

## **Opinión del Consejo Consultivo de la CISG\* No. 21**

### **Entrega de mercaderías sustitutivas y reparación de mercaderías bajo la CISG**

**Traducida al español por: Mauricio París.† Revisada por los profesores Dres. Alejandro M. Garro, M<sup>a</sup> del Pilar Perales Viscasillas y Edgardo Muñoz.**

**Para citarse como:** Opinión No. 21 del CISG-AC, Entrega de mercaderías sustitutivas y reparación de mercaderías bajo la CISG. Relatores: Profesora (em.) Dra. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Universidad de Basilea, Suiza, y la Dra. Ilka H. Beimel, Alemania. Adoptada por unanimidad por el Consejo Consultivo de la CISG (CISG-AC), luego de su 27a reunión en Puerto Vallarta, México, los días 3 y 4 de febrero de 2020.

---

\* La CISG-AC comenzó como una iniciativa privada respaldada por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Pace y el Centro de Estudios de Derecho Comercial, Queen Mary, Universidad de Londres. El Consejo Consultivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional (CISG-AC, por sus siglas en inglés) apoya la comprensión de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés) y la promoción y asistencia en la interpretación uniforme de la CISG.

En su reunión formativa en París en junio de 2001, el profesor Peter Schlechtriem de la Universidad de Friburgo, Alemania, fue elegido presidente del CISG-AC por un período de tres años. El Dr. Loukas A. Mistelis, del Centro de Estudios de Derecho Comercial, Queen Mary, Universidad de Londres, fue elegido Secretario. Los miembros fundadores del CISG-AC fueron el Prof. Emérito Eric E. Bergsten, Facultad de Derecho de la Universidad Pace, el Prof. Michael Joachim Bonell, Universidad de Roma La Sapienza, el Prof. E. Allan Farnsworth, Facultad de Derecho de la Universidad Columbia, el Prof. Alejandro M. Garro, Facultad de Derecho de la Universidad Columbia, el Prof. Sir Roy M. Goode, de la Universidad de Oxford, el Prof. Sergei N. Lebedev, Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, el Prof. Jan Ramberg, de la Universidad de Estocolmo, Facultad de Derecho, el Prof. Peter Schlechtriem, Universidad de Friburgo, el Prof. Hiroo Sono, Facultad de Derecho de la Universidad de Hokkaido, el Prof. Claude Witz, Universität des Saarlandes y Universidad de Estrasburgo. Los miembros del Consejo son elegidos por el Consejo.

En reuniones posteriores, el CISG-AC eligió como miembros adicionales a la Prof. Pilar Perales Viscasillas, Universidad Carlos III, Madrid; a la Prof. Ingeborg Schwenzer, Universidad de Basilea; al Prof. John Y. Gotanda, Universidad de Villanova; al Prof. Michael G. Bridge, Escuela de Economía de Londres; al Prof. Han Shiyuan, Universidad de Tsinghua y al Prof. Yeşim Atamer, Universidad Bilgi de Estambul, Turquía, al Prof. Ulrich G. Schroeter, Universidad de Mannheim, Alemania, al Prof. Lauro Gama Jr, Pontificia Universidad Católica, al Juez Johnny Herre, al Juez de la Corte Suprema de Suecia, al Prof. Harry M. Flechtner, Universidad de Pittsburgh, al Prof. Sieg Eiselen, Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Sudáfrica, y al Prof. Edgardo Muñoz López, Universidad Panamericana, Guadalajara, México.

El Prof. Jan Ramberg fungió durante un período de tres años como el segundo presidente del CISG-AC. En su 11a reunión en Wuhan, República Popular de China, el Prof. Eric E. Bergsten de la Facultad de Derecho de la Universidad Pace fue elegido presidente del CISG-AC y el Prof. Sieg Eiselen del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Sudáfrica fue elegido Secretario. En su 14a reunión en Belgrado, Serbia, la Prof. Ingeborg Schwenzer de la Universidad de Basilea fue elegida presidenta y en su 24a reunión en Antigua, Guatemala, el Prof. Michael G. Bridge de la Escuela de Economía de Londres fue elegido presidente del CISG-AC. En su 26a reunión en Asunción, Paraguay, la Prof. Milena Djordjević, Universidad de Belgrado, Serbia, fue elegida Secretaria.

† Profesor de Contratación Comercial Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, y de Arbitraje en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), San José, Costa Rica.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

## **Se autoriza la reproducción de esta opinión.**

MICHAEL BRIDGE, Presidente

YEŞİM ATAMER, ERIC BERGSTEN (EM.), MICHAEL JOACHIM BONELL (EM.), SIEG EISELEN, LAURO GAMA, ALEJANDRO GARRO, ROY GOODE, JOHN GOTANDA (EM.), HAN SHIYUAN, JOHNNY HERRE, EDGARDO MUÑOZ LÓPEZ, PILAR PERALES VISCASILLAS, ULRICH G. SCHROETER, INGEBORG SCHWENZER, HIROO SONO, CLAUDE WITZ (EM.), Miembros.

MILENA DJORDJEVIĆ, Secretaria.

### **OPINIÓN**

#### **Artículo 46**

**(1) [...]**

***(2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.***

***(3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigirle al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.***

#### **Artículo 47**

***(1) El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.***

***(2) El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercer acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.***

#### **Artículo 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***

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

*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, ejercer 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 2) o al párrafo 3) de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.*

#### *Artículo 49*

*(1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:*

*(a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; [...].*

*[...]*

#### **I. Aplicación**

**1. La entrega de mercaderías sustitutivas (art. 46(2) CISG) y la reparación de mercaderías (art. 46(3) CISG) son derechos o acciones que no están sujetos al art.28 CISG.**

**2. Estas acciones se aplican no sólo a la falta de conformidad de las mercaderías (art. 35 CISG) sino también en casos de derechos o pretensiones de terceros (art. 41 CISG), así como a derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial o intelectual (art. 42 CISG).**

#### **II. Entrega de mercaderías sustitutivas (art. 46(2) CISG)**

**3. De conformidad con el art. 46(2) CISG, un incumplimiento esencial del contrato ocurre si las mercaderías no conformes no pueden utilizarse como está previsto y si es razonable que el comprador rechace su reparación.**

**4. Un comprador que exija la entrega de mercaderías sustitutivas está sujeto al art. 82 CISG.**

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

**5. El comprador no tiene derecho a exigir la entrega de mercaderías sustitutivas si, teniendo en cuenta todas las circunstancias, esto fuere desproporcionado.**

### **III. Reparación (art. 46(3) CISG)**

**6. El comprador puede exigir al vendedor que repare las mercaderías para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable. Para determinar si la reparación por parte del vendedor es razonable o no, se debe tener en cuenta lo siguiente:**

- a. si el comprador se encuentra en mejores condiciones para coordinar la reparación de las mercaderías;**
- b. si el vendedor ofrece anticipar los costos de la reparación a cargo del comprador o un tercero;**
- c. si la reparación impone al vendedor costos desproporcionados a la pérdida o beneficio real o futuro del comprador.**

### **IV. Consecuencias**

**7. Si las mercaderías han sido combinadas con otras o han sido instaladas, los costos de reensamblaje pueden recuperarse como daños y perjuicios y, en general, no se encuentran a cargo del vendedor como parte de su obligación de subsanar la falta de conformidad con con la entrega de mercaderías sustitutivas o su reparación. Sin embargo, si en un contrato mixto el vendedor también ha asumido la obligación de combinar o instalar las mercaderías, los costos de reensamblaje corren por cuenta del vendedor como parte de su obligación de subsanar la falta de conformidad con la entrega de mercaderías sustitutivas o su reparación.**

**8. En los casos de entrega de mercaderías sustitutas o de partes de remplazo para subsanar la falta de conformidad ,**

- a. el comprador debe restituir al vendedor las mercaderías o partes de reemplazo que le fueron entregadas inicialmente;**
- b. el vendedor debe retirar las mercaderías o las partes de reemplazo entregadas inicialmente;**
- c. los costos de restitución corren por cuenta del vendedor.**

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

**9. El comprador no se encuentra obligado a:**

- a. restituir los beneficios derivados de las mercaderías o partes no conformes sustituidas o entregadas inicialmente;**
- b. dar cuenta de cualquier mejora causada por la entrega de mercaderías sustitutivas o partes de reemplazo entregadas para su reparación.**

**10. Después de la sustitución o reparación de las mercaderías, el comprador debe cumplir con los requisitos de examen y notificación de los arts. 38, 39 y 43 CISG. En caso de falta de conformidad de las mercaderías, el plazo de caducidad de dos (2) años (art. 39, (2) CISG) comienza a correr con la entrega efectiva de las mercaderías sustitutivas o de su reparación.**

**V. Derecho del vendedor a la subsanación bajo el art. 48 CISG**

**11. De conformidad con el art. 48 CISG, el vendedor tiene derecho a subsanar la falta de conformidad "con sujeción al art. 49". El derecho del vendedor a la subsanación queda excluido en caso de incumplimiento esencial del contrato, es decir, si las mercaderías no son utilizables y la falta de conformidad no puede ser subsanada a tiempo.**

**12. Si tanto la entrega de las mercaderías sustitutivas como la reparación resulta adecuado para subsanar la falta de conformidad de las mercaderías, el vendedor puede elegir entre ambas formas de subsanación.**

**13. El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para la entrega de mercaderías sustitutivas o para su reparación (art. 47 (1) CISG). Sin embargo, el comprador no se encuentra obligado a hacerlo. Sin perjuicio del art. 77 CISG y del derecho del vendedor a subsanar la falta de conformidad conforme al art. 48 CISG, el comprador puede recurrir inmediatamente a otras acciones disponibles, como solicitar el pago por daños y perjuicios o rebajar el precio de compra.**

**14. Durante un plazo razonable fijado por el comprador en virtud del art. 47 CISG, o fijado por el vendedor en virtud del art. 48 (2) CISG y aceptado expresa o implícitamente por el comprador, el comprador no podrá recurrir a ninguna acción incompatible con la subsanación.**

## COMENTARIOS

<b>1. Introducción</b> .....	- 7 -
<b>2. Historial de redacción</b> .....	- 8 -
<i>a) Artículo 46 CISG</i> .....	- 8 -
<i>b) Artículo 48</i> .....	- 9 -
<b>3. Interpretación</b> .....	- 10 -
<i>a) Aplicación</i> .....	- 10 -
<b>aa) Cumplimiento específico y art. 28 CISG</b> .....	- 10 -
<b>bb) Falta de conformidad de las mercaderías</b> .....	- 12 -
<b>cc) Defectos en cantidad</b> .....	- 14 -
<b>dd) Defectos en el embalaje</b> .....	- 15 -
<b>ee) Solicitud oportuna</b> .....	- 15 -
<i>b) Entrega de mercaderías sustitutivas (art. 46(2) CISG)</i> .....	- 17 -
<b>aa) Incumplimiento esencial</b> .....	- 17 -
<b>bb) No diferenciación entre mercaderías genéricas y específicas</b> .....	- 18 -
<b>cc) Exclusión del art. 46(2) CISG</b> .....	- 20 -
<i>c) Reparación (art. 46(3) CISG)</i> .....	- 22 -
<i>d) Consecuencias</i> .....	- 25 -
<b>aa) Costos de envío y reparación de mercaderías sustitutivas</b> .....	- 25 -
<b>bb) Costos de reensamblaje</b> .....	- 26 -
<b>cc) Restitución de mercadería no conformes o partes no conformes de las mercaderías al vendedor</b> .....	- 28 -
<b>dd) Aplicación de los arts. 38, 39 y 43 CISG</b> .....	- 32 -
<b>ee) Lugar de reparación y entrega de mercadería sustitutivas</b> .....	- 33 -
<b>ff) Derecho a retener el cumplimiento</b> .....	- 34 -
<i>e) Derecho del vendedor a la subsanación en virtud del art. 48 CISG</i> .....	- 34 -
<b>aa) Relación de los arts. 48 y 49 CISG</b> .....	- 34 -
<b>bb) Derecho del vendedor a elegir</b> .....	- 36 -
<b>cc) Limitación del derecho del vendedor a la subsanación</b> .....	- 37 -
<b>dd) Aplicación del art. 47(1) CISG</b> .....	- 40 -
<b>ee) Exclusión de otros derechos o acciones</b> .....	- 43 -

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

## COMENTARIOS<sup>2</sup>

### 1. Introducción

1.1 El caso más frecuente de incumplimiento del contrato por parte del vendedor es la falta de conformidad de las mercaderías<sup>3</sup>. Existen diferentes posibilidades para subsanar dicha falta de conformidad. En primer lugar, las partes pueden acordar contractualmente soluciones en caso de falta de conformidad de las mercaderías<sup>4</sup>. Las disposiciones de la CISG relativas a los derechos o acciones concernientes a la subsanación no son obligatorias<sup>5</sup>. Las partes pueden establecer excepciones a las disposiciones pre-establecidas de conformidad con el art. 6 CISG<sup>6</sup>. Si las partes no establecen ninguna excepción, se aplican los derechos o acciones pre-establecidos por la CISG. Las disposiciones relativas a estas acciones, es decir, los arts. 46 a 49 CISG, están sujetas a constante confusión y debate<sup>7</sup>. Esto no sólo ocurre a nivel académico, sino también en la práctica<sup>8</sup>. Los derechos o las acciones por la falta de conformidad difieren de otros derechos o acciones por incumplimientos debido a varias especificidades.

1.2 En esta opinión se detallarán las especificidades de los arts. 46 a 49 CISG con respecto a los derechos y deberes del comprador y del vendedor. La entrega de mercaderías sustitutivas y la reparación de las mercaderías "son oportunidades que buscan los vendedores - para

---

<sup>2</sup> Estos comentarios se basan en las opiniones expresadas en Ingeborg Schwenzler / Ilka Beimel, *Replacement and Repair of Non-Conforming Goods under the CISG, Internationales Handelsrecht 2017, 187*.

Todos los sitios web fueron visitados por última vez el 1 de noviembre de 2020.

<sup>3</sup> La noción de falta de conformidad en virtud del Art. 35 CISG es mucho más amplia que en la mayoría de los sistemas legales nacionales. No sólo se refiere a los defectos de calidad (*peius*) sino que también abarca los defectos de cantidad, la entrega de mercaderías de otro tipo (descripción, *aliud*), así como los defectos de embalaje. Además, los documentos no conformes (documentos de acompañamiento o compraventas respaldadas con créditos documentarios) están incluidos en el Art. 35 CISG, ver Opinión No. 5 del CISG-AC, *The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents*, 7 de mayo de 2005, Badenweiler (Alemania). Relatora: Profesora Dra. Ingeborg Schwenzler, LL.M., Profesora (em.) de Derecho Privado, en Schwenzler (ed.) *The CISG Advisory Council Opinions* (Den Haag 2017), 101, 110-111 párr. 4.7 *et seq.*, también disponible en <http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no5/>.

<sup>4</sup> Para aplicar los derechos o acciones contractuales, el contrato de las partes debe interpretarse de acuerdo con los Arts. 8, 9 CISG donde los usos comerciales juegan un papel importante.

<sup>5</sup> Cf., Ingeborg Schwenzler / Pascal Hachem, en Schwenzler (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4a ed., Oxford 2016), Art. 6 párr. 28 como ejemplos; véase también Sieg Eiselen, *Adopting the Vienna Sales Convention: Reflections Eight Years Down the Line*, 19 South African Mercantile Law Journal (2007) 14, 17 *et seq.*

<sup>6</sup> Tal derogación de la CISG puede hacerse de manera explícita o implícita. Cf. Schwenzler / Hachem, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4) Art. 6 párr. 3; Peter Huber, en Stefan Kröll / Loukas Mistelis / Pilar Perales Viscasillas (eds.), *Convention on the International Sales of Goods (CISG)* (2a ed., München 2018), Art. 6 párr. 14.

<sup>7</sup> Ver en general, Christiana Fountoulakis, *Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, ERA Forum (2011) 12: 7–23; Lachmi Singh / Benjamin Leisinger, *A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge*, 20 Pace International Law Review (2008) 161, 163 *et seq.*; Peter Schlechtriem, *Subsequent Performance and Delivery Deadlines – Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods*, 18 Pace International Law Review (2006) 83; Ericson Kimbel, *Nachfrist Notice and Avoidance Under the CISG*, 18 Journal of Law and Commerce (1998-1999) 301, 301 *et seq.*

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, Landgericht (Tribunal de Distrito) Zweibrücken, 19 de marzo de 2010, 6 HK. O 13/03, CISG-online 2794 sobre el tema de reclamo por daños y perjuicios en caso de reparación por parte del comprador, seguida de Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Zweibrücken, 29 de octubre de 2012, 8 U 22/10, CISG-online 2696 y Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 24 de septiembre de 2014, VIII ZR 394/12, CISG-online 2545.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

*preservar la buena fe, reducir la responsabilidad por daños y evitar el drástico recurso de la resolución*"<sup>9</sup>. De conformidad con la CISG, el vínculo contractual entre las partes debe preservarse en la medida de lo posible y la resolución debe considerarse como la *ultima ratio*<sup>10</sup>. De ese modo, se pueden ahorrar esfuerzos y costos de transporte adicionales. Los debates sobre la interpretación y aplicación de los arts. 46 a 49 CISG requieren un equilibrio entre los intereses del comprador y del vendedor. El entendimiento típico de la tradición legal de derecho civil es que el *pacta sunt servanda* requiere que el vendedor cumpla potencialmente más de una vez, mientras que bajo el enfoque típico del derecho anglosajón el cumplimiento específico no se otorga fácilmente. Analizando esta potencial dicotomía jurídica y los intereses de las partes, se debe tener en cuenta el carácter internacional de la CISG y la necesidad de interpretar la CISG de manera autónoma.

## 2. Historial de redacción

2.1 En la redacción de los arts. 46 y 48 CISG, se discutió con gran detalle el papel del cumplimiento específico, la relación con ese remedio del derecho del vendedor a la subsanación en el art. 48 CISG y el derecho del comprador a resolver el contrato en el art. 49 CISG, así como el concepto de incumplimiento esencial en los arts. 46 y 49 CISG. Con respecto a los intereses de ambas partes, los redactores se centraron en el interés del vendedor en subsanar cualquier defecto y el interés del comprador en el cumplimiento del contrato<sup>11</sup>.

### a) Artículo 46 CISG

2.2 Inicialmente, el art. 46 CISG tenía dos párrafos: el derecho o la acción general de solicitar el cumplimiento, art. 46(1), y el derecho o la acción de solicitar la entrega de mercaderías sustitutivas, art. 46(2) CISG. La reparación no se incluyó directamente<sup>12</sup>. En contraste, el anterior art. 42 de la Convención relativa a la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercaderías (ULIS, por sus siglas en inglés) hablaba de reparación, entrega adicional y entrega sustitutiva. Con estos antecedentes, no fue sorprendente que, en 1980, en Viena, los delegados discutieran si incluir o no la reparación directamente en la CISG. Al final, la República Federal de Alemania, Finlandia, Noruega y Suecia propusieron incluir el art. 46(3) CISG para limitar el derecho o acción de la reparación. Los delegados argumentaron que "*en algunos casos, el derecho del comprador a una reducción en el precio y el pago de daños constituía un remedio adecuado, particularmente cuando las mercaderías en cuestión podían ser reparadas fácilmente por él o cuando el costo de la reparación para el vendedor fuera excesivamente alto*"<sup>13</sup>. Francia propuso considerar la perspectiva de los "*intereses legítimos del comprador*"

---

<sup>9</sup> John O. Honnold / Harry Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (4a ed., Alphen aan den Rijn 2009), Art. 46 párr. 286.

<sup>10</sup> CNUDMI, *Digest of Case Law on the CISG* (2016), disponible en [https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG\\_Digest\\_2016.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf), Art. 46 párr. 3.

<sup>11</sup> *Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena, 10 de marzo al 11 de abril de 1980 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.81.IV.3), 351 párr. 6.

<sup>12</sup> Cf. Comentario sobre el Proyecto de Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías preparado por la Secretaría (*Comentario de la Secretaría*) / UN DOC. A / CONF. 97/5, Art. 42. Sin embargo, es posible que algunos delegados entendieran que el Art. 46 anterior de la CISG incluía indirectamente la reparación, cf. *Documentos Oficiales* (n. 10), 78, Art. 42.

<sup>13</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 335 párr. 11.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

al evaluar la disponibilidad de reparación<sup>14</sup>. Al final, los delegados acordaron la redacción actual "*teniendo en cuenta todas las circunstancias*" sin limitar la perspectiva de los intereses del comprador<sup>15</sup>.

2.3 Con respecto al derecho a solicitar el cumplimiento específico en el art. 46(1) CISG, los delegados discutieron la necesidad de equilibrar los intereses del comprador y del vendedor, los diferentes enfoques para favorecer la "*libertad del comprador o del vendedor para limitar las consecuencias legales de los defectos*"<sup>16</sup>, y restringir el plazo dentro del cual se puede realizar dicha solicitud<sup>17</sup>. La delegación de los Estados Unidos propuso modificar el cumplimiento específico "*para descartar la subsanación del cumplimiento específico en los casos en que el comprador pudiera comprar mercaderías en sustitución sin gastos o inconvenientes adicionales irrazonables*"<sup>18</sup>. Al rechazar la enmienda, los oponentes se basaron en el *pacta sunt servanda*, uno de los principios básicos de la CISG<sup>19</sup>, el efecto de la enmienda para "*reducir la libertad del comprador para limitar las consecuencias legales de los defectos*"<sup>20</sup> o para "*alentar al vendedor a no honrar sus obligaciones si el producto que vendía estaba disponible en el mercado*"<sup>21</sup>.

