

EL RIESGO DE LAS MERCADERÍAS EN LA COMPRVENTA INTERNACIONAL EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CVCIM)

Alvaro Vidal Olivares (*)

RESUMEN

La Convención de Viena sobre compraventa internacional regula el instituto del riesgo, vinculando su transmisión al comprador con sucesos comerciales relevantes en los tipos contractuales más frecuentes en el tráfico. En la Convención, la pérdida o deterioro accidental de las mercaderías, posterior a la transmisión del riesgo al comprador, no le libera de su obligación de pagar el precio, ni menos aún le autoriza para invocar dicha pérdida, o deterioro, como incumplimiento contractual, salvo que él mismo pruebe que su causa fue la conducta del vendedor. Mientras el riesgo no se transmita al comprador, el vendedor debe soportar la pérdida o deterioro que experimenten las mercaderías, debiendo, igualmente, cumplir su obligación de entrega; si no lo hace, hay incumplimiento contractual, con las consecuencias jurídicas que éste produce.

ABSTRACT

The Vienna Convention about international contract of purchase and sale governs the risk institute, linking its communication to the buyer with relevant commercial events in the most frequent contract types in traffic. In the convention, the loss or accidental damage of the merchandise, after the risk is informed to the buyer, does not free the buyer from his obligation to pay the price nor does it authorize

* Prof. Dr. Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso.

him to proclaim such loss or damage to contract unfulfillment unless he can prove that the behavior of the seller caused it. While the risk is not communicated to the buyer, the seller must respond for the loss or damage that the merchandise suffers and at the same time must fulfill his obligation of delivery; if he does not do this, there is contract unfulfillment with the legal consequences this brings.

INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CVCIM) es ley de la República desde el año 1990, sin embargo, no ha existido en Chile, hasta ahora, interés por estudiarla, ni tampoco existe sentencia judicial conocida que la aplique. Esta situación resulta más crítica si se compara con la de otros Estados partes, en los que el interés por conocer, estudiar y aplicar esta regulación es creciente, lo que resulta plenamente justificado si se considera que la Convención de Viena regula el instrumento jurídico en que se materializan las operaciones de importación y exportación de mercaderías propias del comercio internacional. Se percibe la sensación de que en Chile se la considera un cuerpo de escasa importancia en el terreno práctico. Chile es un país que desde hace tiempo cuenta con una economía abierta y dependiente del comercio internacional. Los exportadores, esto es los vendedores internacionales, sin ser conscientes de ello, por el solo hecho de celebrar el contrato en que se concreta la exportación, se someten a un derecho nuevo, desconocido y ajeno a la cultura jurídica chilena. En efecto, todos los contratos de compraventa, en que concurran las condiciones de aplicabilidad de esta Convención, se someten a sus disposiciones, con prescindencia del derecho interno. Dentro de las referidas condiciones se destacan: a) que se trate de una compraventa de mercaderías, excluyéndose aquellas que tienen por objeto mercaderías compradas para uso familiar, personal o doméstico [*compraventa de consumo*]; las realizadas en subastas; las judiciales, las de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio o dinero; de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; y de electricidad [*véase artículo 2 CVCIM*]; b) que las partes del contrato tengan su establecimiento en Estados contratantes diversos; o, que por aplicación del derecho internacional privado, resulte aplicable el derecho de un Estado contratante [*véase artículo 1(1) CVCIM*]. Dentro del derecho contenido en Viena, resulta extremadamente interesante la regulación del riesgo de las mercaderías, materia en la que se adopta un criterio práctico, vinculando el momento de su transmisión, ya no con conceptos generales y abstractos, como ocurre en el derecho interno, sino con sucesos comerciales relevantes según el tipo contractual de que se trate. Además, la eficacia del riesgo, tanto de la prestación, como de la contraprestación, se articula al margen de la ausencia de culpa o del caso fortuito o de fuerza mayor, siendo suficiente la desvinculación causal entre la pérdida o deterioro y la conducta del vendedor. Este

trabajo tiene por objeto construir dogmáticamente, a partir de las disposiciones, conceptos y principios contenidos en la Convención, el régimen jurídico del riesgo de las mercaderías; régimen que, sin ser conscientes, desde hace más de una década convive con el tradicional del código civil y de comercio. Para estos efectos, estudiaremos el riesgo de las mercaderías, distinguiendo entre el riesgo de la prestación y el de la contraprestación; los criterios de reparto de este riesgo en la tipología contractual de las compraventas directas e indirectas y, finalmente, la incidencia que tiene el incumplimiento del vendedor en los efectos de la transmisión del riesgo.

I. LA REGULACIÓN DEL RIESGO DE LAS MERCADERÍAS

A. La técnica legislativa de la CVCIM

En los ordenamientos jurídicos codificados la transmisión del riesgo de las mercaderías, no recibe un tratamiento jurídico uniforme, sin embargo entre ellos existe un denominador común: el empleo de una fórmula tradicional apriorística que vincula dicha transmisión a conceptos jurídicos generales y abstractos, como son la celebración del contrato¹, la transferencia de la propiedad², o la entrega de las mercaderías³, fórmula que viene seguida de una serie de excepciones para casos concretos.

El Grupo de Trabajo de UNCITRAL, al examinar la Ley Uniforme sobre Compraventas Internacionales de 1964 [LUCI] que adopta esta fórmula de los derechos codificados [*la entrega*], consideró fundamental adoptar un régimen jurídico de transmisión del riesgo que prescindiera de un concepto único, abstracto y

¹ El criterio de la conclusión del contrato [*periculum est emptoris*] consiste en que el comprador soporta los riesgos de deterioro o pérdida de las mercaderías, desde la celebración del contrato de compraventa hasta su entrega. En el Código Civil chileno los riesgos se transmiten al comprador desde la celebración del contrato; la regla es la del *res perit creditori*, previéndose, excepcionalmente, la regla contraria, la del *res perit debitoris*. Nuestro Código Civil trata el problema de los riesgos de la especie o cuerpo cierto en los artículos 1550 y 1820, norma esta última reproducida en el artículo 142 del Código de Comercio.

² Este es el criterio adoptado por los artículos 1138 y 1583 del Código Civil francés. El Código Civil italiano de 1942, al igual que en el modelo francés, consagra la compraventa traslativa de la propiedad [*artículo 1376*] y vincula la transmisión del riesgo de la cosa a la transferencia de la propiedad [*artículo 1451, inciso 1*]. Finalmente, en el Derecho inglés, en la Sale of Goods Act 1979, la sección 18 (1), dispone que en la compraventa de cosa específica se presume que la intención de las partes es transferir la propiedad en el mismo momento de la celebración del contrato, transmitiéndose, en ese mismo momento, los riesgos asociados con la cosa. [*Sección 20*].

³ En el Derecho alemán, el vendedor soporta el riesgo de la cosa hasta su entrega, salvo que ésta no se produzca a causa de la mora del comprador. [*§ 446 del BGB*] Si entre la celebración del contrato y la entrega, la cosa se destruye, sin culpa del deudor, se autoriza al comprador para resolver el contrato [*§ 323 del BGB*]. Este es el criterio que recogen recientes cuerpos normativos, como el Código Civil peruano y en el Nuevo Código Civil Patrimonial Neerlandés (NBW).

general y la desvinculara de la entrega de las mercaderías⁴. En definitiva, se modifica la regulación del riesgo de la LUCI⁵, adoptándose uno similar al actualmente vigente en el *Uniform Commercial Code norteamericano*. [Secciones 2-509 y 2-510]⁶ y en los INCOTERMS 2000. Se instaura un régimen de transmisión sobre la base de una tipología contractual que comprende las compraventas más usuales en el tráfico internacional, definiendo el momento de transmisión del riesgo para cada uno de ellos en conexión con sucesos comerciales concretos⁷. En suma, se abandona esta fórmula abstracta apriorística y se asume una pragmática que define la transmisión del riesgo en estrecha vinculación con el cumplimiento de la obligación de entregar.

