la Convención de Viena de 1980, sino también en lo relativo al Principio de la Buena Fe, para así determinar su alcance y limitaciones. Lo anterior, sin abandonar de manera alguna el carácter de internacionalidad que propugna la Convención de Viena de 1980 en su artículo

acuerdo a lo expuesto en el artículo 77 de la Convención, ya que había hecho esfuerzos por obtener una compra de reemplazo únicamente en su región, sin siquiera consultar proveedores de otras partes de país e inclusive de fuera de Alemania.

7º, así como la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.