#### **b) Artículo 48**

2.4 El art. 48 y, en particular, su relación con el art. 49 CISG suscitaron un gran debate en Viena en 1980<sup>22</sup>. Con respecto a la relación de los arts. 48 y 49 CISG, los delegados trataron de "*establecer un equilibrio entre el derecho del vendedor a la subsanación y del comprador a la resolución.*"<sup>23</sup> Asimismo, los delegados comprendieron que "[l]o fundamental era definir con precisión qué constituía un incumplimiento esencial"<sup>24</sup>. Una votación indicativa sobre la pregunta de si el derecho de subsanar del vendedor en el art. 48 CISG debería prevalecer sobre el derecho del comprador a la resolución, dirigió la discusión. La pregunta fue rechazada<sup>25</sup>. Los delegados cambiaron la introducción del art. 48(1) CISG de "*A menos que el comprador haya*

---

<sup>14</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 335 párr. 15.

<sup>15</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 335 párr. 15 *et seq.*

<sup>16</sup> El término libertad fue utilizado en esta discusión por uno de los delegados de la República Democrática Alemana (RDA), *Documentos Oficiales* (n. 10), 331 párr. 58.

<sup>17</sup> Uno de los delegados estadounidenses propuso tal restricción, *Documentos Oficiales* (n. 10), 334 párr. 5. Argumentó que sería importante aclarar que el comprador no puede cambiar de opinión al solicitar la subsanación. La propuesta fue apoyada por el Reino Unido, pero finalmente rechazada.

<sup>18</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 330 párr. 47. Esta propuesta fue respaldada por Australia, Italia, Noruega y el Reino Unido. Este último comentó que es "*difícil ver qué interés podría tener un comprador en obligar a un vendedor a cumplir cuando era posible que él mismo comprara mercaderías en sustitución, sin gastos o inconvenientes adicionales sustanciales, y obtener una compensación por los costos adicionales incurridos*", 331 párr. 57.

<sup>19</sup> Planteado por la delegación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), *Documentos Oficiales* (n. 10), 332 párr. 67.

<sup>20</sup> Planteado por la delegación de la RDA, *Documentos Oficiales* (n. 10), 331 párr. 58. La delegación agregó que esta libertad "*está muy extendida en la vida comercial y debe extenderse más que restringirse*".

<sup>21</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 332 párr. 64.

<sup>22</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 341 *et seq.*

<sup>23</sup> Delegación de los Estados Unidos, *Documentos Oficiales* (n. 10), 342 párr. 47.

<sup>24</sup> Delegación de Suecia, *Documentos Oficiales* (n. 10), 342 párr. 48.

<sup>25</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 342 párr. 64.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

*declarado resuelto el contrato de conformidad con el art. 45<sup>26</sup>*, a la versión actual. Además, se adoptó una enmienda de Singapur que condujo al cambio de la redacción anterior que se refería a “*la demora que equivaldría a un incumplimiento esencial del contrato*” a una mera “*demora irrazonable*”<sup>27</sup>.

2.5 Sobre la interacción de los arts. 48 y 46 CISG, se rechazaron en particular dos propuestas para aclarar su relación. Primero, uno de los delegados alemanes propuso que, en general, el derecho del vendedor a subsanar su incumplimiento debería prevalecer sobre los derechos del comprador, especialmente su derecho a resolver el contrato<sup>28</sup>. En segundo lugar, uno de los delegados estadounidenses propuso enmendar el art. 48 CISG para implementar el derecho del vendedor a elegir la forma de subsanación si surge un conflicto entre los arts. 46 y 48 CISG<sup>29</sup>. Este último fue rechazado por 10 votos a favor y 10 votos en contra. Sin embargo, a falta de discusión, no está claro si los votos en contra entendieron que la aclaración era superflua u se opusieron por el fondo.

### 3. Interpretación

#### a) Aplicación

##### aa) Cumplimiento específico y art. 28 CISG

**1. La entrega de mercaderías sustitutivas (art. 46(2), CISG) y la reparación de mercaderías (art. 46(3), CISG) son derechos o acciones que no están sujetos al art. 28 CISG.**

3.1 El derecho o acción general de exigir el cumplimiento específico del art. 46(1) CISG está sujeto al art. 28 CISG. Sin embargo, en lo que respecta a los derechos o acciones de los arts. 46(2) y (3) CISG, es cuestionable que se aplique el art. 28 CISG. El historial de redacción es ambiguo. Por un lado, el Comentario de la Secretaría discutió el art. 28 CISG sólo con respecto al art. 46(1), pero no al art. 46(2) CISG<sup>30</sup>. Por otra parte, un estado miembro comentó sobre el Proyecto de Convención de 1978 aplicando el art. 28 CISG al remedio de la reparación<sup>31</sup>. Sin embargo, la reparación aún no se mencionaba en el Proyecto de Convención de 1978.

3.2 En primer lugar, los autores alemanes y suizos están a favor de la aplicación del art. 28 CISG en los casos de los arts. 46(2) y (3) CISG<sup>32</sup>. Un argumento es que los arts. 46(2) y (3)

<sup>26</sup> Artículo 44 (1) Proyecto de Convención de 1978, publicado en *Documentos Oficiales* (n. 10), 10.

<sup>27</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 114 párr. 3 (ii), 351 párrs. 5 *et seq.*

<sup>28</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 341 párr. 38.

<sup>29</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 352 párr. 32.

<sup>30</sup> Comentario de la Secretaría (n. 11), Art. 42 párr. 10.

<sup>31</sup> Noruega dio un ejemplo con respecto a la limitación del derecho a exigir la reparación de las mercaderías, *Documentos Oficiales* (n. 10), 78, Art. 42 párr. 1.

<sup>32</sup> Peter Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párrs. 31, 45; Peter Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB, Band 4* (8a ed., München 2019), Art. 46 párr. 37; Hanns-Christian Salger, en Wolfgang Witz / Hanns-Christian Salger / Manuel Lorenz, *International Einheitliches Kaufrecht* (2a ed., Frankfurt 2016), Art. 46 párr. 1; Müller-Chen, Markus, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 28 párr. 6; Christoph Brunner / Diana Akikol / Lucien Bürki, en Christoph Brunner / Benjamin Gottlieb (ed.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)* (Alphen aan den Rijn 2019), Art. 46 párr. 9.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

CISG forman parte de un derecho general a exigir el cumplimiento específico y el art. 28 CISG se aplica a este derecho general<sup>33</sup>. No es sorprendente que los autores alemanes se basen principalmente en este argumento, ya que, según el derecho alemán, es decir, civil, los derechos o acciones de reparación y la entrega de mercaderías de sustitución se consideran remedios de cumplimiento específico. Sin embargo, en otros sistemas legales, especialmente los sistemas de derecho anglosajón, estos derechos o acciones no se considerarían acciones de cumplimiento específico<sup>34</sup>.

3.3 Los argumentos a favor de aplicar el art. 28 CISG a los casos de los arts. 46(2) y (3) CISG no son convincentes. En primer lugar, los arts. 46(2) y (3) CISG mencionan requisitos previos diferentes al derecho general a exigir un cumplimiento específico en virtud del art. 46(1) CISG. Los artículos 46(2) y (3) CISG exigen la fundamentación del incumplimiento y la razonabilidad del reclamo de reparación. Por lo tanto, los arts. 46(2) y (3) CISG son *leges speciales* “que matizan la disposición general del art. 28 de la CISG”<sup>35</sup>. Tal como Honnold y Flechtner argumentan correctamente, restringir “*las causales para acceder a los remedios en algunas jurisdicciones sin requerir la liberalización de las causales en otras*” contradeciría el “*espíritu de equidad*”<sup>36</sup>. En segundo lugar, la aplicación del art. 28 CISG a los arts. 46(2) y (3) CISG ignora la interacción de los arts. 46(2) y (3) CISG, y el derecho del vendedor a la subsanación en virtud del art. 48 CISG, que no está restringido por el art. 28 CISG. Algunos vendedores serían favorecidos de contar con un comprador que no tiene derechos en virtud de los arts. 46(2) y (3) CISG. La armonía de los arts. 46(2) y (3) y el art. 48 CISG, que equilibran los intereses del comprador y del vendedor, se vería perturbada<sup>37</sup>. En tercer lugar, el enfoque sugerido en esta Regla No. 1 está en consonancia con la redacción y el propósito del art. 28 CISG. La redacción del art. 28 CISG establece “*exigir el cumplimiento*” y es congruente con la redacción del art. 46(1) CISG, que también establece “*exigir el cumplimiento*”. Sin embargo, difiere de la redacción de los arts. 46(2) y (3) CISG, que se refieren a la “*entrega de mercadería en sustitución*” y a la “*reparación*”. El propósito del art. 28 CISG es salvar las “*diferencias entre el sistema jurídico de la Europa continental y el sistema jurídico inglés y estadounidense en la cuestión del derecho a exigir un cumplimiento específico*”<sup>38</sup>. Este propósito no se aplica a los arts. 46(2) y (3) CISG. El cumplimiento específico está disponible en circunstancias limitadas en los sistemas jurídicos inglés y estadounidense<sup>39</sup>. Si bien sus limitaciones difieren de los arts.

---

<sup>33</sup> Ulrich Magnus, en Dagmar Kaiser (ed.), *Staudinger BGB* (Berlín 2018), Art. 46 párrs. 31, 64.

<sup>34</sup> De hecho, en virtud de la Ley de Venta de Mercaderías del Reino Unido de 1979, no existe un derecho formal a la subsanación. Pero véase Michael Bridge, *The Sale of Goods*, (4a ed., Oxford 2019), párr. 10.135.

<sup>35</sup> Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 46 párr. 285.1.

<sup>36</sup> Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 46 párr. 285.1.

<sup>37</sup> Cuando el vendedor puede utilizar el Art. 48 CISG sin ser enfrentado por un comprador que disfruta del Art. 46(2) (3) CISG, puede producirse un desequilibrio. Durante las negociaciones en Viena en 1980, uno de los delegados estadounidenses describió de forma general que ambos artículos están estrechamente vinculados, *Documentos Oficiales* (n. 10), 344 párr. 79.

<sup>38</sup> Markus Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 28 párr. 1. Sin embargo, el autor está a favor del enfoque que se opone a la Regla No. 1.

<sup>39</sup> C.f., secc. 2-716 (1) UCC para el entendimiento de los Estados Unidos, y Andrew Burrows, *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs* (4a ed., Oxford 2019), 402 *et seq.*

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

46(2) y (3) CISG<sup>40</sup>, su mera existencia proporciona un puente hacia el sistema legal inglés y el estadounidense, estableciendo como superfluo el art. 28 CISG.

3.4 Por lo tanto, la entrega de mercaderías sustitutivas y la reparación tienen un ámbito de aplicación más amplio que el derecho general a solicitar un cumplimiento específico. Mientras que el derecho general a exigir un cumplimiento específico está sujeto al art. 28 CISG, los remedios del art. 46(2) y (3), no lo están.

#### **bb) Falta de conformidad de las mercaderías**

**2. Estas acciones se aplican no sólo a la falta de conformidad de las mercaderías (art. 35 CISG) sino también en casos de derechos o pretensiones de terceros (art. 41 CISG), así como a los derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial o intelectual (art. 42 CISG).**

3.5 El título de la Sección II de la CISG, incluidos los arts. 35, 41 y 42 CISG, distingue entre “*conformidad de las mercaderías y reclamos de terceros*”. La redacción de los arts. 46(2) y (3) CISG sólo aborda la falta de conformidad. Por lo tanto, a primera vista, los arts. 46(2) y (3) CISG no se aplican en caso de derechos o reclamos de terceros, art. 41 CISG, o de derechos o pretensiones de terceros con respecto a la propiedad industrial o intelectual, art. 42 CISG<sup>41</sup>. Este argumento podría estar respaldado por el Comentario de la Secretaría sobre el Proyecto de Convención de 1978, que establece explícitamente que el art. 46(2) CISG no se aplica en los casos de los arts. 41 y 42 CISG<sup>42</sup>. Además, se puede observar que los arts. 46(2) y (3) CISG sólo se refieren al art. 39 CISG, no al art. 43 CISG.

3.6 No obstante, una interpretación y un entendimiento prácticos de los arts. 46(2) y (3) CISG favorecen su aplicación en los casos de los arts. 41 y 42 CISG, cuando corresponda<sup>43</sup>. Los arts. 46(2) y (3) CISG expresan un principio general de la CISG de equilibrar los intereses de ambas partes en caso de incumplimiento del contrato por parte del vendedor. En los casos de los arts. 41 y 42 CISG, ambas partes se enfrentan a menudo a problemas similares a los del caso de falta de conformidad<sup>44</sup>. Alternativamente, algunos académicos distinguen entre los arts. 41 y 42 CISG y sostienen que los arts. 46(2) y (3) CISG se aplican sólo al art. 42 CISG<sup>45</sup>. Según estos autores, la responsabilidad por defectos en virtud del art. 42 CISG está más cerca de la no

---

<sup>40</sup> Estos son, en general, la singularidad - física o comercial -, la dificultad para evaluar los daños o la insuficiencia para pagar los daños.

<sup>41</sup> Invocando una lectura sistemática de Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párr. 7. Véase también Axel Metzger, *Seller's Liability for Defects in Title According to Articles 41 and 42 of the CISG*, en Ingeborg Schwenzler / Yeşim Atamer / Petra Butler (eds.), *Current Issues in the CISG and Arbitration* (Den Haag 2014), 195, 199.

<sup>42</sup> *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 39 párr. 8, Art. 40 párr. 12.

<sup>43</sup> Lo mismo aplica al Art. 46(1) CISG, David Tebel, *Liability for Infringing Goods*, Ph.D. Tesis 2019 (en publicación), Parte 6, A. III. 1.

<sup>44</sup> Cfr. Tebel, *Liability for Infringing Goods* (n. 42), Parte 6, A. III. 1.; Pascal Hachem, en *Beck'scher Online Großkommentar BGB* (Ed. 01.08.2020, Munich), Art. 42 párr. 28.

<sup>45</sup> Kröll, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 42 párr. 51; Florian Mohs, *Die Vertragswidrigkeit im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG*, en *Internationales Handelsrecht* 2002, 59, 63.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

conformidad que la del art. 41 CISG<sup>46</sup>. Comparando los arts. 35, 41 y 42 CISG, es evidente que sólo los arts. 35 (3) y 42 (2) (a) CISG aplican el mismo criterio de conocimiento del comprador<sup>47</sup>. El art. 41 CISG se desviaría de esta norma, ya que ni siquiera requiere un conocimiento positivo del comprador<sup>48</sup>.

3.7 La mejor opción es aplicar el art. 46(2) y (3) CISG no sólo al art. 42 CISG, sino incluso al art. 41 CISG. Siempre que sea posible en la práctica aplicar el art. 46(2) y (3) CISG al art. 41 o al art. 42 CISG, no hay razón para negar la aplicabilidad en general. De conformidad con el art. 41 CISG, el vendedor debe entregar mercaderías que estén libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, excluyendo la propiedad industrial u otros derechos de propiedad intelectual. Estos pueden ser derechos de propiedad u otros defectos sobre el título<sup>49</sup>. La entrega de mercaderías de sustitución que no estén sujetas a dichos derechos de terceros puede subsanar el cumplimiento defectuoso (art. 46(2) CISG). Cuando los defectos puedan "repararse" mediante el cumplimiento o la extinción de un reclamo o derecho de terceros a través del vendedor<sup>50</sup>, es apropiado aplicar el art. 46(3) CISG.

3.8 El art. 42 CISG exige la entrega de mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual. El art. 46(2) CISG puede aplicarse si las mercaderías están sujetas a derechos de propiedad intelectual en la jurisdicción de uso. Cuando el comprador tiene la intención de usar las mercaderías en varias jurisdicciones y de hecho las utiliza, no tiene interés en sustituir todas las mercaderías<sup>51</sup>. Del mismo modo, si las mercaderías entregadas pueden utilizarse de formas que no infrinjan la propiedad intelectual<sup>52</sup>, esto puede orientar la aplicación del art. 46(2) CISG. Según el art. 46(3) CISG, es posible que un tercero esté dispuesto a conceder la licencia que hace falta<sup>53</sup>. Sin embargo, si los costos de la licencia son prohibitivamente altos, pueden hacer

---

<sup>46</sup> Mohs, *Die Vertragswidrigkeit im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG* (n. 44), 63; véase también Hachem, en *Beck'scher En línea Großkommentar BGB* (n. 43), Art. 42 párr. 28.

<sup>47</sup> Mohs, *Die Vertragswidrigkeit im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG* (n. 44), n. 34, citando a Yingxia Su, *Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht und im chinesischen Recht*, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1997, 284, 287.

<sup>48</sup> Mohs, *Die Vertragswidrigkeit im Rahmen des Art. 82 Abs. 2 lit. c CISG* (n. 44), n. 35, citando a Peter Schlechtriem, *Conformity of the Goods, Seller's Obligations under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en Nina Galston / Hans Smit (ed.), *International Sales*, 1984, § 6.03, 6-31.

<sup>49</sup> Por ejemplo, Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 11 de enero de 2006, VIII ZR 268/04, CISG-online 1200.

<sup>50</sup> Por ejemplo, en Obergericht (Tribunal de Apelaciones) del Cantón de Argovia, 3 de marzo de 2009, ZOR.2008.16 / eb, CISG-online 2013, un demandante suizo encargó una casa prefabricada a un demandado austriaco, que dependía de los subcontratistas. Dado que el demandado no pagó a los subcontratistas, la casa prefabricada no estaba libre de derechos de terceros, aquí derechos de garantía. El reclamante solicitó el pago de daños y perjuicios, Art. 74 CISG, pero también podría haber solicitado reparación en forma de pago a los subcontratistas.

<sup>51</sup> Cfr. Tebel, *Liability for Infringing Goods* (n. 42), Parte 6, A. III. 1.; Hachem, en *Beck'scher Online Großkommentar BGB* (n. 43), Art. 42 párr. 28.

<sup>52</sup> Tebel, *Liability for Infringing Goods* (n. 42), Parte 6, A. III. 1., dando el ejemplo del uso de textiles con un patrón de cuadros protegidos adquiridos con la intención de producir material para fabricar cortinas que también forman parte de la cartera habitual de productos del comprador.

<sup>53</sup> Cfr., Por ejemplo, Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 12 de septiembre de 2006, 10 Ob 122 / 05x, CISG-online 1364 párr. 32.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

que la reparación sea irrazonable cuando, por ejemplo, las mercaderías conformes se pueden entregar de una manera no infractora<sup>54</sup>.

3.9 Por lo tanto, según una interpretación y un entendimiento prácticos, tanto los derechos del comprador como la protección del vendedor en virtud de los arts. 46(2) y (3) CISG deben aplicarse en los escenarios de los arts. 41 y 42 CISG<sup>55</sup>. Los compradores que reciben mercaderías que no están exentas de derechos de terceros reciben el mismo trato que los compradores que reciben mercaderías no conformes. Los arts. 46(2) y (3) CISG se aplican directamente o por analogía a derechos o pretensiones de terceros y a derechos o pretensiones basados en la propiedad industrial o intelectual de terceros<sup>56</sup>.

### cc) Defectos en cantidad

3.10 De acuerdo con el art. 35(1) CISG, el vendedor debe entregar mercaderías en la cantidad, calidad y descripción exigidas en el contrato. Aunque los defectos en cantidad y calidad se denominan no conformidad<sup>57</sup>, se puede distinguir entre falta de conformidad y entrega parcial<sup>58</sup>. Esta referencia mutua puede causar dificultades en la aplicación del art. 46(1) o (2) CISG.

3.11 En la medida en que el defecto en la cantidad constituya una entrega parcial; por ejemplo, en lugar de 100 tablas de madera, sólo se entregan 90 tablas, el art. 46(2) CISG no se aplica; más bien se aplica el art. 51 CISG<sup>59</sup>. En consecuencia, de conformidad con el art. 51(1) CISG, el comprador sólo puede ejercer sus derechos o acciones en relación con la parte que haga falta. En tal caso, no es aceptable la "*entrega de mercaderías en sustitución*". Por el contrario, el comprador puede basarse en el derecho irrestricto de cumplimiento específico en virtud del art. 46(1) CISG para solicitar la entrega<sup>60</sup>.

3.12 Si las mercaderías entregadas no se ajustan al contrato en cuanto a su tamaño o peso, por ejemplo, el peso de un metro cuadrado de la mercadería es menor que el acordado, o las tablas de madera son más cortas que las requeridas en el contrato, esto equivale a un defecto de calidad

---

<sup>54</sup> Tebel, *Liability for Infringing Goods* (n. 42), Parte 6, A. III. 1.

<sup>55</sup> Otro enfoque consiste en descartar de forma general la diferenciación terminológica entre los Art. 35, 41 y 42 CISG con respecto a los derechos y acciones, véase Rolf Herber / Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht: Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, (München 1991), Art. 45 párr. 2., véase también el Art. 41, párr. 10. para el punto de vista opuesto, véase Tebel, en Brunner / Gottlieb, (n. 31), Art. 41 párr. 26 y Art. 42 párr. 26.

<sup>56</sup> Para conocer la analogía, véase Tebel, *Liability for Infringing Goods*, (n. 42), Parte 6, A. II.

<sup>57</sup> Schwenzler, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 35 párrs. 4, 8.

<sup>58</sup> Por ejemplo, Kröll, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 35 párr. 23 con más referencias; Salger, en Witz / Salger / Lorenz (n. 31), Art. 35 párr. 6.