B.- EL RIESGO DE LAS MERCADERÍAS EN LA CONVENCIÓN

Los artículos 66 a 70 de la CVCIM regulan el instituto del riesgo de las mercaderías, fijando los momentos de su transmisión al comprador y, al mismo tiempo, estableciendo las consecuencias jurídicas de su realización⁸.

La Convención prescribe sobre el riesgo en sentido estricto, esto es, el de deterioro o pérdida de las mercaderías, opuesto a aquel riesgo contractual de que se produzca

⁴ Véase el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Compraventa internacional sobre la marcha de los trabajos del tercer período de sesiones [A/CN.9/62], *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Vol. III, Nueva York, 1973, pp. 88 y ss.

⁵ Cfr. Bernd von Hoffmann, **Passing of Risk, International Sale of Goods**, Dubronik Lectures, Editado por Petar Šacevic y Paul Volken, Oceana Publications, New York, 1985, (pp. 265 y ss), p. 297. El autor precisa que en la CVCIM se reemplaza una aproximación conceptual [vigente en la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional, en adelante, LUCI] por una tipológica, dando respuesta sobre el evento comercial que determina la transmisión del riesgo al comprador para cada tipo contractual.

⁶ Para un estudio sobre el régimen de transmisión del riesgo en el UCC: James J. White & Robert S. Summers, **Uniform Commercial Code**, Fourth Edition, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1995, § 5, pp. 160 y ss; Charles L. Knapp & Nathan M. Crystal, **Rules of Contract Law**, Aspen Law & Business, 1993, pp. 63 y ss; John D. Calamari & Joseph M. Perillo, **Contracts**, Third Edition, St. Paul Minn., West Publishing Co., 1987, § 13-26, Risk of Loss: Sale of Goods, pp. 580 y ss; Luois F. Del Luca, Egon Guttman & Alphonse M. Squillante, **Sales, Under the Uniform Commercial Code and the Convention on International Sale of Goods, Commercial Transactions Volume II**, Ap. Anderson Publishing Co., Ohio, 1993.

⁷ Se trata de una técnica jurídica “*analítica-tipológica*” que tiene por objeto buscar las mejores soluciones prácticas atendiendo a las circunstancias del caso. De Olivencia Ruiz, Manuel. “Derechos y Obligaciones del vendedor y transmisión de los riesgos en la Convención”, *Anuario Jurídico de México*, 1983, p. 95.

⁸ El artículo 66 CVCIM contiene la regla del riesgo y define las consecuencias jurídicas que se siguen de su transmisión. En los artículos 67 a 69 se fija el presupuesto que debe concurrir para que la transmisión del riesgo se produzca. Finalmente, el artículo 70 dispone sobre la relación entre el incumplimiento del vendedor y la realización posterior del riesgo.

la insatisfacción del interés del acreedor por el incumplimiento, envuelto en todo contrato y que corresponde a la acepción más amplia de riesgo desde una perspectiva jurídica contractual⁹.

Dentro del concepto estricto de riesgo, se distinguen tres especies: el riesgo de la cosa, que lo soporta su dueño; el de la prestación, cuando la cosa constituye el objeto de la prestación de dar; y el de la contraprestación o de la obligación de pagar el precio¹⁰. El riesgo de la prestación alude al riesgo de pérdida, o deterioro, a que están expuestas las mercaderías, objeto de la obligación de entregar, desde la celebración del contrato hasta el momento de su transmisión al comprador. En cambio, el de la contraprestación, presente en las relaciones contractuales sinalagmáticas [*en nuestro caso, la compraventa*], persigue definir la repercusión de la pérdida, o deterioro, accidental de las mercaderías, posterior a la transmisión del riesgo al comprador, en la obligación correlativa de pagar el precio. La Convención regula específicamente el problema del riesgo de la contraprestación, dejando entregado el del riesgo de la prestación a las reglas generales sobre cumplimiento de la obligación de entregar. Atendido el objeto de este trabajo, estudiaremos primeramente el riesgo de la contraprestación y luego el de la prestación.

C. EL RIESGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN EN LA CONVENCIÓN DE VIENA

1. Definición del problema

El problema del riesgo de la contraprestación se traduce en lo siguiente: producida la pérdida, o deterioro, accidental de las mercaderías después de la transmisión del riesgo, el comprador sigue obligado a pagar el precio de las mercaderías o, por el contrario, puede negarse a pagar, ejerciendo alguno de los remedios por incumplimiento del vendedor.

⁹ Cfr. Barry Nicholas, **Art. 66, Loss After Risk has Passed, Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention**, AA.VV., y C.M. Bianca & M.J. Bonell, Giuffrè, Milan 1987, par. 1.2. El autor nos dice que la palabra “*riesgos*” tiene una amplia gama de significados, afirmándose en algunas oportunidades que el propósito del derecho de los contratos es asignar o distribuir entre las partes, los riesgos de todas las pérdidas que pueden resultar del cumplimiento de la relación contractual. Sin embargo, sostiene el autor, en la CVCIM la palabra se usa en su sentido más restringido, referido a la incidencia que tiene la pérdida o deterioro accidental de las mercaderías.

¹⁰ Para un estudio detenido: M. Alonso Pérez, **El riesgo en el contrato de Compraventa**, Madrid, 1972, pp. 392 y ss.

El artículo 66 de la Convención resuelve el problema del riesgo de la contraprestación, o de la obligación correlativa del pagar el precio¹¹, prescribiendo que desde que el riesgo se transmite al comprador, su obligación de pagar el precio se independiza de la relación sinalagmática, de modo que deberá cumplirla íntegramente, pese a la pérdida o deterioro de las mercaderías¹². Esta independencia es consecuencia de que el vendedor ha cumplido su parte del contrato. Seguidamente, el comprador no puede invocar aquella pérdida, o deterioro, como incumplimiento del contrato e intentar alguno de los remedios previstos en el artículo 45 CVCIM. Técnicamente no hay incumplimiento contractual porque el presupuesto de la transmisión del riesgo es precisamente el cumplimiento de la obligación del vendedor¹³.

2. Supuesto del artículo 66 de la Convención

La solución del riesgo de la contraprestación se aplica cuando, habiéndose transmitido el riesgo al comprador, se produce la pérdida o deterioro accidental de las mercaderías.

2.1.- Pérdida o deterioro de las mercaderías. La doctrina mayoritaria es de la opinión que la expresión “*deterioro o pérdida*” de las mercaderías debe entenderse en su sentido más amplio, más allá de su desaparición o detrimento físico¹⁴. Consecuentemente, por pérdida, no sólo hay que entender destrucción, extravío o robo de las mer-

¹¹ Así se recoge: Guillermo Alcover Garau, **La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil, erecho español e internacional**, Editorial Civitas [Monografías], primer edición, Madrid, 1991, p. 112; Jorge Caffarena Laporta, **La transmisión del riesgo [artículos 66-70], La Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena**, Díez-Picazo y Ponce León, Luis, [Director y Coordinador], AA.VV.; Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, España, p. 275; Joseph Lookofsky, **Understanding CISG in SCANDINAVIA, A compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods**, DJOF Publishing Copenhagen, Denmark, 1996, p. 71; L. Sevón, *Passing the Risk [Gefahrenübergang-Risques-Risk]*, The 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods, Lausanne Colloquium of November 19-20, 1984, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1985 (pp. 191 y ss), p.195, par. B.1. Neil Gary Oberman, *Transfer of risk from seller to buyer in international commercial contracts: A comparative analysis of risk allocation under CISG, UCC and Incoterms*, en internet www.cisg.law.pace.edu, p. 1416.

¹² Así se recoge de P.M. Roth, **The Passing of Risk; UNCITRAL'S FIRST DECADE, General Introduction International Sale of Goods**, John O. Honnold [Special Editor], AA.VV., J. Am. Com. Law, Spring/Summer, 1979 (pp.291-310), p. 294.