<sup>59</sup> Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 46 párr. 283; Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párr. 8; Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 51 párr. 2. Véase la resolución y el Art. 51 (1) CISG 서울 고등 법원 (Tribunal de Apelaciones de Seúl), 17 de enero de 2013, 2012Na27850, CISG-online 2832.

<sup>60</sup> Peter Huber, en Peter Huber / Alastir Mullis, *The CISG* (2a ed., Berlín 2014), 198 *et seq.* El comprador también puede invocar el Art. 51 (2) CISG en caso de que la falta de entrega parcial constituya un incumplimiento esencial, véase, por ejemplo, Comisión de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China, 18 de septiembre de 2006, CISG / 2006/24, CISG-online 2053.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

o simplemente a una falta de conformidad. El art. 46(2) CISG se aplica si se cumplen los requisitos previos.

3.13 Finalmente, cuando se entregan todas las mercaderías, pero parte de ellas no cumple con los requisitos por otras razones que no sean tamaño o peso<sup>61</sup>. La CISG se refiere a estos escenarios como falta de conformidad parcial. Para que la subsanación sea posible, las mercaderías deben ser divisibles<sup>62</sup>.

#### **dd) Defectos en el embalaje**

3.14 En general, un defecto en el embalaje por sí solo no dará lugar al derecho a solicitar la entrega de mercaderías sustitutivas. Sin embargo, deben distinguirse los siguientes escenarios: si el embalaje es parte de las mercaderías en sí, por ejemplo, el embalaje original de los productos de marca, cualquier deficiencia constituye un defecto de calidad. Es una cuestión de calidad, ya que la condición física de las mercaderías no es la acordada<sup>63</sup>. Si el embalaje simplemente sirve para proteger las mercaderías durante el transporte del vendedor al comprador, la aplicabilidad de los arts. 46(2) y (3) CISG depende de si las mercaderías se han visto afectadas por el defecto en el embalaje<sup>64</sup>. Si la respuesta es no, no existe ningún tipo de recurso<sup>65</sup>. Sin embargo, si la mercadería ha sido dañada o destruida debido al defecto en el embalaje, esto nuevamente equivale a un defecto de calidad que puede implicar el derecho a solicitar la entrega de mercaderías sustitutivas<sup>66</sup>.

#### **ee) Solicitud oportuna**

3.15 En virtud del art. 46(2) y (3) oración 2 CISG, el comprador debe solicitar la entrega de mercaderías sustitutivas o la reparación junto con la notificación de no conformidad, con arreglo al art. 39 CISG o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. Si el vendedor tiene conocimiento de la falta de conformidad o no podría haberlo ignorado y, por lo tanto, no puede alegar que el comprador no dio el aviso correspondiente (art. 40 CISG), el plazo razonable previsto en los arts. 46(2) y (3) apartado 2 CISG comienza cuando debería haberse notificado dicha falta de conformidad<sup>67</sup>.

---

<sup>61</sup> Por ejemplo, dentro de una entrega de 40.000 libros, el 35% de los libros no tenía portada, Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) d'Orléans, 28 de febrero de 2008, 07/01189, CISG-online 5028.

<sup>62</sup> Bundesgericht (Corte Suprema de Suiza), 16 de julio de 2012, 4A\_753 / 2011, CISG-online 2371.

<sup>63</sup> Véase la argumentación del vendedor en Cour de cassation (Corte Suprema de Francia), 23 de enero de 1996, 93-16.542, CISG-online 159. En general, Schwenzler, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 35 párr. 9, para la definición de "calidad".

<sup>64</sup> Schwenzler, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 35 párr. 33; véase, por ejemplo, 湖北省 武汉 经济技术开发区 人民法院 (Tribunal Popular de la Zona de Desarrollo Económico y Tecnológico de Wuhan), 30 de junio de 2000, CISG-online 2028.

<sup>65</sup> Kröll, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 35 párr. 35. El vendedor no incumplió sus obligaciones en virtud del Art. 35 CISG, cf. idem., párr. 144.

<sup>66</sup> Kröll, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 35 párr. 144.

<sup>67</sup> Pascal Hachem, *Verjährungs- und Verwirkungsfragen bei CISG-Verträgen*, Internationales Handelsrecht 2017, 1, 3 et seq.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

3.16 Al determinar la duración de ese plazo razonable, se deben tener en cuenta y equilibrar los intereses tanto del vendedor como del comprador. Por un lado, el comprador debe disponer de tiempo suficiente para decidir qué recurso va emprender y actuar como corresponde<sup>68</sup>. Por otro lado, se debe tener en cuenta el interés del vendedor por la seguridad jurídica<sup>69</sup>. El plazo para exigir la entrega de mercaderías sustitutivas y la reparación debe coordinarse con el establecido en el art. 49(2)(b) CISG para una declaración de resolución<sup>70</sup>. Al igual que para determinar el plazo razonable en virtud del art. 39 CISG, mucho dependerá de las circunstancias del caso individual<sup>71</sup>, como la naturaleza de las mercaderías, el mercado en cuestión, etc.

3.17 Si el comprador no cumple con el límite de tiempo para exigir la entrega de mercaderías sustitutivas o la reparación, solo tendrá acceso a los derechos o remedios disponibles de otra manera, es decir, a un reclamo por daños, a la reducción de precio y a la resolución por incumplimiento esencial.<sup>72</sup>

3.18 Al final, en caso de falta de conformidad de las mercaderías, se tiene como consecuencia la siguiente secuencia habitual de plazos<sup>73</sup>: después de la entrega, el comprador debe examinar las mercaderías (art. 38 CISG), seguido de un plazo razonable para dar aviso (art. 39 CISG), tras lo cual el comprador puede exigir la entrega de mercaderías sustitutivas o la reparación dentro de un plazo razonable (arts. 46(2) y (3) apartado 2 CISG; si el comprador no lo ha hecho en su notificación de acuerdo con el art. 39 CISG), seguido nuevamente de un plazo razonable concedido al vendedor para la subsanación (art. 47(1) CISG), y únicamente después de esto, el plazo para declarar la resolución (art. 49(2)(b)(ii) CISG) comienza a correr<sup>74</sup>. Sin embargo, el comprador no está obligado a fijar ningún plazo en virtud del art. 47 CISG. En su lugar, podrá

---

<sup>68</sup> En este sentido, las partes pueden necesitar algo de tiempo para negociar las posibilidades. Véase, por ejemplo, Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) Colmar, 24 de octubre de 2000, 200002525, CISG-online 578.

<sup>69</sup> Cf., Schlechtriem, *Subsequent Performance and Delivery Deadlines – Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods* (n. 3), 93, con relación a los efectos de los límites de tiempo en los Arts. 46(2)(3) y Art. 49(2)(b) CISG.

<sup>70</sup> Esto aplica a ambos Art. 46(2) y (3) oración 2 CISG dado que la redacción de ambas disposiciones es idéntica y ambas sirven a la finalidad de la seguridad jurídica. Véase también Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párrs. 36, 50; Müller-Chen, en *Slechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 46 párrs. 33, 43; Salger, en Witz / Salger / Lorenz (n. 31), Art. 46 párr. 7.

<sup>71</sup> Hachem, *Verjährungs- und Verwirkungsfragen bei CISG-Verträgen* (n. 66), 4. Véase, en general, Opinión No. 2 del CISG-AC, *Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39*, 7 de junio de 2004, Londres (Inglaterra). Relator: Profesor Eric E. Bergsten, Emérito, Facultad de Derecho de la Universidad Pace, Nueva York, en Schwenzler (ed.) *The CISG Advisory Council Opinions* (Den Haag 2017), 39, también disponible en <http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no2/>.

<sup>72</sup> El comprador pierde el derecho a reclamar una entrega o reparación sustitutiva. Véase, en general, Handelsgericht (Tribunal de Comercio) Zürich, 17 de septiembre de 2014, HG130167-O / U, CISG-online 2656.

<sup>73</sup> Hay que tener en cuenta que se trata simplemente de una secuencia posible con muchas variantes en línea con el Art. 49(2)(b)(i)(iii) CISG.

<sup>74</sup> Hachem, *Verjährungs- und Verwirkungsfragen bei CISG-Verträgen* (n. 66), 6. Véase, por ejemplo, Sąd Apelacyjny w Białymstoku (Tribunal de Apelaciones de Białystok), 18 de marzo de 2016, I ACa 177/15, CISG-online-online 4419. Es posible, sin embargo, hacer una declaración anticipada de resolución junto con la solicitud de reparación, véase por ejemplo Kantonsgericht (Tribunal de Primera Instancia) Schaffhausen, 24 de enero de 2004, 11/1999/99, CISG-online 960. Generalmente, la declaración de resolución se puede combinar con una notificación de falta de conformidad o con un período adicional de cumplimiento, Christiana Fountoulakis, en *Slechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 26 párr. 8, con más referencias de casos.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

recurrir inmediatamente a otros remedios disponibles (Regla No. 13). En la práctica, se aconseja al vendedor que reaccione inmediatamente a la notificación del comprador en virtud del art. 39 CISG y, si está dispuesto a subsanar, ofrecerlo de conformidad con los arts. 48(2) y (3) CISG.

### ***b) Entrega de mercaderías sustitutivas (art. 46(2) CISG)***

#### **aa) Incumplimiento esencial**

**3. De conformidad con el art. 46(2) CISG, un incumplimiento esencial del contrato ocurre si las mercaderías no conformes no pueden utilizarse como está previsto y si es razonable que el comprador rechace su reparación.**

3.19 El derecho a entregar mercaderías sustitutivas en virtud del art. 46(2) CISG requiere de un incumplimiento esencial. Este requisito está en consonancia con el objetivo CISG de evitar devoluciones costosas e innecesarias de mercaderías, subyacente también a la restricción del derecho del comprador a resolver el contrato<sup>75</sup>.

3.20 En general, un incumplimiento es esencial según el art. 25 CISG si resulta en un perjuicio tal que prive sustancialmente al comprador de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato. En primer lugar, las partes pueden ponerse de acuerdo sobre lo que esperan que sea la esencia del contrato<sup>76</sup>. Si un acuerdo contractual es esencial o no es una cuestión de interpretación en virtud del art. 8 CISG<sup>77</sup>. Si la interpretación del contrato no aclara qué equivale a un incumplimiento esencial, el propósito de la venta se vuelve relevante. Por lo general, un comprador que desea utilizar las mercaderías no está interesado en revenderlas. Por lo tanto, en el caso habitual, no puede ser decisivo si las mercaderías no conformes pueden o no revenderse<sup>78</sup>. En cambio, el factor decisivo es si la mercadería es inadecuada para el uso previsto por el comprador<sup>79</sup>. Sin embargo, un comprador que se dedica al negocio de reventa está interesado en revender las mercaderías, en cuyo caso, la reventa se vuelve relevante<sup>80</sup>. En qué

---

<sup>75</sup> Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párr. 33; CNUDMI, Recopilación (n. 9), Art. 46 párr. 3, “*la resolución del contrato debería estar disponible sólo como último recurso*”. Si bien este razonamiento puede no ser convincente en el caso de un contrato EXW, es decir, donde no ha habido transporte de las mercaderías, también se requiere un incumplimiento esencial en estos casos, Opinión No. 5 del CISG-AC (n. 2), párr. 4.6.

<sup>76</sup> Por ejemplo, la edad concreta de una escultura de mármol antigua, Handelsgericht (Tribunal Comercial) Zürich, 18 de junio de 2012, HG060451, CISG-online 2660; una vida útil mínima de la pasta fresca, Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Stuttgart, 27 de noviembre de 2019, 3 U 239/18, CISG-online 5410, donde la demora en la entrega de sólo tres días resultó en un incumplimiento esencial.

<sup>77</sup> Según Schroeter, en la práctica contractual es habitual definir explícitamente determinadas obligaciones como “fundamentales” o “esenciales”, véase Ulrich Schroeter, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 25 párr. 21 n. 91. A menudo, las partes asignan características principales específicas a las mercaderías, como el concentrado de jugo de manzana sin endulzar, rollos de aluminio con un cierto grosor y proteína de soya sin modificaciones genéticas, véase Opinión No. 5 del CISG-AC, párr. 4.2 con más referencia. Véase también, *Urica, Inc. v. Pharmplast S.A.E.*, Tribunal de Distrito de EE. UU. para el Distrito Central de California, 8 de agosto de 2014, CISG-online 2952, párrs. 85-87.

<sup>78</sup> Opinión No. 5 del CISG-AC (n. 2), párr. 4.3.

<sup>79</sup> Sin embargo, es importante si el comprador puede utilizar las mercaderías de manera diferente sin gastos irrazonables, véase Opinión No. 5 del CISG-AC (n. 2), párr. 4,3 n. 34; CNUDMI, *Digest* (n. 9), Art. 25 párr. 8.

<sup>80</sup> Por ejemplo, *Kantonsgericht* (Tribunal de Primera Instancia) Schaffhausen, 27 de enero de 2004, 11/1999/99, CISG-online 960.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

medida la reventa o la no reventa causa un incumplimiento esencial es una decisión de caso por caso y se debe prestar la debida atención al equilibrio de las posibilidades e intereses del comprador y del vendedor<sup>81</sup>.

3.21 En los casos en que el vendedor, el comprador o un tercero pueden subsanar los defectos en las mercaderías mediante reparación, normalmente no existe un incumplimiento esencial<sup>82</sup>. El comprador está limitado a exigir reparaciones en virtud del art. 46(3) CISG o reclamar el pago de daños y perjuicios y una reducción del precio de compra. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, la mera posibilidad de reparación no obstaculiza la condición de fundamental del incumplimiento. En tales circunstancias excepcionales, el incumplimiento se vuelve esencial si es razonable que el comprador rechace la reparación. Un ejemplo de denegación razonable de reparación es cuando la entrega oportuna de mercaderías conformes es la esencia del contrato. La importancia práctica de este ejemplo es cuestionable en relación con el art. 46(2) CISG: si el tiempo es esencial, el comprador normalmente no solicitará la entrega de mercadería sustitutivas, sino que recurrirá a otro remedio<sup>83</sup>.

3.22 En general, si las mercaderías son utilizables por el comprador, no existe un incumplimiento esencial<sup>84</sup>. El comprador tendrá acceso solo a los derechos o acciones de reparación (art. 46(3) CISG)<sup>85</sup>, reclamo por pago de daños (art. 74 CISG) o reducción del precio de compra (art. 50 CISG)<sup>86</sup>. Incluso si la reparación no es posible pero la mercadería todavía se puede utilizar, no hay necesariamente un incumplimiento esencial<sup>87</sup>.

#### **bb) No diferenciación entre mercaderías genéricas y específicas**

3.23 Se cuestiona la aplicación del art. 46(2) CISG en el caso de mercaderías específicas. La visión tradicional en los ordenamientos jurídicos germánicos es que la entrega de mercaderías sustitutivas sólo puede considerarse en casos de defectos de calidad<sup>88</sup> y cuando se hayan

---

<sup>81</sup> Si las mercaderías no se pueden revender del todo, el incumplimiento es generalmente esencial. Si el defecto no obstaculiza la reventa, la cuestión decisiva es si "*se puede esperar razonablemente la reventa del comprador individual en [su] curso normal de negocios*". Opinión No. 5 del CISG-AC (n. 2), párr. 4.3.

<sup>82</sup> Opinión No. 5 del CISG-AC (n. 2), párr. 4.4 n. 41; Schroeter, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 25 párr. 50. A la luz del Art. 48 CISG, el Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Koblenz decidió que la voluntad del vendedor de subsanar el defecto también es decisiva para determinar si un incumplimiento es esencial o no, Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Koblenz, 31 de enero de 1997, 2 U 31/96, CISG-online 256. Véase también CNUDMI, *Digest* (n. 9), Art. 46 párr. 14.

<sup>83</sup> Véase los comentarios sobre la Regla No. 11 sobre la importancia de que el tiempo sea esencial para un incumplimiento esencial.

<sup>84</sup> CNUDMI, *Digest* (n. 9), Art. 46 párr. 13. Se debe trazar la línea donde el uso sería una carga irrazonable, véase Schroeter, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 25 párr. 54.

<sup>85</sup> Véase, por ejemplo, Landgericht (Tribunal de Distrito) Stade, 16 de abril de 2015, 5 O 122/14, CISG-online 2668.

<sup>86</sup> Por ejemplo, el Tribunal Federal de Arbitraje del Área del Cáucaso Norte, Krasnodor, 3 de octubre de 2011, A63-4588 / 2010, CISG-online 2518, donde el tribunal no discutió el carácter esencial del incumplimiento, sino que invocó el hecho que el vendedor no iniciara la reparación en el plazo razonable al conceder el Art. 50 CISG.

<sup>87</sup> Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 3 de abril de 1996, VIII ZR 51/95, CISG-online 135; Kantonsgericht (Tribunal de Primera Instancia) Zug, 30 de agosto de 2007, A3 2006 79, CISG-online 1722.

<sup>88</sup> Peter Schlechtriem / Ulrich Schroeter, *Internationales UN-Kaufrecht* (6a ed., Tübingen 2016), párr. 455.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

entregado mercaderías de otro tipo<sup>89</sup>; por lo tanto, casi exclusivamente en el caso de mercadería genéricas. Si el contrato se relaciona con un objeto específico, normalmente no se debe esperar la entrega de mercadería sustitutivas por parte del vendedor.<sup>90</sup> El argumento es que, en el caso de los objetos específicos, la acción de reparación del art. 46(2) CISG no puede utilizarse para ampliar las obligaciones del vendedor, que se limitan a los objetos específicos<sup>91</sup>. Sin embargo, es más convincente no diferenciar categóricamente entre mercaderías genéricas y específicas. Más bien, la posibilidad de sustitución de las mercaderías y los intereses de las partes deben orientar la aplicación del art. 46(2) CISG<sup>92</sup>. Primero, la CISG desconoce la distinción entre mercaderías genéricas y específicas; la redacción del art. 46(2) CISG tampoco distingue entre mercaderías genéricas y específicas. Sin embargo, el art. 42 de la ULIS diferenciaba explícitamente entre mercaderías genéricas y específicas<sup>93</sup>. Con estos antecedentes, la omisión en el art. 46(2) CISG debe haber sido intencional. En segundo lugar, la diferenciación entre mercaderías genéricas y específicas puede causar dificultades; por ejemplo, cuando ya no se produce la categoría de mercadería específica<sup>94</sup>. Por otro lado, la diferenciación entre entrega de mercaderías sustitutivas y reparación puede ser difícil; por ejemplo, reparar las partes importantes de una mercadería mediante la entrega de sustituciones de estas partes<sup>95</sup>. Por lo tanto, favorecer categóricamente la reparación sobre la entrega de mercaderías sustitutivas no funciona. Por último, la diferenciación entre mercaderías genéricas y específicas y la exclusión de la entrega de mercaderías sustitutivas en el caso de mercaderías específicas es un enfoque tradicional del derecho civil alemán<sup>96</sup>. Sin embargo, incluso el Tribunal Supremo alemán no aplica categóricamente este enfoque, sino que diferencia en la práctica y presta mucha atención a los intereses de las partes<sup>97</sup>.

3.24 Por lo tanto, un enfoque más práctico consiste en basarse en una interpretación del contrato y determinar la sustituibilidad de las mercaderías. La evaluación de si el art. 46(2) CISG es útil

---

<sup>89</sup> Anton K. Schnyder / Ralf M. Straub, en Heinrich Honsell (ed.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (2a ed., Viena 2010), Art. 46 párr. 18.

<sup>90</sup> En circunstancias excepcionales el Art. 46(2) CISG puede aplicarse a objetos identificados. Este es, por ejemplo, el caso de una entrega *aliud*, es decir, se entregó el objeto incorrecto, Magnus, en *Staudinger BGB* (n. 32), Art. 46 párr. 34, y donde las partes celebraron un nuevo contrato, Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párr. 37.

<sup>91</sup> Felix Hartmann, *Beck'scher Online Großkommentar BGB* (n. 43) Art. 46 párr. 31.1.

<sup>92</sup> En esta dirección Claus-Wilhelm Canaris, *Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf*, *JuristenZeitung*, 2003, 831, 834.

<sup>93</sup> Ya el Proyecto de Convención de 1976 abolió esta referencia en su redacción del Art. 27(2), ahora Art. 46(2) CISG.

<sup>94</sup> Esto ocurre en algunos de los casos contra Volkswagen, donde el vendedor alega que la categoría de automóviles identificada ya no se produce y, por lo tanto, es imposible sustituir las mercaderías. En Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), orden indicativa del 8 de enero de 2019, VIII ZR 225/17, la Corte desestimó este argumento.

<sup>95</sup> Georg Bitter, *Der Nachlieferungsanspruch beim Stück-, Vorrats- und Gattungskauf in Sachmängelfällen sowie beim Untergang der Sache*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, 1881, 1885, sobre el derecho alemán.

<sup>96</sup> Los académicos argumentan que sería imposible bajo la Sec. 275 (1) BGB alemán entregar mercaderías sustitutivas en caso de bienes identificados, ya que el vendedor sólo está obligado a entregar el objeto identificado, véase, por ejemplo, Thomas Ackermann, *Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers*, *JuristenZeitung* 2002, 378.

<sup>97</sup> Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), orden indicativa del 8 de enero de 2019, VIII ZR 225/17.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

y apropiado debe guiarse por las intenciones e intereses de las partes<sup>98</sup>. Este enfoque está en consonancia con el historial de redacción de la CISG: no sólo la naturaleza de las mercaderías, sino especialmente su posibilidad de sustitución, llevó a los redactores a diferenciar entre reparación y entrega de mercaderías sustitutivas<sup>99</sup>.

#### cc) Exclusión del art. 46(2) CISG

3.25 El derecho del comprador a solicitar la entrega de mercaderías sustitutivas se excluye en el caso ordinario cuando el comprador no puede hacer la sustitución de las mercaderías recibidas inicialmente (Norma No. 4) y si la entrega de mercaderías sustitutivas es desproporcionada, con respecto a todas las circunstancias (Norma No. 5).

<b>4. Un comprador que exija la entrega de mercaderías sustitutivas está sujeto al art. 82 CISG.</b>
--

3.26 Aunque el título de la Sección V, incluido el art. 82 CISG, es “*Efectos de la resolución*”, esta disposición se aplica también a la entrega de mercaderías sustitutivas. La clara redacción del art. 82 CISG exige su aplicación y, en algunos casos, establece una exclusión del art. 46(2) CISG. De acuerdo con el art. 82(1) CISG “[e]l comprador pierde el derecho de [...] exigirle al vendedor que entregue mercaderías en sustitución si le es imposible restituir las mercaderías sustancialmente en el estado en que las recibió”<sup>100</sup>. El art. 82 CISG se basa en la idea de que la restitución es la “*consecuencia natural*”<sup>101</sup> de la entrega de mercaderías sustitutivas. La redacción no requiere la restitución de las mercaderías en exactamente las mismas condiciones<sup>102</sup>. Sólo si el cambio en el estado de las mercaderías es de tal importancia que ya no sería adecuado exigirle al vendedor que retome las mercaderías como el equivalente de lo que había entregado al comprador, el comprador no cumple con su obligación<sup>103</sup>. Cuando las mercaderías perecen entre la solicitud de sustitución del comprador y la entrega de las mercaderías sustitutivas, no se excluye el reclamo del comprador por mercaderías sustitutivas, pero el comprador puede ser responsable de los daños.<sup>104</sup>

<sup>98</sup> Diferente a Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), orden indicativa del 8 de enero de 2019, VIII ZR 225/17, los tribunales que aplican el Art. 46(2) CISG deberían interpretar las intenciones de las partes para aclarar si el Art. 46(2) CISG es el derecho o la acción apropiado. Véase también en detalle Yeşim Atamer, *Replacement of non-conforming goods ‘free of charge’: is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?*, Revisión de la Ley Uniforme 2020, 20 *et seq.*

<sup>99</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 337 párrs. 52 *et seq.*

<sup>100</sup> Pero véase las excepciones en el Art. 82 (2) CISG.

<sup>101</sup> *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 67 párr. 2.

<sup>102</sup> Especialmente, si el mero uso por parte del comprador no cumple con el Art. 82(1) CISG, por ejemplo, Sąd Najwyższy (Corte Suprema de Polonia), 13 de septiembre de 2017, IV CSK 662/16, CISG-online 4269. Sin embargo, si las mercaderías son procesadas, Art. 82 (1) CISG, por ejemplo, Tribunale di (Tribunal de Distrito) Modena, 19 de febrero de 2014, 2340/2006, CISG-online 2751, si no el Art. 82 (2) (c) CISG aplica.

<sup>103</sup> *Comentario de las Secretarías* (n. 11), Art. 67 párr. 3.

<sup>104</sup> Pero también aquí, las expectativas del Art. 82 (2) CISG aplican. Véase, en general, sobre la asignación del riesgo, el período entre la resolución y la nueva entrega de la Opinión No. 9 del CISG-AC, *Consequences of Avoidance of the Contract*, 15 de noviembre de 2008, Tokio (Japón). Relator: Profesor Michael Bridge, Escuela de Economía de Londres, Londres, Reino Unido, en Schwenzler (ed.) *The CISG Advisory Council Opinions* (Den Haag 2017), 101, 110-111 párr. 3.18, también disponible en <http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no9/>.

**5. El comprador no tiene derecho a exigir la entrega de mercaderías sustitutivas si, teniendo en cuenta todas las circunstancias, esto fuere desproporcionado.**

3.27 Mientras que el art. 46(3) CISG se refiere a la razonabilidad para equilibrar los intereses de ambas partes, no existe tal requisito en el art. 46(2) CISG. El historial de redacción del art. 46(2) CISG no aborda la desproporcionalidad. Los redactores discutieron si era cabía reducir el umbral para la entrega sustitutiva al reemplazar la fundamentabilidad con la mera razonabilidad de la sustitución<sup>105</sup>. Sin embargo, no discutieron si, además del requisito previo de un incumplimiento esencial, la desproporcionalidad general puede obstaculizar el reclamo en virtud del art. 46(2) CISG. Este enfoque parece útil y está en consonancia con el propósito principal de la Convención en el art. 46(2) CISG de ahorrar los costos de transporte del vendedor cuando superan el interés del comprador en recibir mercaderías conformes<sup>106</sup>. De manera más general, este propósito requiere definir los intereses de ambas partes y sopesarlos entre sí<sup>107</sup>.

3.28 Los casos en los que la entrega de mercaderías sustitutivas no es razonable pueden incluir un sustituto que no esté disponible, que sólo esté disponible a costos muy altos, o que constituya una actualización<sup>108</sup>. La Regla No. 5 satisface este requisito general con respecto a la entrega de mercaderías sustitutivas. El enfoque de equilibrar los intereses de ambas partes es similar al de los arts. 46(3) y 48 CISG, y ambos requieren que la acción sea razonable dadas las circunstancias del caso<sup>109</sup>. Además, puede surgir la cuestión de si una cláusula que introduce un límite por daños en un contrato de compraventa se aplica a la entrega de sustitutos, por lo que podría excluir el art. 46(2) CISG si los costos de sustitución superan el límite<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> Una propuesta conjunta de Finlandia, la República Federal de Alemania, Noruega y Suecia establecía que: "Si las mercaderías no se ajustan al contrato, el comprador puede exigir al vendedor que repare la falta de conformidad mediante reparación, a menos que esto no sea razonablemente factible para el vendedor. La solicitud de reparación debe realizarse junto con el aviso dado en virtud del art. 37 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento". *Documentos Oficiales* (n. 10), 112 B No. 3 (viii). La propuesta fue rechazada con el argumento de que la entrega sustitutiva genera consecuencias económicas similares a la resolución, es decir, costos de transporte de restitución, y por lo tanto debe tratarse de manera similar. La reparación, sin embargo, es diferente en este sentido, *Documentos Oficiales* (n. 10), 337.

<sup>106</sup> Cfr., *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 42 párr. 12.

<sup>107</sup> Basándose en un principio general de que "la ley no debe fomentar un comportamiento económicamente irracional", Atamer llega a una conclusión similar, Atamer, *Replacement of non-conforming goods 'free of charge': is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?* (n. 97), 9.

<sup>108</sup> Alternativamente, otros estudiosos sugieren una interpretación del Art. 46(2) CISG en paralelo al Art. 79 CISG argumentando que esta disposición otorga al comprador el derecho de insistir en el cumplimiento siempre que exista un sustituto comercialmente viable y este sustituto no difiera sustancialmente de la obligación original, Atamer, *Replacement of non-conforming goods 'free of charge': is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?* (n. 97), 22.

<sup>109</sup> Es posible que desee aplicar el Art. 46(3) CISG por analogía, teniendo en cuenta que el historial de redacción del Art. 46(2) CISG revela una brecha inconsciente. El argumento planteado en el historial de redacción de que la entrega y la reparación de sustitutos difieren en su enfoque de los costos de transporte no son importantes en este sentido. Sin embargo, una interpretación amplia del propósito del Art. 46(2) CISG lleva a la misma conclusión.

<sup>110</sup> El Problema del Arbitraje Comercial Internacional Simulado 27/17 Willem C. Vis (Este) abordó este tema.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

3.29 Al examinar la proporcionalidad en el art. 46(2) de la CISG, los criterios decisivos pueden ser la posición del vendedor y su capacidad para sustituir las mercaderías<sup>111</sup>, los costos de sustitución, la naturaleza de las mercaderías y su sustituibilidad general<sup>112</sup>, y los intereses de las partes en la subsanación<sup>113</sup>. La evaluación debe ser objetiva. En cuanto a los costos de sustitución, un límite a los daños puede, en algunos casos, orientar dicha evaluación. Si el contrato de las partes establece un límite para los daños, es posible que las partes hayan tenido la intención de limitar los costos de las subsanaciones, incluida la entrega de mercaderías de sustitución, a ese monto. Por ejemplo, si la entrega de mercaderías de sustitución requiere que el vendedor produzca bienes por un monto de 28 millones, pero el contrato limita los daños a 20 millones, es cuestionable si este límite hace que la entrega de mercaderías sustitutivas sea desproporcionada<sup>114</sup>. El resultado dependerá de la redacción del contrato y de la intención de las partes de llegar a un acuerdo sobre el límite. Por lo tanto, sigue siendo una cuestión de interpretación del contrato.

*c) Reparación (art. 46(3) CISG)*

**6. El comprador puede exigir al vendedor que repare las mercaderías para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable. Para determinar si la reparación por parte del vendedor es razonable o no, se debe tener en cuenta lo siguiente:**

**a. si el comprador se encuentra en mejores condiciones para coordinar la reparación de las mercaderías;**

**b. si el vendedor ofrece anticipar los costos de la reparación a cargo del comprador o un tercero;**

**c. si la reparación impone al vendedor costos desproporcionados a la pérdida o beneficio real o futuro del comprador.**

3.30 Bajo el art. 46(3) CISG, el comprador puede exigirle al vendedor que subsane la falta de conformidad mediante reparación. Este derecho de reparación existe "*a menos que no sea razonable teniendo en cuenta todas las circunstancias*"<sup>115</sup>. Para determinar si la subsanación

<sup>111</sup> Por lo general, no habrá indulgencia si el vendedor fabrica las mercaderías.

<sup>112</sup> Cfr., Supra en los párrs. 3.20 *et seq.*

<sup>113</sup> Sin embargo, no se puede escuchar al vendedor con el mero argumento de que debe entregar nuevos productos para cumplir con su obligación en virtud del Art. 46(2) CISG.

<sup>114</sup> Una vez más, véase, por ejemplo, el Problema del Arbitraje Comercial Internacional Simulado 27/17 Willem C. Vis (Este).

<sup>115</sup> Artículo 46(3) CISG. Para un resumen de los factores decisivos para la razonabilidad, cf. Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 46 párr. 40.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

por parte del vendedor es irrazonable, las normas de los literales a-c están destinadas a ayudar a equilibrar los intereses de ambas partes<sup>116</sup>.

3.31 De acuerdo con la Regla 6 literal a, la reparación puede no ser razonable si el comprador está en mejores condiciones para organizar dicha reparación. El comprador puede estar en una mejor posición si el comprador o un tercero puede eliminar fácilmente la falta de conformidad y, por ejemplo, si el vendedor no puede reparar las mercaderías porque no es el fabricante, sino sólo un intermediario de dichas mercaderías<sup>117</sup>, o si la reparación es técnicamente demasiado compleja para el vendedor<sup>118</sup>, si el vendedor no mantiene los servicios de reparación por sí mismo o si no tiene acceso a terceros que puedan reparar las mercaderías<sup>119</sup>. Además, si la reparación por parte del propio comprador o de un tercero es menos costosa que la reparación por parte del vendedor<sup>120</sup>, el comprador puede estar en mejores condiciones para reparar las mercaderías.

3.32 Conforme a la Regla 6 literal b, la oferta del vendedor de anticipar los costos de reparación por parte del comprador o de un tercero puede hacer que la reparación por parte del vendedor sea irrazonable. Esta consideración está estrechamente relacionada con la Regla 6 literal a, ya que el comprador a menudo estará en mejores condiciones para organizar la reparación si tiene todos los recursos monetarios necesarios para ello.

3.33 La Regla 6 literal c sopesa los costos de reparación impuestos al vendedor con la pérdida o beneficio real o eventual para el comprador<sup>121</sup>. Al determinar la pérdida del comprador, deben tenerse en cuenta los principios generales para el cálculo de daños<sup>122</sup>. El famoso caso English

---

<sup>116</sup> Cfr., Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 46 párr. 40, para el requisito de equilibrar los intereses del comprador con los del vendedor.

<sup>117</sup> Salger, en Witz / Salger / Lorenz (n. 31), Art. 46 párr. 8; Véase también Michael Will, en Cesare M. Bianca / Michael J. Bonell, (eds.), *Commentary on the International Sales Law* (Milán 1987), Art. 46 párr. 2.2.2.2; Magnus, en Staudinger BGB (n. 32), Art. 46 párr. 62.

<sup>118</sup> Cfr. Schelchtriem / Schroeter (n. 87), párr. 461, sobre dificultades técnicas.

<sup>119</sup> Véanse, por ejemplo, los alegatos del vendedor en la Comisión de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China, 21 de octubre de 2002, CISG / 2002/16, CISG-online 1557, aunque el vendedor no pudo realizar su presentación. Cf., adicionalmente Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párr. 48. En general, los *travaux préparatoires* se refieren a la naturaleza de los productos que orientan la cuestión de la razonabilidad, *Documentos Oficiales* (n. 10), 335 párr. 20.

<sup>120</sup> Sin embargo, el mero hecho de que la reparación por parte del vendedor sea costosa no hace que la reparación sea irrazonable, véase Kantonsgericht (Tribunal de Primera Instancia) Schaffhausen, 27 de enero de 2004, 11/1999/99, CISG-online 960. Se disputa la correlación de los costos de reparación con el precio de compra, véase Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 46 párr. 40 n. 109 para ambas opiniones. Además, los *travaux préparatoires* establecen que el vendedor no puede rechazar la reparación simplemente con el argumento de que es costosa, *Documentos Oficiales* (n. 10), 335 párr. 19.

<sup>121</sup> Cfr. Schlechtriem / Schroeter (n. 87), párr. 461, generalmente sobre la irracionalidad ocasionada por los costos Hartmann, *Beck'scher Online Großkommentar BGB* (n. 43), Art. 46 párr. 63, para obtener una descripción general de las diferentes opiniones sobre cómo equilibrar los costos del vendedor y la pérdida (potencial) del comprador.

<sup>122</sup> Para los principios generales sobre el cálculo de daños de conformidad con la CISG, véase Opinión No. 6 *Calculation of Damages under CISG Article 74*, 2006, Estocolmo (Suecia), Relator: Profesor John Y. Gotanda, Presidente de la Hawai'i Pacific University, Hawai'i, EE. UU., en Schwenzler (ed.), *The CISG Advisory Council Opinions* (Den Haag 2017), 125 *et seq.*, También disponible en <http://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no6/>.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

de Ruxley<sup>123</sup> puede servir de ejemplo. El obligado estaba destinado a construir una piscina de siete pies y seis pulgadas de profundidad, pero fue construida a sólo seis pies. La piscina era segura para bucear y el propietario nunca tuvo la intención de colocar un trampolín. Por lo tanto, subsanar el defecto no habría sido razonable<sup>124</sup>. Allí, se rechazó la demanda por daños y perjuicios por los costos de subsanar el defecto; en cambio, se concedió un reclamo por pago de daños y perjuicios por pérdida de "amenidad". Las mismas consideraciones pueden introducirse bajo el principio general de mitigación de daños de la CISG, tal como se establece en el art. 77 CISG. En consecuencia, el art. 77 CISG debe aplicarse por analogía al definir la razonabilidad en el sentido del art. 46(3) CISG<sup>125</sup>. Si el comprador contratara a un tercero para reparar las mercaderías y reclamara los costos incurridos como daños, habría que preguntarse si el comprador ha mitigado adecuadamente su pérdida<sup>126</sup>. Para ilustrarlo, deben tenerse en cuenta las posibles alternativas a las que se enfrenta el comprador en el escenario del art. 46(3) CISG. Si una compra de remplazo es menos costosa que reparar las mercaderías no conformes, el vendedor puede rechazar la reparación. En cualquier caso, el comprador no tendrá derecho a reclamar el costo total de la reparación de las mercaderías. En cambio, el comprador sólo tendría derecho a una compensación por los costos de la compra de remplazo. Si las mercaderías son utilizables como se pretendía inicialmente, pero aún pueden fallar en algún momento futuro<sup>127</sup>, el principio de mitigación puede requerir que el comprador posponga cualquier acción hasta que ocurra el fallo real de las mercaderías<sup>128</sup>. Si el comprador tiene que posponer alguna acción o no, dependerá de la probabilidad de que ocurra la falla, así como de las consecuencias de una falla de la mercadería. ¿Causará dicha falla daños personales a los consumidores, daños a la propiedad, pérdidas meramente económicas, ninguna pérdida u otras consecuencias negativas en absoluto? Al menos en el último caso, no parece razonable exigirle al vendedor que repare las mercaderías antes de que fallen.

---

<sup>123</sup> Ruxley Electronics and Construction Limited (Apelantes) contra Forsyth (Demandado), 29 de junio de 1995, [1995] 3 Todos ER 268, [1996] AC 344, [1995] 3 WLR 118, [1995] CLC 905, [1995] UKHL 8 .

<sup>124</sup> Subsana el defecto habría significado construir una nueva piscina. También en este caso, se podría argumentar que la reparación de la piscina por parte del comprador y el siguiente reclamo por daños no es razonable en virtud del Art. 77 CISG. Véase a este respecto Ingeborg Schwenger / Pascal Hachem, *The Scope of the CISG Provisions on Damages*, en Djokhongir Saidov / Ralph Cunningham (eds.), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives* (Londres 2008), 91, 96.

<sup>125</sup> No es necesario discutir aquí si el Art. 77 CISG puede aplicarse a la subsanación de un cumplimiento específico en general o si debe limitarse a reducir un reclamo por daños. En general, para la aplicación del Art. 77 CISG para otros derechos o acciones distintos al reclamo de pago por daños, véase Schwenger, en *Schlechtriem & Schwenger* (n. 4), Art. 77 párrs. 4-5.

<sup>126</sup> Lo mismo aplica cuando el comprador ha reparado las mercaderías por sí mismo y reclama pago por daños para compensar los costos de reparación. Cfr. Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 24 de septiembre de 2014, VIII ZR 394/12, CISG-online 2545 (no concede el reclamo por daños y perjuicios); OLG Graz, 22 de noviembre de 2012, CISG-online 2459; Arbitraje ad hoc, 10 de noviembre de 2010, CISG-online 2154; Michael Bridge, *Curing a Seller's Defective Thder or Delivery of Goods in Commercial Sales*, en Andrea Büchler / Markus Müller-Chen (eds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenger* (Berna 2011), 221, 232; Honnold / Flechtner (n. 8), párr. 296.1.

<sup>127</sup> Por ejemplo, cuando el vendedor está obligado a producir y entregar 1.000 detectores de incendios para venderlos a consumidores privados, 50 detectores no funcionaron y es incierto si más detectores dejarán de funcionar.

<sup>128</sup> Sin embargo, esto está sujeto a la posible amenaza de que el plazo de prescripción aplicable prescriba el reclamo del comprador.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

3.34 Al final, la razonabilidad sigue siendo una cuestión que debe decidirse caso por caso<sup>129</sup>. Sólo si la reparación es imposible, claramente no es razonable<sup>130</sup>.

#### **d) Consecuencias**

3.35 Como consecuencia del derecho del comprador a solicitar la entrega o la reparación de mercaderías sustitutivas, surgen aspectos adicionales de costos, reensamblaje, aspectos detallados de restitución, incluidos beneficios y mejoras, la aplicación de los arts. 38, 39 y 43 CISG, el lugar de la entrega de las mercaderías sustitutivas y de la reparación, así como el derecho a suspender el cumplimiento.

#### **aa) Costos de envío y reparación de mercaderías sustitutivas**

3.36 En general, los costos de reparación y envío de mercaderías sustitutivas corren por cuenta del vendedor<sup>131</sup>. Estos costos son, entre otros, costos de materiales y personal<sup>132</sup>, costos de coordinación de la reparación o entrega de las mercaderías sustitutivas<sup>133</sup>, o costos de flete<sup>134</sup>. Aunque la redacción de los arts. 46(2) y (3) CISG no incluye estos costos, tanto la jurisprudencia como los académicos coinciden en que deben ser asumidos, en principio, por el vendedor. La jurisprudencia y los académicos difieren, sin embargo, en su razonamiento. Algunos se refieren a la redacción y al propósito del art. 48(1) CISG<sup>135</sup>, otros a la disponibilidad de un reclamo por daños y perjuicios en virtud del art. 45(1)(b) y (2) CISG<sup>136</sup>. En lo que respecta al art. 48(1) CISG, el vendedor corre con los gastos en caso de reparación o entrega de mercaderías sustitutivas ofrecidas por él mismo<sup>137</sup>. Este debe ser el caso *a fortiori* con arreglo

<sup>129</sup> Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párr. 46.

<sup>130</sup> Cfr. Landgericht (Tribunal de Distrito) Landsberg am Lech, 21 de junio de 2006, 1 C 1025/06, CISG-online 1460. El comprador, es decir, el demandante, demostró que la reparación era imposible. Sin embargo, dado que el vendedor no pudo reparar en dos ocasiones, el tribunal dictaminó que estas fallas son suficientes para hacer que cualquier reparación adicional sea irrazonable. Por tanto, no se pronunció sobre la supuesta imposibilidad.

<sup>131</sup> Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Graz, 22 de noviembre de 2012, 3 R 192 / 12y, CISG-online 2459 sobre costos de reparación, seguido y parcialmente confirmado por Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Graz, 13 de junio de 2013, 3 R 100 / 13w CISG-online 2458; Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Hamm, 9 de junio de 1995, 11 U 191/94, CISG-online 146, sobre la entrega de productos de remplazo; Atamer, *Replacement of non-conforming goods 'free of charge': is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?* (n. 97), 1; Hartmann, *Beck'scher Online Großkommentar BGB* (n. 43), Art. 46 párrs. 49, 65.