¹³ Cfr. especialmente: Barry Nicholas, Artículo 66, cit. N.9, pars. 2 -2.2

¹⁴ Por todos: Guillermo Alcover Garau, cit. N.11, pp. 116: “...el artículo 66 utiliza la tradicional expresión de “*pérdida o deterioro*” que, como señala de forma unánime la doctrina, se debe interpretar, máxime en el comercio internacional, en sentido amplio, a fin de abarcar los múltiples supuestos de riesgos de las mercaderías en el tráfico moderno”. Atribuyendo a la expresión «*pérdida o deterioro*” un sentido más restringido: Jorge Adame Godard, **El Contrato de Compraventa Internacional**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: *Estudios Doctrinales*, Nº 153, Universidad Nacional Autónoma de México, McGraw-Hill, México, 1994, p. 327: “*El riesgo consiste en la merma patrimonial que va a sufrir el comprador o el vendedor por el deterioro o pérdida de las mercaderías, sobrevenido por causas que no sean imputables a un acto u omisión de ellos*”.

caderías [*supuesto de desaparición*], sino también otros supuestos en los que interviene un hecho que impide que el comprador las reciba. Por su parte, el deterioro comprende cualquier caso en que las mercaderías no sean conformes con el contrato acorde lo dispone el artículo 35 de la Convención, es decir, deterioro equivale a “*falta de conformidad*”¹⁵.

2.1. Carácter accidental de la pérdida o deterioro. La regla del riesgo de la contraprestación sólo se aplica si la pérdida o deterioro de las mercaderías haya sido accidental, esto es, que no se haya debido a un acto u omisión del propio vendedor o de una persona por cuya conducta él es responsable¹⁶. En la doctrina que comenta la Convención no hay acuerdo sobre el sentido y alcance de esta exigencia negativa [*artículo 66, in fine*].

En efecto, un sector de la doctrina afirma que la noción de riesgo se caracteriza por ir acompañada de la exoneración del vendedor por la pérdida, o deterioro, de las mercaderías. De modo que si el vendedor es responsable de ella, se excluye el efecto jurídico de la transmisión del riesgo, pasando de un supuesto de riesgo a uno de incumplimiento de contrato. Los autores que comparten esta opinión confunden la “*realización accidental del riesgo*” con la “*exoneración de responsabilidad del vendedor*”, en términos que hay lugar a los efectos de la primera en la medida que su causa sea un impedimento exoneratorio conforme el artículo 79(1) CVCIM¹⁷.

Por su parte, otro sector doctrinal entiende el riesgo de manera más apropiada, manifestando que hay riesgo en la medida que su realización no sea a causa de un acto u omisión del vendedor – *que sea accidental* - sin vincularla con la exoneración de responsabilidad del mismo¹⁸.

¹⁵ En la doctrina, Goodfriend vincula directamente la norma del artículo 66 CVCIM con la del artículo 35 CVCIM, y a partir de este último define lo que debe entenderse por “*deterioro de las mercaderías*” a efectos de la transmisión del riesgo. Goodfriend, *After the Damage is Done: Risk of Loss Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *Columbia Journal Transnational Law*, Vol. 22, N°3, 1894(pp. 575-606), pp. 580-581

¹⁶ A pesar de que el artículo 66 CVCIM sólo se refiera al “*acto u omisión del vendedor*”, a diferencia de la disposición del artículo 96 de la LUCI, que extendía la disposición a la conducta de los terceros por los que el vendedor era responsable. En la UNCITRAL se entiende que esta última regla constituye un principio general del Derecho uniforme, por lo que era innecesario explicitarlo para un caso concreto.

¹⁷ Véase: Jorge Adame Godard, **El contrato de compraventa internacional**, cit. N. 14, p. 328; y Jorge Caffarena Laporta, **Transmisión del riesgo**, cit. N.11, p. 516 y 519. Ambos autores sostienen la coincidencia necesaria entre la pérdida, o deterioro, que no tiene su origen en la conducta del vendedor y la exoneración de responsabilidad de este último.

¹⁸ Véase: Enderlein & Maskow, **Art. 66, International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods**, [con Fritz Enderlein], Oceana Publications, New York, 1992, p. 260, par. 1.3. [*los autores hablan de pérdida o daño*]

Nosotros adherimos la segunda opinión, principalmente, porque, a efectos de la Convención, cuando el riesgo se realiza después de su transmisión al comprador, técnicamente no corresponde hablar de exoneración de responsabilidad del vendedor, sencillamente, porque no hay incumplimiento contractual desde que dicha transmisión implica que el vendedor ha cumplido. En consecuencia, nada tiene que ver la pérdida o deterioro accidental de las mercaderías con la exoneración de responsabilidad del vendedor. A nuestro juicio, el primer sector de la doctrina se confunde porque lee la norma desde la perspectiva de la teoría de los riesgos del derecho civil, que exige la prueba del caso fortuito o de fuerza mayor.

Para la Convención es suficiente la desconexión causal de la pérdida o deterioro con la conducta del vendedor, sin que éste último esté obligado a probar la concurrencia de una causa de exoneración; muy por el contrario, será el comprador quien pruebe el carácter no accidental de la pérdida o deterioro, frenando así el efecto previsto por el artículo 66 CVCIM.

3. El riesgo de la contraprestación y la llamada Teoría de los Riesgos en el derecho civil

La Convención regula la problemática del riesgo de la contraprestación de forma diversa a la llamada “*Teoría de los Riesgos*” de los sistemas de derecho civil, aplicable a las relaciones obligatorias sinalagmáticas y cuyo objeto, en supuestos de destrucción o deterioro fortuito de la cosa específica debida, es dar respuesta sobre la suerte que corre la obligación correlativa, o sea, si ésta subsiste o se extingue. Si la obligación subsiste, el riesgo es de cargo del acreedor [*comprador*]; si se extingue, éste será del deudor [*vendedor*]. [*reglas del res perit creditoris o res perit debitoris*]

Esta diferencia se manifiesta, principalmente en que, por un lado, la Convención prevé el instituto de la transmisión del riesgo para compraventas, cuyo objeto son, principalmente, las mercaderías fungibles [*entiéndase genéricas*], en circunstancias que en el derecho civil, el instituto es inaplicable a esta clase de cosas¹⁹. Por otro, en la

accidental]; John Honnold, **Uniform Law for International Sales, Under the 1980 United Nations Convention**, Second Edition, Kluwer Law International, Philadelphia, 1991, par. 360 [*pérdida o deterioro accidental*]; Guillermo Alcover Garau, cit. N.11, p. 121 [*pérdida o deterioro fortuito*]; Peter Schlechtriem, **Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Volume/Band 9, Law Economics International Trade, Viena, 1986, p. 86 [*pérdida o daños accidentales*]. Nosotros nos inclinamos por emplear el primer calificativo de “*accidental*” por cuanto el de “*fortuito*” no se corresponde con la terminología de la Convención y puede conducir al equívoco de pensar que todo riesgo supone la exoneración de responsabilidad del vendedor.

¹⁹ Véase: Jorge Caffarena Laporta, *Genus nunquam perit*, A.D.C., 1982, Tomo XXXV, Fasc. II, pp. 291-373. - El requisito de identidad del pago en obligaciones genéricas, A. D. C., Tomo XXXVIII, Fasc. IV, 1985, pp. 909-940.

Convención los efectos jurídicos de la realización del riesgo no dependen de la aplicación del juicio de exclusión de responsabilidad [*caso fortuito o de fuerza mayor*], como sí ocurre en el derecho civil. En efecto, la hipótesis de la *Teoría de los Riesgos* es la destrucción, o deterioro de la cosa específica, pendiente su entrega, por un caso fortuito o de fuerza mayor²⁰.

En el derecho chileno, el problema del riesgo se plantea entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa y consiste en decidir, ante la pérdida, o deterioro, fortuita de la cosa específica, si el comprador [*acreedor de la obligación de entregar*] sigue obligado para con el vendedor a pagar el precio, pese a haberse extinguido la obligación de entregar [*véase artículo 1820 código civil y 142 código comercio*]²¹.

Si tuviésemos que expresar la regla del artículo 66 CVCIM, en términos de la Teoría de los Riesgos del derecho civil, diríamos: el riesgo de las mercaderías pertenece al vendedor desde la celebración del contrato hasta el momento que fije la Convención, según sea el tipo contractual concernido. Una vez transmitido el riesgo al comprador, la pérdida o deterioro de las mercaderías, no le libera de su obligación de pagar el precio, salvo que pruebe que dicha pérdida, o deterioro tiene su causa en un acto u omisión del vendedor [*accidental ex artículo 66 in fine*], en cuyo caso, podrá negarse a pagar el precio de las mercaderías y/o ejercer cualesquiera de los remedios de que dispone, sea por la falta de cumplimiento [*pérdida de la cosa*], sea por el cumplimiento defectuoso [*deterioro*].

La Convención, a diferencia de la teoría de los riesgos, pone el acento en un momento posterior a la transmisión del riesgo al comprador²². Generalmente, en la compraventa internacional desde que el vendedor ejecuta los actos de entrega de su cargo [*cumplimiento de la obligación de entregar*] hasta que el comprador recibe las mercaderías materialmente, transcurre un período de tiempo significativo, en el que éstas están expuestas al riesgo de pérdida, o deterioro, por un infinito número de

²⁰ No debe confundirse el problema de la imposibilidad sobrevenida no imputable de la obligación de una de las partes en el contrato sinalagmático [*Teoría de los Riesgos*] con el problema de la transmisión del riesgo de la pérdida, o deterioro, de las mercaderías. La Teoría de los Riesgos considera el momento en que se transmite el riesgo al acreedor, en tanto éste delimita su campo de aplicación; sin embargo, en ella intervienen, además, otros elementos, de concurrencia necesaria antes de la referida transmisión: la imposibilidad de la prestación; el carácter fortuito de la pérdida; la extinción de la obligación que deviene imposible; y el posible efecto liberatorio respecto de la obligación correlativa.

²¹ Véase: Jorge López Santa María, **Los Contratos Parte General**, Tomo II, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 558-559.

²² Son aquellas compraventas en que, las partes acuerdan, que la entrega de las mercaderías al comprador, se realizará mediante la puesta a disposición de las mismas a un transportista o porteador.

causas²³. En este período hay una alta probabilidad de realización del riesgo. Además, como ya se ha estudiado, en el Derecho Uniforme se prescinde de la idea de caso fortuito o de fuerza mayor, siendo suficiente la desconexión causal entre dicha pérdida o deterioro y la conducta del vendedor; de ella depende la eficacia jurídica del instituto del riesgo [*artículo 66 CVCIM, in fine*].

D. EL RIESGO DE LA PRESTACIÓN DEL VENDEDOR EN LA CONVENCION

1. Definición del problema

Una cosa es el problema del riesgo de la contraprestación y otra muy distinta es el del riesgo de la prestación²⁴. Cuando se habla del “*riesgo de la prestación del vendedor*”, se alude al riesgo de pérdida, o deterioro, a que están expuestas las mercaderías objeto de la obligación de entregar desde la celebración del contrato hasta la transmisión del riesgo al comprador [*artículos 67 a 69 CVCIM*]. Si se produce la realización del riesgo dentro de ese período, surgen las siguientes interrogantes: *¿qué sucede con el deber de prestación del vendedor?*; y *¿qué consecuencias jurídicas prevé la CVCIM para hipótesis como estas?*

La Convención no se pronuncia sobre este problema, debiendo recurrirse a las reglas generales sobre cumplimiento contractual²⁵. El vendedor sigue obligado a entregar las mercaderías conforme al contrato y si la pérdida o deterioro es causa de

²³ Así se recoge: André Tunc, “La transmisión de los riesgos en la ley uniforme”, *Anuario de Derecho Civil*, 1958, p. 1064; y John Honnold, “A comparison of National and Regional Unifications of the Law of Sales and Avenues toward their Harmonization: Prospects and Problems”, Honnold Ed., **Unification of the law Governing International Sale of Goods**, Paris, 1966, p. 18.

²⁴ Enderlein & Maskow, cit. N.18, 259-260, par 1.2-1.3. Los autores aluden al riesgo de la prestación con la expresión “*riesgo de tener que cumplir*”, que se halla estrechamente vinculado con el de pagar el precio [*riesgo de la contraprestación*]. Según ellos de la regla del “*riesgo de tener que cumplir*”, se sigue que el vendedor podría verse obligado a entregar nuevas mercaderías, o parte de las que se han perdido, o a reparar las que se hayan deteriorado. Lo cual quiere significar que, mientras el riesgo sea de cargo del vendedor, éste sigue obligado y si incumple, debe responder, según las reglas generales. Y, agregan, que si el vendedor logra exonerarse de responsabilidad, ésta únicamente afecta el remedio de los daños, siguiendo obligado respecto de la entrega, o reparación de las mercaderías. Los autores vinculan el riesgo de la prestación, con la regla del artículo 79 (1) CVCIM, desde que reconocen que el vendedor está obligado a evitar y superar las consecuencias del impedimento del cumplimiento: pérdida o deterioro de las mercaderías.

²⁵ Reconociendo la falta de regulación en las normas de la Transmisión del riesgo: John Honnold, & Curtis R. Reitz, **Sales Transactions Domestic and International Law, Cases, Problems and Materials**, University Casebook Series, Philadelphia, 1992, USA pp. 397-398: “*The Convention has no counterpart provision [refiriéndose al artículo 66 CVCIM] that relates seller’s duty to deliver to the rules of risk of loss*”.

incumplimiento, éste se sujetará a las normas que reglan sus efectos²⁶. En otras palabras, el vendedor queda obligado a superar las consecuencias del impedimento del cumplimiento [*pérdida o deterioro*], como lo haría una persona razonable en su situación. Si no lo hace, incumple el contrato, desencadenándose el sistema de remedios que la Convención pone a disposición del comprador, que van desde la acción de rebaja del precio hasta la resolución de contrato, en todo caso con derecho a la indemnización de daños, salvo que el vendedor acredite una causa de exoneración [*artículo 79(1) CVCIM*].

2. Solución jurídica al problema del “riesgo de la prestación” en la CVCIM

Como se anticipó, los artículos 66 a 70 CVCIM no reglamentan específicamente el riesgo de la prestación pendiente su transmisión al comprador, en los términos planteados. Esta cuestión queda entregada a las normas generales sobre cumplimiento del contrato y las consecuencias jurídicas para el caso que éste no se produzca a causa de la pérdida o deterioro de las mercaderías.

Para solucionar el problema del riesgo de la prestación y las consecuencias jurídicas de su realización debemos distinguir según el objeto de la obligación sean mercaderías específicas o fungibles, no obstante tener presente que la CVCIM, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema de derecho civil, prevé como régimen jurídico normal el de las mercaderías fungibles²⁷.

2.1. Mercaderías específicas. Cuando el objeto de la compraventa son mercaderías específicas [*especie o cuerpo cierto*] - caso de suyo excepcional en el comercio internacional - si la causa de la pérdida o deterioro de las mercaderías es un impedimento fuera del control del deudor [*ex artículo 79 (1) CVCIM*], el vendedor, fuera de estar exonerado de responsabilidad por daños, es relevado definitivamente de su obligación desde que las consecuencias del impedimento son razonable y definitivamente

²⁶ Véase: Enderlein & Maskow, cit. N.18. Los autores afirman que los efectos a que queda expuesto el vendedor, cuando a consecuencia de la pérdida o deterioro, no puede cumplir con su obligación de entregar, se someten a las reglas generales de la Convención.