<sup>132</sup> Por ejemplo, en China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 31 de mayo de 2006, CISG / 2006/01, CISG-online 1454, el tribunal dictaminó que se incluirían los costos de "*Partes totales*" y "*cargos laborales*". Cfr., También Polimeles Protodikio Athinon (Tribunal de Primera Instancia Multinomial de Atenas), 2009, 4505/2009, CISG-online 2228.

<sup>133</sup> Landgericht (Tribunal de Distrito) Stade, 15 de mayo de 2014, 8 O 70/13, CISG-online 2988.

<sup>134</sup> Cfr. Landgericht (Tribunal de Distrito) Oldenburg, 9 de noviembre de 1994, 12 O 674/93, CISG-online 114.

<sup>135</sup> Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Hamm, 9 de junio de 1995, 11 U 191/94, CISG-online 146; véase también Atamer, *Replacement of non-conforming goods 'free of charge': is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?* (n. 97), 7 sobre la discusión de la naturaleza jurídica del reclamo. Algunos académicos se refieren además a un principio general subyacente al Art. 48(1), según el Art. 7(2) CISG, Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 46 párr. 42; Huber, en Huber / Mullis (n. 59), 203.

<sup>136</sup> Landgericht (Tribunal de Distrito) Stade, 15 de mayo de 2014, 8 O 70/13, CISG-online 2988; Landgericht (Tribunal de Distrito) Zweibrücken, 19 de marzo de 2010, 6 HK. O 13/03, CISG-online 2794; Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Graz, 22 de noviembre de 2012, 3 R 192 / 12y, CISG-online 2459 sobre costos de reparación; Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional de China (CIETAC), 31 de mayo de 2006, CISG / 2006/01, CISG-online 1454; Hartmann, *Beck'scher Online Großkommentar BGB* (n. 43), Art. 46 párrs. 49, 65.

<sup>137</sup> Hartmann, *Beck'scher Online Großkommentar BGB* (n. 43), Art. 48 párr. 25.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

al art. 46 CISG. El reclamo por daños y perjuicios se basa en los arts. 74 *et seq.*<sup>138</sup>, incluido el art. 77 CISG<sup>139</sup>.

#### bb) Costos de reensamblaje

**7. Si las mercaderías han sido combinadas con otras o han sido instaladas, los costos de reensamblaje pueden recuperarse como daños y perjuicios y, en general, no se encuentran a cargo del vendedor como parte de su obligación de subsanar la falta de conformidad con la entrega de mercaderías sustitutivas o su reparación. Sin embargo, si en un contrato mixto el vendedor también ha asumido la obligación de combinar o instalar las mercaderías, los costos de reensamblaje corren por cuenta del vendedor como parte de su obligación de subsanar la falta de conformidad con la entrega de mercaderías sustitutivas o su reparación.**

3.37 En caso de reparación o entrega de mercaderías sustitutivas incorporadas, se producen costos adicionales debido al reensamblaje. La remoción de las mercaderías incorporadas no conformes y la reinstalación de mercaderías conformes generan costos adicionales<sup>140</sup>. El reensamblaje y la instalación se refieren a todo tipo de acciones que implementan las mercaderías para que estén listas para su uso. La definición de reensamblaje e instalación en esta Opinión es amplia.

3.38 Aunque no fue regido por la CISG, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en virtud de la Directiva sobre ventas al consumidor<sup>141</sup> dictaminó en un caso que el vendedor responsable de la falta de conformidad de las mercaderías también debe asumir los costos de reensamblaje<sup>142</sup>. El caso ante el TJUE trataba de una relación B2C, pero llevó al legislador

<sup>138</sup> Por ejemplo, en China International Economic & Trade Arbitration Commission (CIETAC), 31 de mayo de 2006, CISG / 2006/01, CISG-online 1454. Cf., Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) Reims, 30 de junio de 2015, 13/02339, CISG-online 2703, donde parece que el tribunal basó el reclamo de reembolso de los gastos de transporte, que inicialmente debía ser asumido por el comprador, en los Arts. 74, 46(2) CISG, aunque no se solicitó una entrega sustitutiva, sino la reducción de precio en virtud del Art. 50 CISG.

<sup>139</sup> Cfr., Polimeles Protodikio Athinon (Tribunal de Primera Instancia Multinomial de Atenas), 2009, 4505/2009, CISG-online 2228.

<sup>140</sup> Por ejemplo, en el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de Alemania), 21 de diciembre de 2011, VIII ZR 70/08, el precio inicial de los productos, baldosas, era de 1,190 EUR. No estaban en conformidad con el contrato y debían ser retirados. El comprador reclamó daños y perjuicios por un valor de 5,830 EUR por baldosas nuevas y reensamblaje. Antes del Bundesgerichtshof, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ocupó de este caso *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer* (C-65/09) e *Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH* (C-87/09), Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, 16 de junio de 2011.

<sup>141</sup> Directiva 1999/44 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta de bienes de consumo y garantías asociadas, sustituida por la Directiva 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de mayo de 2019.

<sup>142</sup> *Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer* (C-65/09) e *Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH* (C-87/09), Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, 16 de junio de 2011. El argumento se basó principalmente en la redacción del Art. 3 (3) Directiva 1999/44 / CE, que otorga al consumidor el derecho de exigir al vendedor que repare las mercaderías o las reemplace sin cargo alguno, a menos que sea imposible o desproporcionado, párr. 45. Se llegó a la misma conclusión con respecto a la legislación sueca en un caso reciente de la Corte Suprema de Suecia, *Högsta domstolen* (Corte Suprema de Suecia), 17 de julio de 2018, NJA 2018 s. 653. El caso se refería a un contrato de servicios en el que un contratista realizó una instalación inadecuada de tuberías en un piso que luego otro contratista contratado por el comprador rellenó con concreto. El contratista tuvo que pagar los costos de romper el piso, reinstalar las tuberías y colar el nuevo piso de concreto. En una venta de bienes de conformidad

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

alemán a revisar las disposiciones del BGB alemán en 2016, aplicables a los contratos B2C y B2B<sup>143</sup>. Podría decirse que la enmienda se basó en el hecho de que limitar la aplicación de la sentencia del TJUE a los contratos B2C podría eventualmente excluir a los proveedores de servicios que enfrentan reclamos de consumidores para recuperar daños y perjuicios del minorista, a la luz del principio de falla aplicable en la ley alemana<sup>144</sup>.

3.39 Estas consideraciones no tienen ninguna relación con la CISG. Según el principio de responsabilidad objetiva de la CISG, el vendedor de la mercadería es responsable de cualquier incumplimiento. No está exento en virtud del art. 79 CISG si la falta de conformidad debe atribuirse a su proveedor o al fabricante de las mercaderías<sup>145</sup>. El principio de compensación plena de los arts. 74 CISG *et seq.* puede abarcar el reclamo por daños y perjuicios que cubran los costos de reensamblaje e instalación<sup>146</sup>. Este reclamo de daños requiere, en primer lugar, la previsibilidad de los daños resultantes como posible consecuencia del incumplimiento<sup>147</sup>. La cuestión decisiva es qué debería haber previsto una persona razonable en los zapatos del promitente y consciente de las circunstancias al momento de la celebración del contrato<sup>148</sup>. Por lo tanto, el vendedor debe haber previsto el reensamblaje y la instalación. Por ejemplo, en una venta de tuberías que pueden utilizarse de muchas formas diferentes, es muy cuestionable si el vendedor previó o debió haber previsto que las tuberías se utilizarían, en un caso en particular, en un sitio de construcción bajo el agua. Sin haber proporcionado información adicional, es

---

con la legislación sueca, así como con la legislación danesa y noruega, esto se consideraría como costos de reparación.

<sup>143</sup> Deutscher Bundestag, Drucksache 18/8486. La disposición revisada en la Sec. 439 (3) BGB está vigente desde el 1 de enero de 2018. El legislador alemán optó por aplicar la revisión también a los contratos comerciales para garantizar el derecho a la reparación, Deutscher Bundestag, Drucksache 18/8486, 39.

<sup>144</sup> De acuerdo con el principio de responsabilidad de la legislación alemana, el vendedor, como minorista, no suele ser responsable de un incumplimiento causado por el fabricante. La acción legislativa se percibe de manera diferente: algunos autores acogen con satisfacción el paso, especialmente en lo que respecta a un análisis económico de la decisión de responsabilizar al fabricante de los bienes, Florian Bien, *Haftung für reine Vermögensschäden in der Absatzkette*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2012, 644, 649 *et seq.*; Gerhard Wagner, *Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2016, 87, 102 *et seq.*; otros critican el enfoque Stephan Lorenz, *Ein- und Ausbauverpflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung - Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen*, Neue Juristische Wochenschrift 2011, 2241; Dagmar Kaiser, *EuGH zum Austausch mangelhafter eingebauter Verbrauchsgüter*, JuristenZeitung 2011, 978.

<sup>145</sup> Esto es fundamentalmente diferente de la ley alemana: la responsabilidad del vendedor no incluye al proveedor o al fabricante de los productos, Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 21 de junio de 1967, VIII ZR 7, Neue Juristische Wochenschrift 1967, 1903 *et seq.*; Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 15 de julio de 2008, VIII ZR 211/07, Neue Juristische Wochenschrift 2008, 2837 *et seq.*

<sup>146</sup> Por ejemplo, Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 15 de enero de 2013, 4 Ob 208 / 12k, CISG-online 2398; Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Hamm, 9 de junio de 1995, 11 U 191/94, CISG-online 146; Brunner / Akikol / Bürki, en Brunner / Gottlieb, (n. 31), Art. 46 párr. 24; Atamer, *Replacement of non-conforming goods 'free of charge': is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?* (n. 97), 8. Véase más general, Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 46 párr. 36; Magnus, en *Staudinger BGB* (n. 32), Art. 46 párr. 50; Schlechtriem / Schroeter (n. 87), párr. 459. Alternativamente al Art. 74 CISG *et seq.*, se puede argumentar que los costos de reensamblaje están cubiertos por una solicitud de reembolso basada directamente en el Art. 46 CISG, cf. para esta discusión Atamer, *Replacement of non-conforming goods 'free of charge': is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?* (n.97), 7.

<sup>147</sup> Schwenzler, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 74 párr. 50.

<sup>148</sup> Schwenzler, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 74 párr. 51.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

poco probable que el vendedor, en tal caso, sea responsable de los costos necesarios para llegar a las tuberías bajo el agua.

3.40 Además, en lo que respecta a daños y perjuicios, el comprador debe cumplir con el art. 77 CISG. Debe tomar medidas razonables para mitigar la pérdida. Con respecto al reensamblaje, puede surgir el problema de si el vendedor o el comprador son responsables del reensamblaje defectuoso por parte de un proveedor de servicios.

3.41 Tratar los costos de reensamblaje como daños es especialmente importante cuando las partes acordaron un límite para los daños por debajo de los costos de reensamblaje. En tal caso, el vendedor no está obligado a pagar por encima del límite si la interpretación de la cláusula que establece el límite por daños afirma la aplicación del límite en este escenario (cf., arriba en el párrafo 3.29).

3.42 La norma general de que el comprador puede recuperar los costos de reensamblaje con un reclamo por daños y perjuicios no aplica cuando, en un contrato mixto, el vendedor ha asumido la obligación de instalar las mercaderías. En este escenario, el vendedor estaba inicialmente obligado a asumir los costos de instalación. La misma norma debe aplicarse cuando se trata de subsanación<sup>149</sup>.

### **cc) Restitución de mercadería no conformes o partes no conformes de las mercaderías al vendedor**

#### **(1) Normas generales**

#### **8. En los casos de entrega de mercaderías sustitutivas o de partes de remplazo para subsanar la falta de conformidad:**

**a. el comprador debe restituir al vendedor las mercaderías o partes de remplazo que le fueron entregadas inicialmente;**

**b. el vendedor debe retirar las mercaderías o las partes de remplazo entregadas inicialmente;**

**c. los costos de restitución corren por cuenta del vendedor.**

3.43 En caso de entrega de mercaderías de sustitución o reparación de mercaderías mediante entrega de partes de remplazo, la entrega inicial se da por liquidada. El art. 46 CISG no aborda esta liquidación, pero la Sección V sí. Sus principios deben aplicarse a la entrega de mercaderías de sustitución o la reparación de las mercaderías mediante la entrega de partes de remplazo, aunque el título de la Sección V se refiera únicamente a la resolución<sup>150</sup>. Sin embargo, su

<sup>149</sup> Por lo tanto, se pueden aplicar los comentarios anteriores sobre los costos de reparación y entrega de mercaderías sustitutivas.

<sup>150</sup> Véase la Regla No. 4 anterior y sus comentarios.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

finalidad subyacente, que trata de la liquidación, aplica a aquellas mercaderías y partes de remplazo en el caso del art. 46 CISG.

3.44 La Regla No. 8 literal a exige la restitución al vendedor. Aunque no requiere expresamente la devolución, el art. 46 CISG se basa en el supuesto de restitución<sup>151</sup>. La aplicación del art. 82 CISG en el caso del art. 46(2) CISG queda clara en la redacción del art. 82 CISG y ya fue favorecida en el Comentario de la Secretaría<sup>152</sup>. Lo mismo debe aplicarse cuando las mercaderías se reparan mediante la entrega de partes de remplazo. En ambos casos, la restitución generalmente redundará en interés de las partes. Es posible que el comprador no esté interesado en dejarse las mercaderías, ya que pueden producirse costos adicionales de almacenamiento o destrucción, y el vendedor en su lugar puede hacer uso de las mercaderías devueltas<sup>153</sup>. Si al comprador le resulta imposible efectuar la restitución de las mercaderías sustancialmente en el estado en que las recibió, pierde el derecho a exigirle al vendedor la entrega de mercaderías sustitutivas, según el art. 82 CISG<sup>154</sup>.

3.45 En consecuencia, de conformidad con la Regla No. 8 literal b, el vendedor tiene la obligación de recuperar las mercaderías. La restitución revierte la venta inicial, al menos para las partes de las mercaderías no conformes<sup>155</sup>. Si el vendedor no recupera las mercaderías, el comprador puede estar obligado en virtud de los arts. 86 a 88 CISG a disponer o conservar las mercaderías<sup>156</sup>. Por lo tanto, si el vendedor se retrasa injustificadamente en recuperar las mercaderías, el comprador puede venderlas por cualquier medio apropiado, de conformidad con el art. 88(1) CISG. En caso de enajenación, los costos corren a cargo de la parte infractora, es decir, el vendedor, de acuerdo con los principios generales<sup>157</sup>.

3.46 La Regla No. 8 literal c aclara que los costos de restitución deben ser asumidos por el vendedor, es decir, la parte infractora. En el caso de resolución, es cuestionable quién debería asumir dichos costos. Algunos académicos argumentan que, en general, la parte infractora debe asumirlos<sup>158</sup>. Otros argumentan que la parte que declara la resolución es quien debe correr con los costos, bajo el supuesto de que esa parte tiene una demanda por daños y perjuicios<sup>159</sup>. Sin

---

<sup>151</sup> Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 46 párr. 34.

<sup>152</sup> *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 42 párr. 13, en referencia al Art. 67 (ahora Art. 82 CISG). Véase también la Opinión N° 9 del CISG-AC (n. 103), párr. 3.19 *et seq.*

<sup>153</sup> Por lo general, el comprador no tiene derecho a insistir en que las mercaderías en restitución sean devueltas al mismo tiempo que la entrega de las mercaderías sustitutivas. La propuesta noruega en virtud del Art. 81(2) CISG con respecto a la entrega de mercaderías sustitutivas fue rechazada, *Documentos Oficiales* (n. 10), 136, 387. Sin embargo, si la entrega no conforme ocurrió por intercambio concurrente por el pago del precio de compra, aparece una excepción justificada con respecto al acuerdo inicial de las partes, Brunner / Akikol / Bürki, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 46 párr. 25.

<sup>154</sup> Véase la Regla 4 anterior.

<sup>155</sup> Opinión No. 9 del CISG-AC (n. 103), párr. 3.7 *et seq.* El requisito de tomar de vuelta las mercaderías iniciales también puede resultar de un uso previo entre las partes, Handelsgericht (Tribunal de Comercio) del Cantón de Zürich, HG010395 / U / zs, 24 de octubre de 2003, CISG-online 857.

<sup>156</sup> Artículo 86 CISG se aplica en el caso del Art. 46 CISG, Klaus Bacher, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 86 párr. 5.

<sup>157</sup> Opinión No. 9 (n. 103) del CISG-AC, párr. 3.16 *et seq.*

<sup>158</sup> Opinión No. 9 (n. 103) CISG-AC, párr. 3.16 *et seq.*

<sup>159</sup> Opinión No. 9 (n. 103) CISG-AC, párr. 3.16 *et seq.*

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

embargo, la entrega de mercaderías de sustitución o la reparación de las mercaderías mediante la entrega de partes de remplazo difiere de la resolución: primero, el comprador respetó el contrato inicial y, segundo, el vendedor incumplió el contrato. Este último aspecto justifica especialmente la norma general de que los costos de restitución en caso de entrega de mercaderías sustitutivas o reparación de mercaderías mediante entrega de partes de remplazo correrán por cuenta del vendedor<sup>160</sup>. El reclamo de recuperación de estos costos no es un reclamo por daños.

3.47 Por último, es necesario determinar el lugar de cumplimiento para la restitución. La mayoría de los académicos y la jurisprudencia están de acuerdo en que este es un aspecto regulado por la CISG<sup>161</sup>, pero difieren en la determinación del lugar de cumplimiento para la restitución. De manera similar a la disputa sobre costos de restitución, algunos académicos favorecen la determinación del lugar de cumplimiento del contrato inicial, argumentando que la restitución es la retracción del contrato inicial<sup>162</sup>. Otros argumentan que la determinación depende de la evaluación de la conducta de la parte infractora<sup>163</sup>. El lugar de cumplimiento debe ser el lugar del comprador. Este enfoque valora la observancia al contrato por parte del comprador<sup>164</sup>. Este último enfoque es más convincente con respecto a la entrega de mercaderías sustitutivas o la reparación de mercaderías mediante la entrega de partes de remplazo. De nuevo, las diferencias entre la resolución y la entrega de mercaderías sustitutivas son relevantes, es decir, en la entrega de mercaderías sustitutivas el contrato se mantiene y el vendedor incumple, y esto habla en contra de la mera retracción del contrato inicial.

## (2) Beneficios y mejoras

### 9. El comprador no se encuentra obligado a:

#### a. restituir los beneficios derivados de las mercaderías o partes no conformes sustituidas o entregadas inicialmente;

<sup>160</sup> En la práctica, puede haber dificultades para diferenciar entre los costos de ensamblaje y los costos de restitución. Las circunstancias del caso guiarán esta determinación, según las preguntas sobre dónde está el foco de las circunstancias individuales.

<sup>161</sup> Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 29 de junio de 1999, 1 Ob 74 / 99k, CISG-online 483, basándose en el Art. 7 (2) CISG; Brunner / Santschi, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 81 párr. 8; Rolf H. Weber, en Honsell (n. 88), Art. 81 párr. 21; Huber, en Huber / Mullis (n. 59), 244; Bridge, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 81 párr. 23; Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 81 párr. 15; Schlechtriem / Schroeter (n. 87), párr. 777 et seq; Fountoulakis, en *Slechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 81 párr. 26; cf., también la Opinión No. 9 (n. 103) del CISG-AC, párr. 3.12. Pero véase Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) de Grenoble, 94/3859, 23 de octubre de 1996, CISG-online 305, aplicando los Principios de UNIDROIT.

<sup>162</sup> Weber, en Honsell (n. 88), Art. 81 párr. 21; Huber, en Huber / Mullis (n. 59), 244; Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 81 párr. 15; Mankowski, en *Münchener Kommentar zum HGB, Band 5* (4a ed., München 2018), Art. 81 párr. 8; Schlechtriem / Schroeter (n. 87), párr. 778; Fountoulakis, en *Slechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 81 párr. 26; Magnus, en *Staudinger BGB* (n. 32), Art. 81 párr. 19.

<sup>163</sup> Brunner / Santschi, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 81 párr. 8; Christian Thiele, *Erfüllungsort bei der Rückabwicklung von Vertragspflichten nach Art 81 UN-Kaufrecht*, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2000, 892, 895.

<sup>164</sup> Thiele, *Erfüllungsort bei der Rückabwicklung von Vertragspflichten nach Art 81 UN-Kaufrecht*, (n. 163), 895.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

**b. dar cuenta de cualquier mejora causada por la entrega de mercaderías sustitutivas o partes de reemplazo entregadas para su reparación.**

3.48 Las Reglas No. 4 y 8 aclaran que el art. 82 CISG se aplica tanto a la entrega de mercaderías sustitutivas como a la reparación de las mercaderías mediante la entrega de partes de reemplazo. Por lo tanto, puede surgir la pregunta de si en estos casos el comprador está obligado a dar cuenta de los beneficios que ha obtenido de las mercaderías entregadas originalmente de conformidad con el art. 84(2) CISG. Asimismo, puede ser cuestionable si el comprador debe dar cuenta de alguna mejora en tales casos.