²⁷ Conviene advertir que nuestra opinión que en la CVCIM el régimen jurídico normal es el de las mercaderías fungibles no se apoya exclusivamente en datos estadísticos [*prácticamente la totalidad de los casos fallados en la jurisprudencia que aplica la Convención de Viena se refieren a compraventas de mercaderías fungibles*], sino en la Convención, de cuyas disposiciones se induce esta idea y puede proyectarse en forma de principio general en que ella se basa acorde lo dispone su artículo 7 (2). Los principales argumentos de textos son: a) el artículo 46 (2) prevé en general el remedio de la sustitución de las mercaderías; los artículos 67(2) y 68(3) prescriben, como un requisito común y general de la transmisión del riesgo, la identificación de las mercaderías; y los artículos 75 y 76, fijan como regla de cálculo del daño en casos de resolución de contrato, la diferencia entre el precio de contrato y el de la operación de reemplazo [*mercaderías sustitutas*] o su precio de mercado.

insuperables. Hay imposibilidad definitiva de la prestación no imputable al deudor²⁸. Ahora, si el vendedor no logra probar que la causa de la pérdida o deterioro fue uno de estos impedimentos, el comprador, además, de tener derecho a reclamar la indemnización de los daños por el incumplimiento, podrá hacer uso de los restantes remedios de que dispone [artículo 45 CVCIM], excepto, obviamente, el cumplimiento específico. Se trata de un supuesto de imposibilidad definitiva de la prestación que atribuye responsabilidad al vendedor.

2.2. Mercaderías fungibles. Si el objeto de la compraventa son mercaderías fungibles [genéricas]- como en la mayoría de los casos en materia de comercio internacional - la pérdida o deterioro de éstas, conducirá, a lo sumo, a una situación de exoneración de responsabilidad por el retraso en el cumplimiento [artículo 79 (3) CVCIM], mientras subsista la razonable insuperabilidad de las consecuencias del impedimento exoneratorio²⁹. Aquí, la regla es que el deudor no se libera de su deber de prestación [entregar las mercaderías conformes al contrato], imponiéndosele, inclusive, el deber de procurarse un sustituto comercialmente razonable de las mercaderías perdidas o de reparar o sustituir las deterioradas.³⁰ Sin embargo, esta regla cede cuando, no obstante la objetiva posibilidad del cumplimiento específico de la obligación de entregar, éste es definitivamente insuperable conforme al principio de lo razonable [artículo 79 (1) in fine]. En este último caso, el efecto exoneratorio será permanente y, consecuentemente, no será procedente ni la indemnización de daños, ni el cumplimiento específico³¹. A partir de la extensión analógica del artículo 79 (1) CVCIM se construye un límite al ejercicio del remedio del cumplimiento específico en esta clase de compraventa. De la regla particular del artículo 79 (1)

²⁸ Cabe precisar que la Convención no se pronuncia sobre un supuesto como éste, la solución ofrecida se infiere de la norma general de atribución de responsabilidad de su artículo 79 (1).

²⁹ Así se recoge en: Enderlein & Maskow, cit N.18, p. 260, par.1.3.

³⁰ Cfr. Enderlein & Maskow, cit. supra. Los autores no emplean la expresión “sustituto comercialmente razonable”, sin embargo, sugieren que el vendedor deberá entregar nuevas mercaderías en caso de pérdida. Más explícitamente: Mitchell Stocks, “Risk of loss under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a comparative analysis and proposed revision of UCC Sections 2-509 and 2-510”, v 87 *Northwestern University Law Review*, pp. 1415-57 Summer '93. UNCITRAL, Secretariat Commentary, Art. 65 (1), p. 55, par. 7- par. 9.

³¹ Aunque, con otra clase de argumentos, véase C. Massino Bianca, La posizioni del venditore; LA VENDITA INTERNAZIONALE. LA CONVENZIONE DI VIENNA DELL 11 APRILE 1980. AA.VV., *Quaderni di Guirispudenza Commerciale* N°39, Casa Editrice Guiffre, Milano. Italia (pp. 139 y ss), p.140. El comentarista se refiere al supuesto en que concurre el efecto exoneratorio y las consecuencias del impedimento son insuperables, produciéndose la liberación del vendedor, pero reconociendo al comprador la facultad de resolver el contrato. También: John Honnold, Uniform Law, cit. N.18, par.423.2.

CVCIM, se infiere un principio que suple un vacío en las disposiciones reguladoras del remedio del cumplimiento específico [artículo 7 (2) CVCIM]³².

Cualquiera sea la respuesta sobre el "riesgo de la prestación" del vendedor, la pérdida o deterioro que causa el incumplimiento contractual autoriza al comprador para ejercer cualquiera de los derechos y acciones que le reconoce la Convención. Empero, debe puntualizarse que en la Convención la realización del riesgo, antes de su transmisión, no comporta la extinción de la obligación correlativa, ni tampoco la exoneración de responsabilidad del vendedor por el incumplimiento contractual. La extinción de la obligación se producirá, en la medida en que concurra el presupuesto de la resolución del contrato y el acreedor opte por su ejercicio, y la exoneración tendrá lugar, en tanto el deudor acredite las condiciones del artículo 79 (1) CVCIM.

Por consiguiente, el riesgo de las mercaderías pertenece al vendedor hasta el momento de su transmisión al comprador, excepto cuando la pérdida o deterioro de las mismas tenga su causa en una acción u omisión del propio comprador [artículo 80 CVCIM], caso en el cual, se priva a este último del derecho a invocar el incumplimiento y, por ende, del ejercicio de los remedios del artículo 45 CVCIM.

3. El riesgo de la prestación del vendedor y la identificación de las mercaderías en la CVCIM

El riesgo de la prestación del vendedor está íntimamente vinculado a la identificación de las mercaderías fungibles, puesto que éste se transmitirá al comprador cuando dicha operación se haya practicado [artículos 67 (2) y 69 (3)]³³.

Esta operación requiere decidir qué ocurre con la prestación del vendedor si después de haberse practicado ésta, pero antes de la transmisión del riesgo al comprador, se produce la pérdida o deterioro de las mercaderías y su causa es un impedimento exoneratorio *ex* artículo 79(1) CVCIM. ¿Debería entenderse que, al haberse identificado las mercaderías, éstas quedan sometidas al régimen de las mercaderías específicas;

³² Implícitamente en John Honnold, & Curtis R. Reitz, cit. N.25. Cuando los autores destacan la ausencia de disposición que regule el riesgo de la prestación del vendedor, se remiten a la disposición del artículo 79 CVCIM, buscando en ella una solución al problema.

³³ El Código Civil chileno, los artículos 1821 y 1822, vinculan la identificación de la cosa que suele venderse a peso, cuenta o medida con la transmisión del riesgo al comprador. En particular, el inciso segundo del primero de estos artículos recoge el caso en que se vende una parte indeterminada de un género (como diez fanegas de trigo de las contenidas en un granero) y dispone que el riesgo pertenecerá al comprador después de haberse pesado, contado o medido dicha parte. Por su parte, en el código de comercio, el artículo 143, en sus numerales 3 y 4, hace lo mismo cuando se vende cosas genéricas y fungibles. Ninguna de estas disposiciones emplea la expresión "identificación", sin embargo, no cabe duda que a ella se están refiriendo.

o, por el contrario, que el deudor sigue obligado en los mismos términos, debiendo igualmente entregar las mercaderías pérdidas; o reparar, o sustituir, las deterioradas?. En otros términos, debemos preguntarnos: ¿la pérdida o deterioro altera la solución ofrecida para el riesgo de la prestación? En las líneas siguientes estudiaremos, en general, la exigencia de la identificación de las mercaderías en la CVCIM, para luego dar respuesta a la interrogante planteada.

3.1. Regulación de la identificación de las mercaderías en la CVCIM. Conforme lo dispuesto por los artículos 67 (2) y 69 (3) CVCIM, la transmisión del riesgo presupone la identificación de las mercaderías a los efectos del contrato particular de que se trate.

Desde que se produce la identificación de las mercaderías se vincula ciertas mercaderías a un contrato particular, de modo que éstas, y no otras, están destinadas al cumplimiento de la obligación de entregar del vendedor.

La exigencia general de la “*identificación de las mercaderías*” es una importante manifestación de que en la CVCIM el régimen jurídico normal es el de las mercaderías fungibles. Así se explica el por qué la CVCIM, a diferencia de lo que sucede en la LUCI, no distingue según la compraventa tiene por objeto mercaderías específicas, o fungibles, exigiendo en general su identificación como requisito necesario de la transmisión del riesgo³⁴.

La finalidad de la identificación de las mercaderías es la delimitación del objeto del contrato, de manera que quede claramente establecido cuáles son las mercaderías que el vendedor destinará al cumplimiento, eliminando toda duda con relación a si las mercaderías perdidas, o deterioradas, corresponden a dicho cumplimiento³⁵. Se busca

³⁴ Así lo reconoce expresamente, respecto de la regulación de la transmisión del riesgo contenida en los INCOTERMS: Yves Derains, *Transfert des Risques de Livraison*, La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms, Actes du Colloque des 1er et 2 décembre 1989, Yves Derains & Jacques Ghestin, L-G-D-J, Paris, 1990, p. 132. “ *Or, la vente de la chose genre, d’objets fungibles, est la règle dans le commerce international et la vente de corps certains l’exceptio. C’est pourquoi les INCOTERMS ne pouvaient poser des règles sur le transfert des risques sans prendre en compte la nécessité de l’individualisation de la merchandise.* ”

³⁵ Así se recoge: Bernd Von Hoffmann, cit. N.5. El autor sostiene que la identificación conecta las mercaderías del vendedor con un contrato de compraventa en particular. Pronunciándose sobre los INCOTERMS, Frederic Eisemann, [*Incoterms, Los usos en la venta comercial internacional, 2 ed., Madrid, 1985, pp. 31-32*] Expresa: “...sólo se producirá la transmisión del riesgo si la mercadería está individualizada [...] El problema de los riesgos sólo se puede plantear si la pérdida o deterioro afecta a una cosa que es el objeto del contrato. Pero cuando se trata de cosas genéricas, que es lo normal en el ámbito del comercio internacional, sólo la individualización de la cosa permite determinar, de entre un gran número de mercancías semejantes, cuál es la que constituye el objeto del contrato”. Y agrega: “Los “Incoterms”, cada vez que establecen la necesidad de individualizar la mercancía, añaden a renglón seguido: “es decir, debe ser claramente separada o identificada de cualquier otra manera como la mercancía objeto del contrato”

frenar que el vendedor cometa fraude, alegando que las mercaderías destruidas, o deterioradas, son justamente aquéllas destinadas al cumplimiento de su obligación. Desde otra perspectiva, la identificación de las mercaderías en las compraventas indirectas permite al comprador asegurar su interés en ellas mediante la contratación del correspondiente seguro. Mientras no medie esta identificación será extremadamente improbable que el comprador pueda contratar un seguro que cubra el daño de las mercaderías en tránsito³⁶.

En LUCI, el artículo 98 (2) regula este requisito, sin emplear la expresión “*identificación*”, disponiendo que si la compraventa se refiere a mercaderías genéricas [*unascertained goods*], el retardo en la recepción de las mercaderías por parte del comprador transmitirá el riesgo en la medida que el vendedor ejecute una doble actividad: [i] apartar, o separar las mercaderías manifiestamente destinadas al cumplimiento del contrato; y [ii] notificar al comprador que lo anterior se ha llevado a efecto³⁷. Sin embargo, cuando las mercaderías genéricas eran tales que el vendedor no podía separarlas, o apartarlas, hasta que el comprador se hiciese cargo de ellas, era suficiente que el vendedor hiciese todo lo necesario para permitir que ello sucediera [*artículo 98 (3) LUCI*]³⁸.

Como se ha expresado, la Convención, a diferencia de la LUCI, establece la exigencia de la identificación de las mercaderías con carácter de general³⁹, siendo ésta el requisito para la transmisión del riesgo y la regula en los artículos 67(2) y 69(3). El primero de los preceptos, a diferencia del segundo, además, de exigirla, define cómo debe hacerse, instituyendo una fórmula flexible [... *mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.*] De cualquier manera, estimamos que no hay inconveniente que el artículo 67(2) se aplique, por extensión analógica [*ex artículo 7 (2) CVCIM*] a los casos reglados por el artículo 69(3).

³⁶ A este respecto, debe considerarse la sección 2-501 del Uniform Commercial Code que dispone que el comprador obtiene por la identificación de las mercaderías una propiedad especial sobre las mercaderías y un interés asegurable.

³⁷ “*Article 98 (2). Where the contract relates to a sale of unascertained goods, delay on the part of the buyer shall be cause the risk to pass only when the seller has set aside goods manifestly appropriated to the contract and has notified the buyer that this has been done*”. UNCITRAL decide mantener la exigencia del párrafo (2) del citado precepto, pero elimina la necesidad de notificar al comprador.

³⁸ “*Where unascertained goods are of such a kind that the seller cannot set aside a part of them until the buyer takes delivery, it shall be sufficient for the seller to do all necessary to enable to take delivery*” [*Article 98 (3) LUCI*]. UNCITRAL decide eliminar el apartado (3) del artículo 98, porque parecía indicar que los riesgos se transmitían al comprador, sin mediar la especificación de las mercaderías, lo cual encerraba una contradicción, dificultades de aplicación y claras posibilidades de abuso. Barry Nicholas, Art 69, cit. N.9, supra.

³⁹ En esta materia, el derecho uniforme sigue abiertamente la terminología de los INCOTERMS 2000, reemplazando, por un lado, las expresiones “*compraventa genérica*” por “*mercaderías sin identificar*” y, por otro “*apartando mercaderías manifiestamente destinadas al cumplimiento*” por “*claramente identificadas a los efectos del contrato*”. Véase: Frederic Eisemann, cit. N.34, pp. 31-32. Yves Derains, cit. supra.

La identificación es un acto unilateral del vendedor, que no está sujeto a la observancia de ningún requisito de forma, ni menos a la aceptación del comprador, pudiendo hacerse de cualquier modo que las mercaderías queden identificadas a los efectos del contrato particular. No debe haber duda sobre las mercaderías destinadas al cumplimiento de ese contrato. La forma normal de efectuarla es en los documentos relacionados con las mercaderías, como en los documentos de expedición o de embarque; o, simplemente, por medio de marcas o señales en éstas, haciendo referencia al contrato, o a su destinatario [*el comprador o su representante*]⁴⁰. Esta libertad de forma debe entenderse sin perjuicio del acuerdo de voluntad entre las partes, pudiendo incluso establecer la necesidad de conocimiento y aceptación por parte del comprador [*artículo 6 CVCIM*].

3.2. Pérdida, o deterioro de las mercaderías identificadas anterior a la transmisión del riesgo. La circunstancia que la transmisión del riesgo requiera de la identificación previa de las mercaderías no significa que si se ésta se practica las mercaderías pasan de ser fungibles a específicas y que, por tanto, si antes de la transmisión del riesgo al comprador las mercaderías se pierden o deterioran, el vendedor se liberará de su deber de prestación [*total o parcialmente*]. En la Convención la identificación de las mercaderías no produce como efecto el que las mercaderías fungibles pasen a ser consideradas mercaderías específicas a efectos de resolver sobre el problema del riesgo de la prestación⁴¹.

Mientras no concurra el supuesto de hecho de la transmisión, según sea el tipo contractual [*artículos 67 a 69 CVCIM*], el vendedor deberá soportar las consecuencias de esa pérdida, o deterioro, de las mercaderías, debiendo procurarse otras de reemplazo, o reparándolas, para así cumplir su obligación, sin considerar si previamente ha procedido, o no, a su identificación. Esta opinión se apoya en que la identificación la realiza unilateralmente el vendedor sin que sea necesaria, ni la voluntad, ni el conocimiento del comprador. Por consiguiente, la identificación anterior a la transmisión del riesgo forma parte de la actividad que el vendedor ejecuta dentro de su propia empresa y que se confunde con su decisión sobre cuáles mercaderías destinará al cumplimiento de su obligación.