3.49 La Regla No. 9 literal a exime al comprador de efectuar la restitución de los beneficios derivados de las mercaderías o partes de reemplazo no conformes entregadas inicialmente. Los beneficios son todo tipo de ventajas derivadas de las mercaderías o partes de reemplazo no conformes entregadas inicialmente, incluidas las ventajas externas. Los beneficios deben excluirse de la restitución ya que están cubiertos por el contrato inicial. El comprador tenía derecho a recibir los beneficios establecidos en el contrato. Dado que el contrato se mantiene, a diferencia del caso de resolución, no hay motivo para la restitución de estos beneficios. El derecho del comprador a beneficiarse de las mercaderías no es injustificado al solicitar la entrega de mercaderías sustitutivas. Además, el vendedor sería recompensado por no cumplir como se requiere si fuera a disfrutar de los beneficios<sup>165</sup>. Por lo tanto, los reclamos del vendedor para la restitución de beneficios deben ser rechazados en los casos de entrega de partes o mercaderías sustitutivas. El art. 84(2)(a) CISG no se aplica en estos casos<sup>166</sup>.

3.50 Conforme a la Regla No. 9 literal b, el comprador no está obligado a dar cuenta de ninguna mejora causada por la entrega de mercaderías sustitutivas o la reparación de las mercaderías mediante la entrega de partes de reemplazo. El concepto de mejora cubre todo tipo de mejoras realizadas a las mercaderías entregadas y otras mercaderías o valores. Las mercaderías sustituidas tienen una vida útil más larga que las originales y, por lo tanto, producen mejoras. Otro ejemplo es una sustitución por un modelo de mercadería más nueva y mejor<sup>167</sup>. En cualquier caso, algunos académicos favorecen el pago de la mejora por parte del comprador<sup>168</sup>. Se puede invocar la diferencia con la Regla No. 9 literal a, es decir, que la mejora se deriva de las mercaderías nuevas, no de las entregadas originalmente. Por lo tanto, el comprador no tenía

---

<sup>165</sup> Paralelamente, el vendedor no está obligado a reembolsar el precio y pagar intereses en virtud del Art. 84(1) CISG en caso de entrega de mercaderías o partes sustitutivas, Bridge, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 84 párr. 17. Bridge, sin embargo, también brinda un ejemplo teórico de lo contrario.

<sup>166</sup> Bridge, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 84 párr. 17; Brunner / Santschi, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 84 párr. 7; Huber, *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 84 párr. 11; Magnus, en Staudinger BGB (n. 32), Art. 46, párr. 48, Art. 84 párr. 20; Weber, en Honsell (n. 88), Art. 84 párr. 12; Schlechtriem / Schroeter (n. 87), párr. 781; Mankowski, en *Münchener Kommentar zum HGB* (n. 162), Art. 84 párr. 12. Sin embargo, Mankowski sugiere deducir cualquier beneficio de un reclamo por daños y perjuicios que el comprador pueda presentar adicionalmente.

<sup>167</sup> Véase Atamer, *Replacement of non-conforming goods 'free of charge': is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?* (n. 97), 12 et seq, para este ejemplo basado en el escándalo de Volkswagen en Alemania.

<sup>168</sup> Fountoulakis, en *Slechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 84 párr. 5.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

derecho directo a recibir la mejora en virtud del contrato. Otros académicos niegan el pago por mejoras<sup>169</sup> porque estas mejoras se imponen al comprador<sup>170</sup>. Un tercer enfoque consiste en diferenciar si "el comprador disfruta de un beneficio financiero real de las mercaderías en sustitución"<sup>171</sup>. Bajo este enfoque, sólo si el comprador disfruta, por ejemplo, de una mayor producción debido a una mayor capacidad de las mercaderías sustitutivas, o un mayor margen de beneficio debido al modelo mejorado, el vendedor debe tener derecho a reclamar la diferencia de precio entre el modelo nuevo y el viejo. Sin embargo, a la luz del principio de cumplimiento y la garantía general del vendedor de la conformidad de las mercaderías con arreglo a la CISG, resulta sumamente convincente eximir al comprador de la rendición de cuentas de las mejoras. El vendedor, es decir, la parte infractora, cumple con su obligación bajo el art. 46(2) CISG. La mejora es, de hecho, una consecuencia de que el vendedor no puede realizar una sustitución diferente. El comprador no tiene la intención de comprar mercancías nuevas y mejores. Habría que suponer que sí tendría esa intención infundada para hacer responsable al comprador de la mejora.

#### dd) Aplicación de los arts. 38, 39 y 43 CISG

**10. Después de la sustitución o reparación de las mercaderías, el comprador debe cumplir con los requisitos de examen y notificación de los arts. 38, 39 y 43 CISG. En caso de falta de conformidad de las mercaderías, el plazo de caducidad de dos (2) años (art. 39, (2) CISG) comienza a correr con la entrega efectiva de las mercaderías sustitutivas o de su reparación.**

3.51 Los arts. 38, 39 y 43 CISG se aplican tanto a las mercaderías que se entregan sustitutivas de las originales como a las reparadas<sup>172</sup>. Si las mercaderías siguen siendo no conformes, el comprador puede volver a hacer uso de los arts. 45 CISG *et seq*<sup>173</sup>. Los costos de tal examen adicional pueden reclamarse como daños.

3.52 Además, se aplica de nuevo el período de dos (2) años previsto en el art. 39(2) CISG<sup>174</sup>. Generalmente comienza a correr con la entrega real de la mercadería, es decir, la entrega

---

<sup>169</sup> Schlechtriem/Schroeter (n. 87), párr. 781; Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 84, párr. 11. Véase también Schwenzler, en *Slechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 74 párr. 44.

<sup>170</sup> Schwenzler, en *Slechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 74 párr. 44.

<sup>171</sup> Atamer, *Replacement of non-conforming goods 'free of charge': is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts?* n. 97), 24, refiriéndose a un enfoque paralelo en el derecho inglés, n. 86.

<sup>172</sup> Cfr., Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Nürnberg, 20 de septiembre de 1995, 12 U 2919/94, CISG-online 267; Landgericht Oldenburg (Tribunal de Distrito de Oldenburg), 9 de noviembre de 1994, 12 O 674/93, CISG-online 114; Landgericht Oldenburg (Tribunal de Distrito de Oldenburg), 6 de julio de 1994, 12 O 3010/93, CISG-online 274; Schlechtriem / Schroeter (n. 87), párr. 463. Véase también Landgericht (Tribunal de Distrito) Stendal, 12 de octubre de 2000, 22 S 234/99, CISG-online 592.

<sup>173</sup> Landgericht (Tribunal de Distrito) Stendal, 12 de octubre de 2000, 22 S 234/99, CISG-online 592; Müller-Chen, en *Slechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 46 párrs. 37, 47; Brunner / Akikol / Bürki, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 46 párr. 39; Huber, en Huber / Mullis (n. 59), 203.

<sup>174</sup> Dado que este plazo no debe confundirse con los plazos de prescripción, no se abordan los intereses y la protección del vendedor bajo ningún plazo de prescripción aplicable.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

física<sup>175</sup>. El propósito del art. 39(2) CISG es lograr un equilibrio justo y proteger a los compradores en los casos en que los defectos estén latentes, así como proteger a los vendedores contra reclamos que surjan mucho después de la entrega de las mercaderías<sup>176</sup>. En los casos de los arts. 46(2) y (3) CISG, estos intereses deben protegerse con respecto a las mercaderías sustitutivas o reparadas. La entrega física se produce de nuevo en estos casos.

3.53 Si las mercaderías sustitutivas provienen de la misma fuente que las mercaderías entregadas inicialmente, es probable que el vendedor tenga conocimiento de alguna nueva falta de conformidad o no podría haberla ignorado, según el art. 40 CISG. Por ejemplo, en el caso de piedras no conformes debido a grietas que dificultan el procesamiento de las mismas, surge la pregunta de si la entrega de piedras sustitutas provienen de la misma roca que las piedras entregadas inicialmente<sup>177</sup>. Sin embargo, dado que el art. 40 CISG debería limitarse a "*circunstancias especiales*"<sup>178</sup>, normalmente requerirá más que el mero hecho de que las mercaderías sean originarias de la misma fuente<sup>179</sup>.

#### **ee) Lugar de reparación y entrega de mercadería sustitutivas**

3.54 A menudo se sostiene que el lugar de reparación es el establecimiento del comprador o donde se encuentran las mercaderías<sup>180</sup>. Sin embargo, se disputa el lugar de entrega de las mercaderías sustitutivas. Algunos académicos opinan que el lugar de entrega de las mercaderías sustitutivas debería ser el mismo que el definido en el contrato<sup>181</sup>. Por lo tanto, cuando las partes acuerdan en EXW, es decir, la entrega en las instalaciones del vendedor, esto también determina el lugar de la entrega sustitutiva<sup>182</sup>. Sin embargo, bajo este enfoque, el comprador debe soportar maniobras, riesgos y, al menos, en primer lugar, costos. Por lo tanto, la mejor perspectiva es definir el lugar de cumplimiento de la entrega o reparación sustitutiva como el lugar donde se ubican las mercaderías de acuerdo con el contrato<sup>183</sup>. Esto puede ahorrar costos adicionales a la hora de disponer de las mercaderías en el mercado local<sup>184</sup> e incluso puede ser más ecológico. Sin embargo, el lugar donde se encuentran actualmente las mercaderías puede ser decisivo sólo

---

<sup>175</sup> Schwenzler, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 39 párr. 25.

<sup>176</sup> Schwenzler, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 39 párr. 23.

<sup>177</sup> Cfr. Landgericht (Tribunal de Distrito) Stendal, 12 de octubre de 2000, 22 S 234/99, CISG-online 592.

<sup>178</sup> *Beijing Light Automobile Co., Ltd v. Connell Limited Partnership*, Laudo Arbitral, Cámara de Comercio de Estocolmo, 5 de junio de 1998, CISG-online 379.

<sup>179</sup> Véase Landgericht (Tribunal de Distrito) Stendal, 12 de octubre de 2000, 22 S 234/99, CISG-online 592, Art. 40 CISG, sostuvo que los requisitos del Art. 40 CISG no se cumplieron. Según el tribunal, el mero hecho de que las piedras procedieran de la misma roca no bastaba para demostrar que el vendedor conocía o no podía desconocer la falta de conformidad. Sin embargo, en caso de reparación, el Art. 40 CISG puede aplicarse cuando el comprador dio previamente numerosos avisos y el vendedor intentó subsanar el mismo incumplimiento sin éxito, Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Zweibrücken, 29 de octubre de 2012, 8 U 22/10, CISG-online 2696.

<sup>180</sup> Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 46 párr. 61; Magnus, en *Staudinger BGB* (n. 32), Art. 46 párr. 66; Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 46 párr. 45; Schnyder / Straub, en Honsell (n. 88), Art. 46 párr. 104b *et seq.*

<sup>181</sup> Huber, en Huber / Mullis (n. 59), 203.

<sup>182</sup> Cf., Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) de Paris, 4 de marzo de 1998, 97/24418, CISG-online 535.

<sup>183</sup> Brunner / Akikol / Bürki, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 46 párr. 38, con más referencias.

<sup>184</sup> Opinión No. 9 (n. 103) del CISG-AC, párr. 3.12.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

si el vendedor conocía o no podía ignorar la ubicación futura de las mercaderías en el momento de la celebración del contrato. Si este no es el caso, debe ser el establecimiento del comprador.

#### **ff) Derecho a retener el cumplimiento**

3.55 Si el comprador no ha cumplido con su obligación en virtud del contrato, es decir, normalmente el pago, puede retener el cumplimiento hasta que el vendedor haya cumplido con arreglo a los arts. 46(2) y (3) CISG<sup>185</sup>. La opinión predominante deriva este derecho a retener el cumplimiento de numerosas disposiciones de la CISG, que pueden denominarse *principio general* en virtud del art. 7(2) CISG.<sup>186</sup> El derecho a retener el cumplimiento “*permite al comprador presentar la objeción de que el contrato no se ha cumplido (correctamente) y retener su propio cumplimiento hasta el momento en que la otra parte esté dispuesta a formalizar el cumplimiento (simultáneo)*”.<sup>187</sup>

#### **e) Derecho del vendedor a la subsanación en virtud del art. 48 CISG**

3.56 El art. 48 CISG establece el derecho de subsanación del vendedor. Es una manifestación del principio de *favor contractus* y de restringir la resolución del contrato siempre que sea posible. Para ello es necesario coordinar el derecho del comprador a resolver el contrato en virtud del art. 49 CISG, el derecho del comprador a solicitar la entrega de mercaderías sustitutivas o la reparación en virtud de los arts. 46(2) y (3) CISG, y su derecho a reclamar daños y perjuicios en virtud de los arts. 74 *et seq.* CISG. Además, el art. 48 CISG, junto con el art. 47 CISG, son una “*herramienta de cooperación*”<sup>188</sup>. Los arts. 48 (2) y (3) CISG arrojan algo de luz sobre la regulación de la cooperación del vendedor y del comprador.

#### **aa) Relación de los arts. 48 y 49 CISG**

**11. De conformidad con el art. 48 CISG, el vendedor tiene derecho a subsanar la falta de conformidad "con sujeción al art. 49". El derecho del vendedor a la subsanación queda excluido en caso de incumplimiento esencial del contrato, es decir, si las mercaderías no son utilizables y la falta de conformidad no puede ser subsanada a tiempo.**

3.57 Según el art. 48(1) CISG, el derecho del vendedor a subsanar está “*sujeto al art. 49*”, es decir, el derecho del comprador a resolver el contrato no está excluido por el derecho del vendedor a subsanar<sup>189</sup>. Esta disposición ha demostrado ser muy controvertida entre los

<sup>185</sup> En general, sobre el derecho del comprador a retener el cumplimiento, Opinión N° 5 (n. 2) del CISG-AC, párr. 4.18 *et seq.*

<sup>186</sup> Opinión No. 5 (n. 2) del CISG-AC, párr. 4.19.

<sup>187</sup> Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 8 de noviembre de 2005, 4 Ob 179 / 05k, CISG-online 1156. Pero véase *Zodiac Seats US LLC v. Synergy Aerospace Corp.*, Tribunal de Distrito de EE. UU. para el Distrito Sur de Texas, 8 de abril de 2020, CISG-online 5172, diferenciando que “*no existe ninguna disposición de la CISG que autorice a un comprador a retener el precio total del contrato debido a la recepción de mercaderías parcialmente no conformes*”.

<sup>188</sup> Sólo en el Art. 48 CISG, Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 48 párr. 292.

<sup>189</sup> Esta redacción se implementó durante las negociaciones finales en Viena en 1980, *Documentos Oficiales* (n. 10), 115, 351 *et seq.* y fue elegida “*ya que el comprador debe conservar el derecho a declarar resuelto el contrato*”, 351, párr. 9.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

académicos<sup>190</sup>. La controversia se centra en la diferenciación entre los arts. 48(1) y 49 CISG, concretamente si el vendedor puede subsanar en virtud del art. 48 CISG en caso de un incumplimiento esencial.

3.58 Algunos académicos sostienen que el derecho del vendedor a subsanar del art. 48(1) CISG queda excluido por la mera existencia de un incumplimiento esencial sin tener en cuenta la posibilidad de subsanación del incumplimiento<sup>191</sup>. Otros enfoques son, en primer lugar, que la fundamentabilidad del incumplimiento depende de la falta de subsanación por parte del vendedor - y, por lo tanto, de la subsanabilidad del incumplimiento<sup>192</sup> -, segundo, que la exclusión del art. 48(1) CISG, en caso de un incumplimiento esencial, depende de la secuencia de declaraciones (de los arts. 48 y 49 CISG)<sup>193</sup>, y tercero, sopesar la relevancia de la no conformidad frente a las modalidades de subsanación<sup>194</sup>. Todos estos enfoques deben rechazarse con respecto a un incumplimiento esencial "simple", es decir, un incumplimiento relacionado únicamente con la falta de conformidad mientras sea posible subsanar dicho incumplimiento. Además de este incumplimiento, el tiempo debe ser esencial<sup>195</sup>. Sin este requisito, el derecho de reparación del vendedor podría ser "anulado" por una "aplicación incondicional del art. 49 (1) [CISG]"<sup>196</sup>. Cuando el tiempo es esencial, por ejemplo, en el caso de una feria anual, el comprador sólo puede declarar la resolución si los productos no conformes, es decir, los productos para la feria, no son utilizables y no se pueden subsanar a tiempo para la feria<sup>197</sup>. Si la mercadería es utilizable, el comprador se limita a reclamar daños

---

<sup>190</sup> Michael Bridge, *The International Sale of Goods* (4a ed. Oxford 2018), párr. 12,28; Michael Bridge, *Avoidance for Fundamental Breach*, 59 *International and Comparative Law Quarterly* (2010) 911, 928 et seq.; Ulrich Magnus, *Aufhebungsrecht des Käufers und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im UN-Kaufrecht*, en Ingeborg Schwenzer / Günter Hager (eds.), *Festschrift für Peter Schlechtriem* (Tübingen 2003), 599, 602 et seq; Florian Faust, *Cumplimiento específico*, en Schwenzer / Atamer / Butler (n. 40), 235, 242 et seq; Magnus, en Staudinger BGB (n. 32), Art. 48 párr. 18 et seq; Müller-Chen, en *Slechtriem & Schwenzer* (n. 4), Art. 48 párr. 14 et seq.

<sup>191</sup> Cf. Faust (n. 190), 242; Müller-Chen, en *Slechtriem & Schwenzer* (n. 4), Art. 48 párr. 17. Ambos enfatizan que el comprador no necesita declarar la resolución.

<sup>192</sup> Martin Karollus, *UN-Kaufrecht: Vertragsaufhebung und Nacherfüllungsrecht bei Lieferung mangelhafter Ware*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1993, 490, 495 et seq. En esta dirección también Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 48 párr. 296; Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 48 párr. 11.

<sup>193</sup> Cf., Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 49 párr. 33, para una descripción general. Sin embargo, el autor concluye que la secuencia de declaraciones no debería ser decisiva. El enfoque anterior conduciría a una carrera poco práctica entre el vendedor y el comprador sin equilibrar sus intereses. (Además, el historial de redacción demuestra que la declaración de resolución no es decisiva para esta diferenciación, ya que los delegados favorecieron la eliminación del requisito de una declaración en el Art. 44 (1) oración 1 anterior del Proyecto de Convención de 1978; véase en detalle también Hartmann, *Beck online Großkommentar* (n. 43), Art. 48 párr. 17; Brunner / Akikol / Bürki, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 48 párr. 11.)

<sup>194</sup> Landgericht (Tribunal de Distrito) Linz, 30 de junio de 2010, 5 Cg 176 / 06m-62, CISG-online 3008: Donde prevalece la relevancia de la falta de conformidad, el comprador puede acudir a la resolución, y cuando las modalidades de subsanación, es decir, la posibilidad de subsanar, prevalecen, debe aplicarse el Art. 48(1) de la CISG, Schnyder / Straub en Honsell (n. 88), Art. 48 párr. 17 et seq, Art. 49 párr. 23. En esta dirección también Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 49 párr. 28 et seq.

<sup>195</sup> Alternativamente, si el vendedor no subsana dentro del plazo establecido por el comprador en virtud del Art. 47(1) CISG o dentro de su propio límite de tiempo según el Art. 48 (2) CISG.

<sup>196</sup> Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 48 párr. 296 n. 5.

<sup>197</sup> Utilizable no debe confundirse con reparable, ya que la reparación generalmente no será del interés del comprador debido a la cantidad de tiempo que esto requeriría. La usabilidad se refiere al propósito del contrato, véase arriba en 3.20 et seq.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

o la reducción del precio de compra. La fundamentabilidad aquí está, por lo tanto, compuesta de no usabilidad y no subsanabilidad (en el tiempo). El requisito de que el tiempo sea esencial salvaguarda la igualdad de trato del vendedor y el comprador, equilibra sus intereses y defiende el principio de *favor contractus*. Los intereses de ambas partes son cumplir el contrato. A menos que el tiempo sea esencial, no hay razón para limitar el derecho del vendedor a la subsanación del art. 48 CISG.

3.59 Por lo tanto, la fricción entre el derecho del vendedor a la subsanación y el derecho del comprador a la resolución del contrato en virtud del art. 49(1)(a) CISG depende principalmente de la definición de incumplimiento esencial<sup>198</sup>. Si se niega un incumplimiento esencial en los casos en que la subsanación es posible, y el vendedor está dispuesto a subsanar dentro de los límites del art. 48(1) CISG, al menos en la práctica, la controversia de la relación de los arts. 48 y 49 CISG demuestra ser infructuosa. Al final, el comprador sólo podrá resolver el contrato si la falta de conformidad equivale a un incumplimiento esencial, es decir, si las mercaderías no son utilizables y la falta de conformidad no se puede subsanar a tiempo.<sup>199</sup>

#### **bb) Derecho del vendedor a elegir**

**12. Si tanto la entrega de las mercaderías sustitutivas como la reparación resulta adecuado para subsanar la falta conformidad de las mercaderías, el vendedor puede elegir entre ambas formas de subsanación.**

3.60 En el caso de mercaderías no conformes, la subsanación puede consistir en la entrega de mercaderías sustitutivas o en su reparación. Tal como se describió anteriormente, el comprador sólo puede exigir la entrega de mercaderías sustitutivas cuando la falta de conformidad equivale a un incumplimiento esencial del contrato, especialmente cuando la reparación de las

---

<sup>198</sup> Schroeter, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 25 párr. 47 et seq; Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 48 párr. 18. La jurisprudencia predominante que sostiene que el derecho a resolver el contrato prevalece sobre el derecho a la subsanación del vendedor debe analizarse en esta aclaración. Véase en particular la Cámara de Comercio Internacional (CCI) del Tribunal Internacional de Arbitraje, 1994, CISG-online 565, y también Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 22 de noviembre de 2011, CISG-online 2239; Bundesgericht (Corte Suprema de Suiza), 18 de mayo de 2009, CISG-online 1900; Gerichtshof (Tribunal de Apelaciones) Arnhem, 7 de octubre de 2008, CISG-online 1749; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 31 de mayo de 2007, CISG-online 1517; Handelsgericht (Tribunal de Comercio) del Cantón de Argovia, 5 de noviembre de 2002, CISG-online 715; Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Köln, 4 de octubre de 2002, CISG-online 709; Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Koblenz, 31 de enero de 1997, CISG-online 256. Esta jurisprudencia traslada la cuestión pertinente al Art. 25 CISG y si puede haber un incumplimiento esencial si la no conformidad puede subsanarse de forma razonable. La mayoría de los casos niegan esto, a menos que el tiempo sea esencial.

<sup>199</sup> Cfr. Opinión No. 5 (n. 2) CISG-AC, párr. 4.4. En esta dirección también Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Linz, 18 de mayo de 2011, 1 R 181 / 10h, CISG-online 2443, negando un incumplimiento esencial dado que los productos eran utilizables y los defectos subsanables; Handelsgericht (Tribunal de Comercio) des Kantons, 5 de noviembre de 2002, OR.2001.00029, CISG-online 715, negando también un incumplimiento esencial debido al hecho de que los productos eran reparables y utilizables; Peter Huber, *¿Typically German? – Two Contentious German Contributions to the CISG*, 59 Anales de la Facultad de Derecho de Belgrado - Edición Internacional (2011), 150, 154 et seq. sobre "uso razonable". Pero véase *Pattison Outdoor Advertising LP v. Zon LED LCC*, Corte Suprema de Columbia Británica, 6 de abril de 2018, CISG-online 3224, donde un incumplimiento esencial "simple" justificaba la resolución, aunque el vendedor estaba en proceso de subsanación. Cabe señalar que el tribunal se basó en otras decisiones que no aplicaban la CISG.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

mercaderías no es posible<sup>200</sup> y la entrega de mercaderías sustitutivas no es desproporcionada<sup>201</sup>. El comprador también puede requerir la reparación, sujeto a razonabilidad<sup>202</sup>. Si tanto la entrega de mercaderías sustitutivas como la reparación están disponibles, el vendedor generalmente puede elegir entre las dos formas de subsanar la no conformidad<sup>203</sup>.

3.61 La elección del vendedor depende de la calidad potencial de la subsanación<sup>204</sup>. Tanto la entrega de mercaderías sustitutivas como la reparación deben ser "*adecuadas para subsanar la no conformidad*". Al comprador le interesa que el vendedor pueda elegir sólo cuando ambas formas de subsanación estén en consonancia con el art. 35 CISG. Otro criterio para la calidad de la subsanación podría ser la sustentabilidad de cualquiera de los métodos de subsanación. Al menos cuando la sustentabilidad es un principio subyacente a la relación contractual en cuestión, por ejemplo, cuando el contrato se refiere explícitamente a objetivos de sustentabilidad, el método que es más sostenible puede ser el único adecuado.

3.62 En la práctica, el vendedor puede hacer uso de su derecho a elegir sólo si prefiere la entrega de mercaderías de sustitución a la opción de reparar. Si el comprador requiere la entrega de mercaderías sustitutivas, lo que implica que la reparación no es adecuada, el vendedor debe actuar de acuerdo con la solicitud del comprador. Sin embargo, si el comprador requiere la reparación, el vendedor generalmente puede responder al ofrecer la entrega de mercaderías sustitutivas. El objetivo de limitar el derecho del comprador a exigir la entrega de mercaderías sustitutivas protege al vendedor<sup>205</sup>. Si el propio vendedor prefiere la entrega de mercaderías sustitutivas a la reparación y la entrega de mercaderías sustitutivas es adecuada dentro de los límites del art. 48(1) CISG, por lo general no perjudica al comprador<sup>206</sup>. Más bien, el comprador se beneficia de esta forma de subsanación.

### **cc) Limitación del derecho del vendedor a la subsanación**

3.63 El art. 48(1) CISG limita el derecho del vendedor a la subsanación a los casos en los que "*puede hacerlo sin demoras injustificadas y sin causarle al comprador inconveniente irrazonable o incertidumbre de reembolso por parte del vendedor de los gastos anticipados por*

---

<sup>200</sup> Vea la Regla No. 3 anterior y los comentarios al respecto.

<sup>201</sup> Vea la Regla No. 5 anterior y los comentarios al respecto.

<sup>202</sup> Vea la Regla No. 6 anterior y los comentarios al respecto.

<sup>203</sup> Cf., Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) de Grenoble, 26 de abril de 1995, 93/4879, CISG-online 154. El comprador solicitó la entrega sustitutiva (restauración de un almacén a un nuevo estado) pero el tribunal dictaminó que la reparación de algunas partes del almacén era suficiente según el Art. 46(3) CISG - de lo contrario, el comprador se habría colocado en una posición 40 veces mejor. Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 48 párr. 6, enfatizando que la forma de subsanación debe remediar el defecto por completo; Faust (n. 190), 241. En general, Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 46 párr. 42, Art. 48 párr. 25 *et seq.*

<sup>204</sup> Cfr. Bridge, *Curing a Seller's Defective Tender or Delivery of Goods in Commercial Sales* (n. 125), 234, utilizando el criterio de calidad para diferenciar los Art. 48 y 49 CISG. La regla número 11 se ocupa de esta diferenciación. Según Bridge, una mala subsanación no es eficaz. Para conocer la opinión contraria, véase el *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 44 párr. 4.

<sup>205</sup> El requisito de incumplimiento esencial del Art. 46(2) CISG y el alto umbral para aprobar un incumplimiento esencial sirven a esta protección.

<sup>206</sup> Si la forma de subsanación da lugar a un perjuicio para el comprador, podría considerarse un inconveniente irrazonable según el Art. 48(1) CISG.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

*el comprador*". Las siguientes explicaciones son meros ejemplos de interpretación de la redacción. No es una interpretación exclusiva limitada a estos escenarios.

3.64 En primer lugar, la subsanación debe efectuarse “*sin demora injustificada*”, art. 48(1) CISG. Se ha argumentado en escritos académicos que el plazo razonable en el art. 48(1) CISG debe determinarse “*de acuerdo con el estándar que también se utiliza para el período adicional en el art. 47(1)*”<sup>207</sup>. Sin embargo, este enfoque ignora las diferentes funciones de estos dos períodos. El art. 47(1) CISG obliga al comprador y busca proteger al vendedor concediéndole el tiempo suficiente para cumplir con sus obligaciones<sup>208</sup>. Por el contrario, el art. 48(1) CISG protege al comprador; ¿por cuánto tiempo se puede esperar razonablemente que el comprador acepte la subsanación por parte del vendedor? Estos objetivos distintos no requieren que los dos períodos de los arts. 48(1) y 47(1) CISG tengan la misma duración<sup>209</sup>. Más bien, se debe encontrar una demora irrazonable en el art. 48(1) CISG cuando, después de una fecha determinada, ya no se puede esperar que el comprador acepte el cumplimiento por parte del vendedor<sup>210</sup>. Por lo tanto, la cuestión es si, al momento de la subsanación efectuada por el vendedor, el comprador se vería sustancialmente privado de lo que puede esperar en virtud del contrato<sup>211</sup>. Por lo tanto, deben tenerse en cuenta las circunstancias individuales del caso<sup>212</sup>; no hay un punto definido en el tiempo a partir del cual se deba calcular la demora. En otras palabras, sólo se puede suponer una demora irrazonable cuando el tiempo es esencial en el momento en que se efectuaría la subsanación. A modo de ejemplo: el comprador ha encargado la entrega de mercaderías el 1ro de abril, las cuales el comprador debe entregar a un subcomprador el 1ro de mayo, sin tener ningún otro uso razonable para ellas. Si bien la fecha de entrega original no es esencial, la subsanación de la falta de conformidad se retrasaría injustificadamente si no pudiera llevarse a cabo antes de la fecha de entrega al subcomprador.

3.65 Además, el vendedor no está autorizado a subsanar si esto implica cualquier otro inconveniente irrazonable para el comprador. En general, el término “*inconveniente*

---

<sup>207</sup> Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 48 párr. 10. Véase también Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 48 párr. 9; Christoph Benicke, en *Münchener Kommentar zum HGB* (n. 162), Art. 48 párr. 8.

<sup>208</sup> Brunner / Akikol / Bürki, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 47 párr. 1. Cfr. *Documentos Oficiales* (n. 10), 339 párr. 4 *et seq.*

<sup>209</sup> Esto es compatible con el historial de redacción que requiere un enfoque flexible en el Art. 48(1) CISG, *Documentos Oficiales* (n. 10), 351 párr. 9.

<sup>210</sup> Cf. Amtsgericht (Tribunal Local) München, 23 de junio de 1994, 271 C 18968/94, CISG-online 368. El mero hecho de que la subsanación por parte del comprador o de un tercero pueda efectuarse más rápidamente no hace que la demora en sí misma sea irrazonable. Pero véase Salger, en Witz / Salger / Lorenz (n. 31), Art. 48 párr. 3.

<sup>211</sup> La demora suele ser irrazonable si equivale a un incumplimiento esencial, Handelsgericht (Tribunal de Comercio) del Cantón de Zürich, 10 de febrero de 1999, HG 970238.1 CISG-online 488; Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 48 párr. 9. El hecho de que la redacción del Art. 48 de la CISG (es decir, Art. 44 Proyecto de Convención de 1978) previó que la demora equivalía a un incumplimiento esencial, pero la modificación no excluye ninguna de las declaraciones. El proyecto de redacción del Art. 48 CISG fue: “*sin demoras que equivalgan a un incumplimiento esencial del contrato*”. Se había cambiado debido a la doble referencia al Art. 49 CISG y un incumplimiento esencial del Art. 48(1) CISG parecía inapropiado, véase *Documentos Oficiales* (n. 10), 351 párr. 9.

<sup>212</sup> Las circunstancias de cada caso individual son relevantes para las tres alternativas de razonabilidad en el Art. 48 CISG, Will, en Bianca / Bonell (n. 116), Art. 48 párr. 2.1.1.1.2.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

*irrazonable*” debe entenderse de la misma manera que en el art. 37 CISG<sup>213</sup>. Los casos de *"inconveniente irrazonable"* ocurren cuando la reparación provoca la suspensión o interrupción de la producción del comprador<sup>214</sup>, los clientes del comprador amenazan con acciones por daños<sup>215</sup> u, obviamente, las acciones poco profesionales del vendedor dan lugar a varios intentos de cumplimiento posterior<sup>216</sup>. Lo más importante es que se pueden encontrar inconvenientes irrazonables cuando el comprador ha perdido la confianza en la capacidad o la voluntad de subsanar del vendedor<sup>217</sup>. Sin embargo, la pérdida de confianza debe ser razonable en sí misma<sup>218</sup>. De lo contrario, sería posible eludir el requisito de razonabilidad del art. 48 CISG. Por lo tanto, no es el punto de vista de si el comprador perdió la confianza en el vendedor, sino si el punto de vista de un tercero razonable en los zapatos del comprador es decisivo<sup>219</sup>. En conjunto, debe considerarse que el vendedor tiene derecho a la subsanación. Un *"inconveniente irrazonable"* no sólo puede inferirse del mero hecho de que la subsanación por parte del comprador o de un tercero sería menos onerosa para el comprador<sup>220</sup>. Asimismo, el intento fallido de la primera acción por parte del vendedor no da lugar a la irracionalidad<sup>221</sup>.

3.66 Por último, el vendedor no podrá subsanar la falta de conformidad si genera incertidumbre sobre el reembolso de los gastos anticipados por el comprador. Debe destacarse, en primer lugar, que el vendedor debe asumir todos los costos de la subsanación del incumplimiento<sup>222</sup>. Por lo tanto, serán raros los casos en que el comprador tenga que anticipar gastos. Las situaciones posibles son que el comprador debe dismantelar el producto defectuoso, asumir los posibles costos de transporte para que el vendedor repare el producto<sup>223</sup>, interrupción de la producción<sup>224</sup> o que se requiera mano de obra adicional por parte del comprador. Si el

---

<sup>213</sup> Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 48 párr. 7.

<sup>214</sup> Honnold, John O., *Ley uniforme para las ventas internacionales* (2ª ed., Alphen aan den Rijn 1991), Art. 37 párr. 245.

<sup>215</sup> Amtsgericht (Tribunal Local) München, 23 de junio de 1995, 271 C 18968/94, CISG-online 368.

<sup>216</sup> Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 24 de septiembre de 2014, VIII ZR 394/12, CISG-online 2545; Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 48 párr. 11, con más referencias; Benicke, en *Münchener Kommentar zum HGB* (n. 162), Art. 48 párr. 7. Además, se pueden encontrar *"inconvenientes irrazonables"* cuando el vendedor hizo una oferta de subsanación inadecuada, véase Tribunale (Tribunal de Distrito) di Forlì, 11 de diciembre de 2008, 2280/2007, CISG-online 1729.

<sup>217</sup> Landgericht (Tribunal de Distrito) Stade, 15 de mayo de 2014, CISG-online 2988; Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 48 párr. 10. Los delegados en Viena aceptaron que el vendedor no debería poder subsanar cuando el comprador haya perdido la confianza en la capacidad del vendedor para ello, *Documentos Oficiales* (n. 10), 342 párr. 52.

<sup>218</sup> Una pérdida de confianza meramente subjetiva no debería ser suficiente, Schnyder / Straub, en Honsell (n. 88), Art. 48 párr. 25.

<sup>219</sup> Esta perspectiva objetiva es generalmente decisiva para determinar la razonabilidad, Landgericht (Tribunal de Distrito) Stade, 15 de mayo de 2014, 8 O 70/13, CISG-online 2988; Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 48 párr. 9; Magnus, en *Staudinger BGB* (n. 32), Art. 48 párr. 14; Schlechtriem / Schroeter (n. 87), párr. 449 n. 260.

<sup>220</sup> Para el punto de vista opuesto, véase Salger, en Witz / Salger / Lorenz (n. 31), Art. 48 párr. 3.

<sup>221</sup> Cf. Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 37 párr. 247; Urs Gruber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 37 párr. 14.

<sup>222</sup> Véase los párrs. 3.36 *et seq.* y Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Hamm, 9 de junio de 1995, 11 U 191/94, CISG-online 146; Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 48 párr. 20.

<sup>223</sup> Brunner / Akikol / Bürki, en Brunner / Gottlieb (n. 31), Art. 48 párr. 7.

<sup>224</sup> Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 48 párr. 12.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

comprador plantea el problema de inseguridad del reembolso de los gastos, el vendedor puede disipar las dudas al respecto del comprador con la apertura de una garantía adecuada de reembolso de los costos del comprador.<sup>225</sup>

#### dd) Aplicación del art. 47(1) CISG

**13. El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para la entrega de mercaderías sustitutivas o para su reparación (art. 47 (1) CISG). Sin embargo, el comprador no se encuentra obligado a hacerlo. Sin perjuicio del art. 77 CISG y del derecho del vendedor a substanciar la falta de conformidad conforme al art. 48 CISG, el comprador puede recurrir inmediatamente a otras acciones disponibles, como solicitar el pago por daños y perjuicios o rebajar el precio de compra.**

3.67 De acuerdo con la redacción clara del art. 47(1) CISG<sup>226</sup> y el propósito del art. 47 CISG, ofrecer otra posibilidad al comprador de iniciar la subsanación, la fijación de un plazo y el uso del art. 47(1) CISG no puede ser obligatorio<sup>227</sup>. En virtud del art. 47(1) CISG, el comprador "*actúa en beneficio del [vendedor], aunque no está obligado a hacerlo*"<sup>228</sup>.

3.68 En lugar de fijar un plazo adicional para que el vendedor cumpla, el comprador puede recurrir inmediatamente a otras acciones. Las circunstancias pueden exigir la reparación inmediata o la reventa de las mercaderías. Tales circunstancias pueden ser un factor para determinar si sería excesivamente inconveniente para el comprador que el vendedor subsanara su incumplimiento<sup>229</sup>. Sin embargo, incluso si la subsanación del vendedor no es injustificadamente inconveniente para el comprador, surge la pregunta de si el comprador puede recurrir a otras acciones. La respuesta debe ser afirmativa considerando la redacción y el historial de redacción del art. 48(1) CISG, el sistema general del art. 45(1) CISG y el hecho de que el art. 77 CISG ofrece una alternativa fructífera a la prohibición total de otras acciones.

3.69 Algunos académicos y la jurisprudencia<sup>230</sup> niegan el derecho del comprador a optar por otros derechos o acciones, argumentando que los derechos o acciones del comprador en virtud del art. 45 CISG no surgen mientras el vendedor "*tenga derecho a la subsanación*"<sup>231</sup>, que el derecho del vendedor a la subsanación sólo está limitado por el derecho del comprador a

---

<sup>225</sup> Bridge, *Curing a Seller's Defective Tender or Delivery of Goods in Commercial Sales* (n. 125), 230. La garantía adecuada sería la misma que en los Arts. 71(3), 72(2) CISG.

<sup>226</sup> "El comprador *puede* fijar un plazo adicional" énfasis agregado. Así, el *Comentario de las Secretarías*, Art. 43 párr. 8 indica que "[e]n particular, el procedimiento previsto en el Artículo 43(I) no es obligatorio".

<sup>227</sup> Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Graz, 22 de noviembre de 2012, 3 R 192 / 12y, CISG-online 2459; *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 43 párr. 8.

<sup>228</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 339 párr. 4.

<sup>229</sup> Véase el párr. 3.64 y también *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 44 párr. 9.

<sup>230</sup> Por ejemplo, Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 14 de enero de 2002, 7 Ob 301 / 01t, CISG-online 643.

<sup>231</sup> Peter Huber / Markus Altenkirch, *Buyer's right to cure ?*, 4 Revisión europea del Derecho Contractual (2008), 540, 544 *et seq.*, Ver también Miquel Mirambell Fargas, *The Seller's Right to Cure under Article 48 CISG* (Den Haag 2018), 218.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

resolver el contrato<sup>232</sup>, o que el art. 80 CISG impida tal reclamo<sup>233</sup>. Sin embargo, ni la redacción del art. 48(1) CISG ni su historial de redacción reflejan un entendimiento tan limitado.

3.70 En primer lugar, el texto del art. 48(1) CISG aclara que la subsanación está generalmente disponible incluso después de la fecha de entrega. En esta medida, la disposición cumple lo que establece el art. 37 CISG para el tiempo previo a la fecha de entrega<sup>234</sup>. Además, el vendedor no puede subsanar cuando se aplica el art. 49 CISG<sup>235</sup>. El texto del art. 48(1) CISG no dice nada sobre ningún derecho del comprador a la subsanación<sup>236</sup> o de hacer uso de otros derechos o acciones. Sin embargo, en virtud del art. 48(1) oración 2 CISG, el comprador se reserva el derecho a reclamar el pago de daños y perjuicios según lo dispuesto en la CISG. Este derecho a solicitar el pago de daños no está limitado por el art. 48(1) CISG.<sup>237</sup> Especialmente, las limitaciones del art. 47(2) oración 2 o del art. 48(2) oración 2 CISG no se aplican, ya que el vendedor no tiene motivos para invocar su segunda oportunidad de actuar en la situación del art. 48(1) CISG<sup>238</sup>.

3.71 En segundo lugar, el historial de redacción demuestra que el art. 48(1) CISG se relaciona a la diferenciación con el art. 49 CISG. A este respecto, los delegados en Viena negaron que el derecho del vendedor a la subsanación debe prevalecer sobre el derecho del comprador a resolver el contrato<sup>239</sup>. Se puede concluir que la CISG, por lo tanto, "se opone a la resolución"<sup>240</sup>, pero esto no lleva a la conclusión de que el comprador no pueda recurrir a otros derechos o acciones. El art. 45(1) CISG ofrece al comprador la opción de ejercer los derechos previstos en los arts. 46 a 52 CISG o de reclamar el pago de daños y perjuicios según lo dispuesto en los arts. 74 a 77 CISG, sin limitación alguna al derecho del comprador a solicitar el pago de daños sólo después de haber solicitado una subsanación por parte del vendedor<sup>241</sup>.

---

<sup>232</sup> Marc-Philippe Weller / Charlotte S. Harms, *Der Primat der Nacherfüllung im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht*, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, 2012, 298, 300, basándose en la redacción del Art. 48(1) CISG.

<sup>233</sup> Consulte en detalle para obtener una descripción general de esta posición y la primera Till Maier-Lohmann, *Buyer's self-repair of non-conforming goods versus seller's right to cure under Article 48 of the CISG*, 24 Revisión de la Ley Uniforme (2019), 59 *et seq.*., que se opone a ambos puntos de vista.

<sup>234</sup> El Artículo 37 oración 1 CISG dice: *Si el vendedor ha entregado las mercaderías antes de la fecha de entrega, puede, hasta esa fecha, entregar cualquier parte faltante o compensar cualquier deficiencia en la cantidad de mercaderías entregadas, o entregar mercaderías en sustitución de cualquier mercadería no conforme entregada o subsanar cualquier falta de conformidad en las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de este derecho no cause al comprador inconvenientes o gastos irrazonables*”.

<sup>235</sup> El Art. 48(1) CISG aclara que “[s]i las [mercaderías] pudieron repararse en unos pocos días, no hubo un incumplimiento esencial”, tal como expresó la delegación del Reino Unido en las discusiones de 1980 en Viena, *Documentos Oficiales* (n. 10), 342 párr. 44.