Distinto es que las partes han contratado sobre mercaderías fungibles, entendiéndose, que el vendedor sólo se ha obligado a entregarlas en la medida que se mantengan las circunstancias que constituyen el presupuesto de su obligación [*idea de presuposi-*

⁴⁰ Así se recoge en: Enderlein & Maskow, [*cit. N.18, p. 268, pars. 10-11*].

⁴¹ Véase: Jorge Caffarena Laporta, Transmisión del riesgo, cit. N.11, pp. 517-518. El afirma que “La identificación de las mercaderías genéricas de parte del vendedor, conforme el artículo 67 (2), no puede permitir pensar que la obligación pasa a ser una de entregar mercaderías específicas.”.

ción del contrato]⁴². Es posible que el contrato limite la extensión del deber de prestación del vendedor, por ejemplo, circunscribiendo la obligación de entregar a las mercaderías de su propia fabricación [*muebles, artículos de vestir, máquinas industriales, etc.*]; de una fuente específica de suministro [*grano de su propia cosecha; lana del ganado del vendedor; madera extraída de una zona geográfica particular, etc.*]. Las partes - especialmente, el vendedor - celebraron el contrato presuponiendo la existencia, o funcionamiento de la planta del vendedor, o la existencia, o acceso a la fuente de suministro específica [*idea de género limitado*]⁴³.

II. REPARTO DEL RIESGO DE LAS MERCADERÍAS EN LA CONVENCIÓN DE VIENA [ARTÍCULOS 67 A 69 CVCIM]

A. Tipología contractual de la CVCIM y el momento de la transmisión del riesgo

Como ha anticipado, en la Convención la fijación del momento de transmisión del riesgo al comprador se hace atendiendo el tipo de compraventa concernida. El derecho uniforme considera las condiciones actuales del tráfico comercial y conforme a ellas prevé una tipología contractual, según sea la modalidad de entrega convenida: entrega directa y con entrega indirecta.

1. Compraventas directas e indirectas

El criterio básico de distinción entre uno y otro tipo de compraventa es si el vendedor se obliga a entregar las mercaderías directamente al comprador [*o a su representante*] poniéndolas a su disposición; o, por el contrario, su obligación se agota

⁴² Se llega a esta solución tomando el modelo del Uniform Commercial Code que en su sección 2-613 (*Casualty to Identified Goods*), se hace cargo del supuesto de pérdida o deterioro accidental de mercaderías identificadas, cuando el cumplimiento del contrato presupone su existencia. Se trata de un supuesto de impracticabilidad comercial [*commercial impracticability*] del cumplimiento de la obligación de entregar las mercaderías que constituye una causa de excusa para el vendedor y, por consecuencia, de terminación del contrato. La sección 2-615 "*Excuse by Failure of Presupposed Conditions*", regula la impracticabilidad comercial, como causa de excusa del cumplimiento, y en su letra (a) dispone que el retraso en la entrega, o la falta de entrega total o parcial, de las mercaderías no constituye incumplimiento de contrato si su cumplimiento se ha hecho impracticable por el acaecimiento cuya no ocurrencia fue una presuposición básica de la celebración del contrato. En el caso de la sección en estudio, la presuposición básica es la existencia de las mercaderías al tiempo del cumplimiento del contrato. Cfr. con Official Comment 1, UCC § 2-615

⁴³ En estos casos puede existir un acuerdo explícito entre las partes. Sin embargo, puede perfectamente inferirse de las circunstancias en que se celebra el contrato, de los usos comerciales, o las prácticas entre las partes. [*artículos 8 y 9 CVCIM*].

entregándolas a un transportista independiente [*porteador*] para que las traslade al comprador. Como vemos, la presencia del transporte de las mercaderías no es determinante para la distinción en tanto éste es un hecho necesario en las compraventas internacionales. Lo que en verdad interesa es la relevancia jurídico-contractual del transporte, es decir, si éste integra, o no, el contenido de la obligación del vendedor. En los contratos de compraventa indirecta no integra la obligación del vendedor; a lo más se le impone la obligación de expedir las mercaderías.

1.1. Compraventa con entrega directa. Este tipo de compraventa se caracteriza porque el vendedor entrega directamente las mercaderías al comprador, o a su representante; sea poniéndolas en su poder, transmitiéndole la posesión; sea colocándolas a su disposición. Dentro de esta tipología contractual se distinguen dos sub-tipos de compraventa: la compraventa en plaza y la compraventa a llegada⁴⁴. En la compraventa en plaza, la entrega se hace en el establecimiento del vendedor⁴⁵ y el transporte de las mercaderías es de cargo del comprador. En la venta a la llegada [*o con traslación*], las partes convienen la entrega en un lugar distinto al del establecimiento del vendedor. En esta modalidad, el transporte de las mercaderías integra la obligación del vendedor, el que podrá ejecutarla por sí mismo o encargárselo a un tercero⁴⁶.

1.2. La compraventa con entrega indirecta. En esta compraventa las partes acuerdan que la entrega de las mercaderías se realizará, poniéndolas en poder del transportista que las trasladará al comprador. El vendedor cumple entregando las mercaderías al transportista⁴⁷. La estructura de la obligación de entregar difiere a la de las ventas directas; la entrega de las mercaderías no se hace al comprador [*acreedor*], sino a un

⁴⁴ La diferencia sustancial entre estos dos sub-tipos contractuales, es que en el segundo, la obligación del vendedor de entregar las mercaderías comprende la de transportarlas hasta el lugar convenido y su importancia se aprecia desde la perspectiva de la atribución de responsabilidad por daños, ya que si se produce la pérdida o deterioro de las mercaderías durante el transporte, habrá incumplimiento del vendedor y el comprador podrá hacer uso de los remedios que la CVCIM pone a su disposición. Lo mismo sucede cuando el transporte lo ha realizado un tercero encargado del vendedor, porque éste responderá por aplicación del artículo 79 (2) CVCIM.

⁴⁵ En la moderna práctica comercial, la compraventa en plaza se recoge en la cláusula de los INCOTERMS 2000 “*Ex works*”.

⁴⁶ El Grupo D de los INCOTERMS 2000, [*DAF, DES, DEQ, DDU, DDP*] corresponde a esta tipología contractual y se caracteriza porque el vendedor debe contratar, por su propia cuenta, el transporte de las mercaderías hasta el punto convenido y, además, la transmisión del riesgo se produce cuando las mercaderías son puestas a disposición del comprador, o un tercero encargado de éste, en ese punto.

⁴⁷ Burghard Piltz, *Compraventa Internacional, Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de mercaderías de 1980, Adaptación al derecho de los países hispanoamericanos de la obra alemana: UN- Kaufrecht: Wegweiser für die Praxis, Internationale Wirtschaftspraxis, Band 2, Verlag, 1996 Buenos Aires, 1998, , p. 75 “La transmisión del riesgo [...] implica que el vendedor no será responsable por el comportamiento inadecuado de la empresa de transporte. Dicho transporte pasa a ser, entonces, una parte del riesgo transmitido al comprador ...”*

tercero independiente - *el porteador o el transportista* - para que él las traslade a este último⁴⁸.

Este tipo necesariamente va unido a un contrato de transporte entre el comprador y un tercero independiente [*el transportista o porteador*] que recibe las mercaderías para trasladarlas al comprador⁴⁹. Se distinguen dos sub-tipos de compraventas indirectas: [a] el vendedor cumple con su obligación de entregar las mercaderías poniéndolas a disposición del porteador designado por el comprador⁵⁰; y [b] el vendedor debe expedir las mercaderías, celebrando el contrato de transporte respectivo. En esta venta, con expedición, el vendedor asume una doble calidad jurídica, vendedor y expedidor de las mercaderías⁵¹.