<sup>236</sup> Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 48 párr. 296,1; en este sentido en consonancia con Magnus, en *Staudinger BGB* (n. 32), Art. 48 párr. 35.

<sup>237</sup> Till Maier-Lohmann, *Neuausrichtung der Selbstvornahme und des Art. 48 Abs. 1 CISG*, *Internationales Handelsrecht* 2018, 225, 228–229.

<sup>238</sup> Maier-Lohmann, *Neuausrichtung der Selbstvornahme und des Art. 48 Abs. 1 CISG* (n. 237), 228–229.

<sup>239</sup> *Documentos Oficiales* (n. 10), 342 párr. 64.

<sup>240</sup> Gyula Eörsi, *A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 31 *The American Journal of Comparative Law* (1983), 333, 334.

<sup>241</sup> Till Maier-Lohmann, *Neuausrichtung der Selbstvornahme und des Art. 48 Abs. 1 CISG* (n. 237), 228. A este respecto también Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 48 párr. 296.1, argumentando que “castigar a los compradores

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

La entrega de mercaderías no conformes por parte del vendedor da derecho al comprador a reclamar una suma equivalente a la pérdida sufrida como consecuencia del incumplimiento. La CISG tampoco distingue entre daños en lugar de cumplimiento y daños simples, ni requiere que el comprador establezca un *Nachfrist* antes de reclamar el pago de daños en lugar de cumplimiento<sup>242</sup>. Por lo tanto, no hay razón para excluir al comprador de invocar otros derechos o acciones, aunque el vendedor tiene derecho a la subsanación en virtud del art. 48(1) CISG.

3.72 Si el comprador se opone irrazonablemente a la oferta de subsanación del vendedor en virtud del art. 48(1) CISG, su reclamo por daños estará restringido por el art. 77 CISG<sup>243</sup>. La aplicación del art. 77 CISG<sup>244</sup> en estas circunstancias equilibra los intereses económicos de ambas partes: si el vendedor puede reparar las mercaderías a un precio inferior al del comprador o al de un tercero, el comprador no podrá ser compensado por los costos más elevados incurridos<sup>245</sup>. De hecho, la aplicación del art. 77 CISG en el contexto de la entrega de mercaderías sustitutivas y de reparación ya fue propuesta por el Comentario de la Secretaría sobre el Proyecto de Convención de 1978. El comentario sugirió que, alternativamente a los derechos o acciones de reparación del art. 46 CISG, “*el comprador puede encontrar más ventajoso subsanar el cumplimiento defectuoso él mismo o que un tercero lo repare. El art. 77, que exige que la parte que invoque el incumplimiento del contrato mitigue la pérdida, autoriza tales medidas siempre que sean razonables en las circunstancias*”<sup>246</sup>. Si el vendedor pudo subsanar, pero el comprador recurrió inmediatamente a otros derechos o acciones de reparación, esta posibilidad debe evaluarse con arreglo al art. 77 CISG.<sup>247</sup> La subsanación sigue siendo una concesión para el vendedor, mientras que la exigencia de cumplimiento es un derecho del comprador<sup>248</sup>. Por lo tanto, el art. 77 limita el reclamo del comprador por daños y perjuicios en

---

*negando el pago por daños [...] violaría el mandato del art. 7 (1) de interpretar la Convención de una manera que promueva la buena fe en el comercio internacional”.*

<sup>242</sup> Peter Huber / Markus Altenkirch, *Buyer’s right to cure?* (n. 231), 544. Los autores concluyen, sin embargo, lo contrario, que los derechos del comprador están limitados por el derecho del vendedor a la subsanación.

<sup>243</sup> Maier-Lohmann, *Buyer’s self-repair of non-conforming goods versus seller’s right to cure under Article 48 of the CISG* (n. 233), 66; Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 48 párr. 296.1.

<sup>244</sup> Es cuestionable si el Art. 77 CISG se limita al Art. 74 CISG o si también puede aplicarse al Art. 50 CISG para armonizar ambas soluciones. La redacción, la posición sistemática y el historial de redacción del art. 77 CISG obstaculizan la aplicación directa del art. 50 CISG, cf. *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 73 párr. 3; Witz, en Witz / Salger / Lorenz (n. 31), Art. 77 párr. 3; Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 77 párr. 419,3. Sin embargo, se puede argumentar que el principio de mitigación de daños establecido en el Art. 77 CISG es un principio general CISG (Art. 7(2) CISG) y por lo tanto se aplica en escenarios comparables, cf. Huber, en *Münchener Kommentar zum BGB* (n. 31), Art. 77 párr. 3; Schwenzler, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 77 párr. 4.

<sup>245</sup> Maier-Lohmann, *Buyer’s self-repair of non-conforming goods versus seller’s right to cure under Article 48 of the CISG* (n. 233), 66. El reclamo del comprador por daños se reducirá de conformidad con el Art. 77 oración 2.

<sup>246</sup> *Comentario de la Secretaría* (n. 11), Art. 42 párr. 14.

<sup>247</sup> Rechtbank (Tribunal de Distrito) Gelderland, 7296250, 25 de enero de 2019, CISG-online 4400; Rechtbank (Tribunal de Distrito) Gelderland, 30 de julio de 2014, C / 05/250706 / HA ZA 13-630, CISG-online 2541; Maier-Lohmann *Buyer’s self-repair of non-conforming goods versus seller’s right to cure under Article 48 of the CISG* (n. 233), 70.

<sup>248</sup> Cf. Bridge, *Curing a Seller’s Defective Tender or Delivery of Goods in Commercial Sales* (n. 125), 231.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

los casos en que la acción directa del comprador a otros derechos o acciones, por ejemplo, la auto reparación<sup>249</sup>, no sea razonable.

**ee) Exclusión de otros derechos o acciones**

**14. Durante un plazo razonable fijado por el comprador en virtud del art. 47 CISG, o fijado por el vendedor en virtud del art. 48 (2) CISG y aceptado expresa o implícitamente por el comprador, el comprador no podrá recurrir a ninguna acción incompatible con la subsanación.**

3.73 El art. 47(1), así como los arts. 48(2) y (3) CISG, brindan a ambas partes la oportunidad de aclarar cualquier incertidumbre con respecto a la ejecución de la subsanación mediante el establecimiento de un cierto plazo. Estas disposiciones rigen la situación en la que el vendedor, después de haber sido notificado de conformidad con el art. 39 CISG, ofrece una subsanación (arts. 48(2) y (3) CISG) o no reacciona (art. 47(1) CISG). De conformidad con el art. 47(1) CISG, el comprador puede fijar un período adicional razonable para que el vendedor cumpla. De conformidad con el art. 48(2) CISG, el vendedor puede solicitarle al comprador que le comunique si aceptará la subsanación dentro de un plazo especificado. De conformidad con el art. 48(3) CISG, se supone que la notificación del vendedor en la que se informa al comprador que cumplirá su cometido dentro de un plazo determinado incluye dicha solicitud. Estas disposiciones dan efecto legal a la comunicación entre las partes en situaciones de subsanación<sup>250</sup>. Buscan garantizar que, durante los respectivos períodos, el vendedor pueda subsanar sin que el comprador recurra a otros derechos o acciones que frustrarían el derecho del vendedor a subsanar. Durante estos períodos, el vendedor confía razonablemente en su segunda oportunidad de cumplir y, por lo tanto, necesita alguna forma de protección.

3.74 En la práctica, pueden surgir conflictos entre las dos partes que establecen plazos diferentes: el comprador puede establecer primero un plazo de conformidad con el art. 47(1) CISG. Tal como se mencionó anteriormente, este plazo debe ser razonable. Qué es razonable debe determinarse sobre una base de caso por caso. Los criterios pertinentes son, *inter alia*, la naturaleza de las mercaderías, la duración inicial del plazo de entrega y la ubicación de ambas partes y las mercaderías (especialmente si el envío es necesario o no)<sup>251</sup>. Con respecto a la falta de conformidad, el plazo adicional debe brindarle al vendedor una oportunidad realista de entregar mercaderías sustitutivas o de reparar las mercaderías no conformes<sup>252</sup>. Si, de acuerdo con todas estas circunstancias, el plazo es demasiado corto, da lugar a que empiece un plazo

---

<sup>249</sup> Véase, en general, sobre el aspecto de daños en caso de auto reparación, Maier-Lohmann, *Buyer's self-repair of non-conforming goods versus seller's right to cure under Article 48 of the CISG* (n. 233), para un enfoque similar y Katarzyna Kryla-Cudna, *Damages for the Cost of Repair and the Seller's Right to Cure in International Sales Contracts*, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3521209](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3521209) para el enfoque opuesto.

<sup>250</sup> Honnold / Flechtner (n. 8), Art. 48 párr. 297. Un ejemplo en el que la comunicación insuficiente obstaculizó el derecho del vendedor a obtener una subsanación es Landgericht (Tribunal de Distrito) Regensburg, 17 de diciembre de 1998, 6 O 107/98, CISG-online 514.

<sup>251</sup> Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 47 párr. 10.

<sup>252</sup> Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 47 párr. 6.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

razonable<sup>253</sup>. Incluso si el vendedor no reacciona cuando el comprador establece este plazo de *Nachfrist*, el comprador está obligado a cumplir con su declaración durante este plazo o, si es demasiado corto, durante un período de duración razonable. Sin embargo, si el vendedor simplemente rechaza la solicitud del comprador para el cumplimiento de la subsanación (de conformidad con el art. 47(1) CISG) sin ofrecer una subsanación durante un plazo alternativo (de conformidad con el art. 48(2) CISG), el comprador ya no está obligado y puede recurrir inmediatamente a los derechos o acciones disponibles<sup>254</sup>. En primer lugar, en caso de que la falta de conformidad sea esencial, estos derechos o acciones podrían ser la resolución o el reclamo por daños calculados sobre la base de una compra de remplazo. En segundo lugar, y en todos los demás casos, el comprador puede solicitar una reducción del precio de compra o una indemnización por el valor reducido de las mercaderías; esta última puede calcularse sobre la base de la reparación realizada por un tercero. Sin embargo, si el vendedor, a su vez, ofrece una subsanación que sugiere un plazo más largo que el plazo del comprador en virtud del art. 47(1) CISG (que constituye una solicitud en virtud del art. 48(2) CISG), ahora es nuevamente el turno del comprador para reaccionar en un plazo razonable<sup>255</sup> a esta contrapropuesta. Si el comprador rechaza la oferta del vendedor de subsanar dentro del plazo especificado, el vendedor debe cumplir con la subsanación dentro del tiempo razonable originalmente establecido por el comprador (de conformidad con el art. 47(1) CISG)<sup>256</sup>. Sin embargo, si el comprador no reacciona a la solicitud del vendedor de conformidad con el art. 48(2) CISG, no podrá, durante ese plazo, "*recurrir a ningún derecho o acción que sea incompatible con el cumplimiento por parte del vendedor*"<sup>257</sup>.

3.75 El art. 48(2) CISG también regula los casos en los que el comprador no fijó ningún plazo adicional en virtud del art. 47(1) CISG<sup>258</sup>. Si el comprador, en esa situación, no cumple con la solicitud del vendedor dentro de un tiempo razonable, el vendedor puede cumplir dentro del tiempo indicado en su solicitud<sup>259</sup>. Sin embargo, si el comprador se opone, el vendedor aún puede cumplir dentro del tiempo que se considere razonable en virtud del art. 48(1) CISG. No surge un conflicto entre los arts. 47(1) y 48(1) CISG, ya que el comprador mismo no estableció un *Nachfrist*. El comprador, a su vez, puede acortar este plazo al fijarse él mismo un período adicional razonable en virtud del art. 47(1) CISG.

---

<sup>253</sup> Kantonsgericht (Tribunal de Primera Instancia) Zug, 14 de diciembre de 2009, A2 2001 105, CISG-online 2026; Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Naumburg, 27 de abril de 1999, 9 U 146/98, CISG-online 512; Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 47 párr. 8.

<sup>254</sup> El vendedor ya no invoca su segunda oportunidad para cumplir y, por lo tanto, no necesita ninguna protección.

<sup>255</sup> Este plazo debe ser más corto que el plazo para auto subsanación, cf. Huber, en Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (n. 5), Art. 48 párr. 32.

<sup>256</sup> De lo contrario, el vendedor podría eludir el plazo razonable propuesto por el comprador en el Art. 47 (1) CISG.

<sup>257</sup> Artículo 48 (2) oración 2 CISG.

<sup>258</sup> Por ejemplo, Handelsgericht (Tribunal de Comercio) Aargau, 5 de noviembre de 2002, OR.2001.00029, CISG-online 715.

<sup>259</sup> El propósito del Art. 48(2) CISG es proteger al vendedor, Müller-Chen, en *Schlechtriem & Schwenzler* (n. 4), Art. 48 párr. 24.

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

ADDENDUM: CASOS CITADOS

### **Argentina**

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 31 mayo 2007, CISG-en línea 1517

### **Austria**

Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 15 enero 2013, 4 Ob 208/12k, CISG-en línea 2398

Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 22 noviembre 2011, CISG-en línea 2239

Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 12 setiembre 2006, 10 Ob 122/05x, CISG-en línea 1364

Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 8 noviembre 2005, 4 Ob 179/05k, CISG-en línea 1156

Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 14 enero 2002, 7 Ob 301/01t, CISG-en línea 643

Oberster Gerichtshof (Corte Suprema de Austria), 29 junio 1999, 1 Ob 74/99k, CISG-en línea 483

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Graz, 22 noviembre 2012, 3 R 192/12y, CISG-en línea 2459

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Linz, 18 mayo 2011, 1 R 181/10h, CISG-en línea 2443

Landgericht (Tribunal de Distrito) Linz, 30 junio 2010, 5 Cg 176/06m-62, CISG-en línea 3008

### **Canadá**

*Pattison Outdoor Advertising LP v. Zon LED LCC*, Corte Suprema de Columbia Británica, 6 Abril 2018, CISG-en línea 3224

### **República Popular de China**

湖北省武汉经济技术开发区人民法院 (Tribunal Popular de la Zona de Desarrollo Económico y Tecnológico de Wuhan), 30 junio 2000, CISG-en línea 2028

### **Unión Europea**

*Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer (C-65/09) e Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH (C-87/09)*, Corte de Justicia Europea, 16 junio 2011

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

## **Francia**

Cour de cassation (Corte de Justicia de Francia), 23 enero 1996, 93-16.542, CISG-en línea 159

Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) Reims, 30 junio 2015, 13/02339, CISG-en línea 2703

Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) d'Orléans, 28 febrero 2008, 07/01189, CISG-en línea 5028

Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) Colmar, 24 octubre 2000, 200002525, CISG-en línea 578

Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) de Paris, 4 marzo 1998, 97/24418, CISG-en línea 535

Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) de Grenoble, 94/3859, 23 octubre 1996, CISG-en línea 305

Cour d'appel (Tribunal de Apelaciones) de Grenoble, 26 abril 1995, 93/4879, CISG-en línea 154

## **Alemania**

Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), orden indicativa 8 enero 2019, VIII ZR 225/17

Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 24 setiembre 2014, VIII ZR 394/12, CISG-en línea 2545

Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 21 diciembre 2011, VIII ZR 70/08

Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 15 julio 2008, VIII ZR 211/07, Neue Juristische Wochenschrift 2008, 2837

Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 11 enero 2006, VIII ZR 268/04, CISG-en línea 1200

Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 3 abril 1996, VIII ZR 51/95, CISG-en línea 135

Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Alemania), 21 junio 1967, VIII ZR 26/65, Neue Juristische Wochenschrift 1967, 1903

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Stuttgart, 27 noviembre 2019, 3 U 239/18, CISG-en línea 5410

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Zweibrücken, 29 octubre 2012, 8 U 22/10, CISG-en línea 2696

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Köln, 4 octubre 2002, CISG-en línea 709

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Naumburg, 27 abril 1999, 9 U 146/98, CISG-en línea 512

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Koblenz, 31 enero 1997, CISG-en línea 256

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Nürnberg, 20 setiembre 1995, 12 U 2919/94, CISG-en línea 267

Oberlandesgericht (Tribunal de Apelaciones) Hamm, 9 junio 1995, 11 U 191/94, CISG-en línea 146

Landgericht (Tribunal de Distrito) Stade, 16 abril 2015, 5 O 122/14, CISG-en línea 2668

Landgericht (Tribunal de Distrito) Stade, 15 mayo 2014, 8 O 70/13, CISG-en línea 2988

Landgericht (Tribunal de Distrito) Zweibrücken, 19 marzo 2010, 6 HK. O 13/03, CISG-en línea 2794

Landgericht (Tribunal de Distrito) Landsberg am Lech, 21 junio 2006, 1 C 1025/06, CISG-en línea 1460

Landgericht (Tribunal de Distrito) Stendal, 12 octubre 2000, 22 S 234/99, CISG-en línea 592

Landgericht (Tribunal de Distrito) Regensburg, 17 diciembre 1998, 6 O 107/98, CISG-en línea 514

Landgericht (Tribunal de Distrito) Oldenburg, 9 noviembre 1994, 12 O 674/93, CISG-en línea 114

Landgericht (Tribunal de Distrito) Oldenburg, 6 julio 1994, 12 O 3010/93, CISG-en línea 274

Amtsgericht (Tribunal Local) München, 23 junio 1995, 271 C 18968/94, CISG-en línea 368

## **Grecia**

Polimeles Protodikio Athinon (Tribunal de Primera Instancia de varios miembros de Atenas), 2009, 4505/2009, CISG-en línea 2228

## **Italia**

Tribunale di (Tribunal de Distrito) Modena, 19 febrero 2014, 2340/2006, CISG-en línea 2751

Tribunale (Tribunal de Distrito) di Forli, 11 diciembre 2008, 2280/2007, CISG-en línea 1729

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

### **República de Corea del Sur**

서울고등법원 (Tribunal de Apelaciones de Seúl), 17 enero 2013, 2012Na27850, CISG-en línea 2832

### **Holanda**

Gerechtshof (Tribunal de Apelaciones) Arnhem, 7 octubre 2008, CISG-en línea 1749

Rechtbank (Tribunal de Distrito) Gelderland, 25 enero 2019, 7296250, CISG-en línea 4400

Rechtbank (Tribunal de Distrito) Gelderland, 30 julio 2014, C/05/250706 / HA ZA 13-630, CISG-en línea 2541

### **Polonia**

Sąd Najwyższy (Corte Suprema de Poland), 13 setiembre 2017, IV CSK 662/16, CISG-en línea 4269

Sąd Apelacyjny w Białymstoku (Tribunal de Apelaciones de Bialystok), 18 marzo 2016, I ACa 177/15, CISG-en línea 4419

### **Federación Rusa**

Tribunal Arbitral Federal del Área del Cáucaso Norte, Krasnodor, 3 octubre 2011, A63-4588/2010, CISG-en línea 2518

### **Suiza**

Bundesgericht (Corte Suprema de Suiza), 16 julio 2012, 4A\_753/2011, CISG-en línea 2371

Bundesgericht (Corte Suprema de Suiza), 18 mayo 2009, CISG-en línea 1900

Obergericht (Tribunal de Apelaciones) del Cantón de Argovia, 3 marzo 2009, ZOR.2008.16/eb, CISG-en línea 2013

Handelsgericht (Tribunal Comercial) Zürich, 17 setiembre 2014, HG130167-O/U, CISG-en línea 2656

Handelsgericht (Tribunal Comercial) Zürich, 18 junio 2012, HG060451, CISG-en línea 2660

Handelsgericht (Tribunal Comercial) del Cantón de Zürich, 24 octubre 2003, HG010395/U/zs, CISG-en línea 857

Handelsgericht (Tribunal Comercial) Argovia, 5 noviembre 2002, OR.2001.00029, CISG-en línea 715

TRADUCCIÓN, MAURICIO PARÍS.

Handelsgericht (Tribunal Comercial) del Cantón de Zürich, 10 febrero 1999, HG 970238.1  
CISG-en línea 488

Kantonsgericht (Tribunal de Primera Instancia) Zug, 30 agosto 2007, A3 2006 79, CISG-en  
línea 1722

Kantonsgericht (Tribunal de Primera Instancia) Zug, 14 diciembre 2009, A2 2001 105, CISG-  
en línea 2026

Kantonsgericht (Tribunal de Primera Instancia) Schaffhausen, 27 enero 2004, 11/1999/99,  
CISG-en línea 960

### **Reino Unido**

*Ruxley Electronics and Construction Limited (Apelantes) v Forsyth (Demandado)*, 29 Junio  
1995, [1995] 3 All ER 268, [1996] AC 344, [1995] 3 WLR 118, [1995] CLC 905, [1995]  
UKHL 8.

### **Estados Unidos de América**

*Zodiac Seats US LLC v. Synergy Aerospace Corp.*, Tribunal de Distrito de los EE.UU. para el  
Distrito del Sur de Texas, 8 abril 2020, CISG-en línea 5172

*Urica, Inc. v. Pharmaplast S.A.E.*, Tribunal de Distrito de los EE. UU. para el Distrito Central  
de California, 8 agosto 2014, CISG-en línea 2952

### **Laudos Arbitrales**

Ad hoc Arbitration, 10 noviembre 2010, CISG-en línea 2154

Comisión de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China, 31 mayo 2006,  
CISG/2006/01, CISG-en línea 1454

Comisión de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China, 21 octubre 2002,  
CISG/2002/16, CISG-en línea 1557

Comisión de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China, 18 Setiembre 2006,  
CISG/2006/24, CISG-en línea 2053

*Beijing Light Automobile Co., Ltd v. Connell Limited Partnership*, Laudo Arbitral, Cámara de  
Comercio de Estocolmo, 5 junio 1998, CISG-En línea 379

Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, 1994, CISG-en línea  
565