2. La tipología contractual de la CVCIM en materia de transmisión del riesgo

La tipología contractual que recoge la Convención encierra tres tipos: compraventa que implica el transporte de las mercaderías [*compraventa indirecta ex artículo 67 CVCIM*]⁵²; compraventa de mercaderías en tránsito [*artículo 68 CVCIM*]; y compraven-

⁴⁸ Se advierte que el Código Civil italiano de 1942 regula expresamente la compraventa de entrega indirecta, en su artículo 1510, inciso 2, que dispone: “*Salvo patto o uso contrario, se la cosa venduta deve essere trasportata da un luogo all’altro, il venditore si libera dall’obbligo della consegna rimettendo la cosa al vettore [1668 ss] o allo spedizioniere [1737 ss]; le spese del trasporto sono a carico del compratore [1475]’*. El hecho que la entrega no se haga directamente al comprador, ha sido motivo para que la doctrina italiana sostenga que en este tipo de compraventa, al no permitir que el comprador tenga la disponibilidad de la cosa, en realidad, la entrega no es completa [G. Ferri, *Manuale di Diritto commerciale*, 5ª ed., Torino, 1982, p. 784], o que se trata de un acto equivalente a la entrega [D. Rubino, *La compravendita*, 2ª ed., Vol. XXIII de A. Cicu y F. Messineo, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1971, pp. 523 y ss]; o incluso, que hay una sustitución del deudor en el cumplimiento [C. Massino Bianca, *La vendita e la permuta*, Vol. III, Tomo I, F. Vassalli (Dir), *Trattato di Diritto civile italiano*, Turin, 1962, pp. 434 y ss]

⁴⁹ Cfr. con Bernard Audit, *La vente Internationales de Marchandises*, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Droit des Affaires, L-G-D-J, Paris, 1990, par. 89.

⁵⁰ Esta tipología corresponde al Grupo F de los INCOTERMS 2000 [*FCA, FAS y FOB*], cuyas características principales son: a) el vendedor no tiene obligación de transportar las mercaderías [*Regla A.3*], siendo de cargo de comprador el contratarlo a su costo desde el lugar fijado [*Regla B.3*]; y b) los riesgos se transmiten al comprador, desde la entrega de las mercaderías a la custodia del transportista, o porteador [*FCA*], o desde que las mercaderías sean entregadas al comprador, o a quien éste designe, al costado del buque en el lugar de carga designado por el comprador [*FAS*]; o cuando el vendedor entregue las mercaderías a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque fijado [*FOB*].

⁵¹ Esta compraventa corresponde al grupo C de los INCOTERMS 2000 [*CFR, CIF, CAT y CIP*], cuyos aspectos principales son: a) el vendedor está obligado a contratar en los términos usuales y a su costo el transporte de las mercaderías hasta el puerto de destino designado, por la ruta usual, en un buque de navegación marítima, del tipo normalmente empleado para transportar las mercaderías objeto del contrato [*Regla A.3 y B.3*]; y b) la transmisión del riesgo al comprador se produce a partir del momento que las mercaderías sobrepasan la borda del buque en el puerto de embarque [*CFR y CIF*]; o desde la entrega de las mercaderías a la custodia del transportista o porteador. [*CPT y CPI*] [*Reglas A.4 y B.4*]

⁵² Esta compraventa es la más frecuente en el tráfico comercial internacional. Por ello la CVCIM regula primeramente la transmisión del riesgo para este tipo [*artículo 67CVCIM*] y sólo residualmente se ocupa de las compraventas con entrega directa [*artículo 69 CVCIM*] Cfr. con la sección 2-509 del Uniform Commercial Code.

ta con entrega de las mercaderías en el establecimiento del vendedor o en otro lugar [*compraventa indirecta ex artículo 69 CVCIM*]. El momento de la transmisión del riesgo y los requisitos que deben concurrir para que ella se produzca difieren según el tipo contractual concernido. Nuestro estudio se centrará en las reglas de los artículos 67 y 69, sin ocuparnos de la que se aplica a las compraventas en tránsito⁵³.

2.1. La transmisión del riesgo en las compraventas directas [artículo 69 CVCIM]. La Convención recoge este tipo contractual en los artículos 31 b) y c) y 69 CVCIM, constituyendo una regla residual en materia de entrega de las mercaderías y de transmisión de riesgo de las mismas⁵⁴; en términos tales que son compraventas directas todas aquéllas que no impliquen el transporte de las mercaderías [*ex artículos 31 a), 32 (2) y 67(1)*].

A falta de pacto se entiende que la entrega debe efectuarse en el establecimiento del vendedor en el momento mismo de su celebración [*artículo 31 c) CVCIM*]⁵⁵. En este caso, aún cuando la ley no lo exija, la doctrina entiende que si la entrega consiste en la “*puesta a disposición de las mercaderías*” y no se ha fijado la fecha en que ella debe producirse, el vendedor debe necesariamente notificar al comprador de esta circunstancia y que si no lo hace se entenderá que no ha cumplido con su obligación contractual.

⁵³ En la LUCI, su artículo 99 regula las compraventas de mercaderías en tránsito por mar y dispone que los riesgos se transmiten al comprador desde que las mercaderías son puestas a disposición del porteador [*párrafo (1)*] - coincidiendo con la regla de las compraventas indirectas - salvo que concurra el supuesto previsto en su párrafo (2) [*conocimiento de pérdida o deterioro*]. En la Convención el régimen jurídico aplicable a estas compraventas se resume en lo siguiente. Por lo general el riesgo se transmite al comprador desde la celebración del contrato. Sin embargo, si así resultara de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Ahora, si el vendedor, en el momento de la celebración del contrato, sabía, o no podía ignorar, la pérdida o deterioro y no lo revela al comprador, el riesgo será de cargo del vendedor durante el tránsito de las mercaderías, debiendo aplicarse la regla del artículo 69 (2) CVCIM. Para un estudio crítico sobre artículo 68 CVCIM: véase Guillermo Alcover Garau, cit. N.11, pp. 239 y ss; Barry Nicholas, Art. 68, cit. N.9, pp. 496 y ss.

⁵⁴ La jurisprudencia de la CVCIM así lo fallado en Sentencia dictada en Alemania el 20 de noviembre de 1992, por el Oberlandesgericht Karlsruhe, en causa N° 15U 29/92. Texto original en alemán publicado en Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs Report (NJW-RR) 1993, pp. 1316-1317. Extracto en inglés publicado en UNILEX, D. 1992-28; y en italiano: Diritto del Commercio Internazionale (1995) 446-447 No. 63. Por su parte: Martin Karollus [Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994, Review of the CONVENTION ON CONTRACTS for the INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG), Ed. Cornell International Law Journal, Kluwer Law International, 1995, pp. 66-67], lo reconoce explícitamente cuando comenta la sentencia, apoyándose, además, en la de 14 de mayo de 1993, LG Aachen, 1993 RIW, p. 761], al expresar: “*implicitly held that Article 31(a) applies only if the parties have agreed to it. In any other case, Article 31(b) or (c) apply*”. En este sentido: Huber, Art. 31, Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods [CISG], AA.VV., Schlechtriem Peter (Ed.), Second Edition in translation, Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press–Oxford, 1998, par. 129a; y Hager, Art. 69, Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods [CISG], AA.VV., Schlechtriem Peter (Ed.), Second Edition in translation, Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press–Oxford, 1998, par. 11^a.

⁵⁵ Véase: Hager, Art. 31, cit. N.54, par. 53; UNCITRAL, Secretariat Commentary, art. 29, par. 16, p. 30; Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law, cit. N. 18, p. 65; O. Lando, Art 31, Seller’s Obligations in General, Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, AA.VV., By C.M. Bianca & M.J. Bonell, Giuffrè, Milan 1987, (pp. 245 y ss), par. 2.7.

Se comprenden, además, aquellas compraventas en que se conviene la entrega de las mercaderías a un porteador contratado por el propio comprador, el que junto con encargarse del transporte, es el que se hace cargo de las mercaderías en lugar del comprador, cumpliendo, en su lugar, la obligación de recepción de las mercaderías [artículo 60 CVCIM].

En lo que se refiere a la transmisión del riesgo, el artículo 69 CVCIM fija dos reglas, dependiendo de si la entrega de las mercaderías se acordó en el establecimiento del vendedor, o en otro lugar:

- a) En el primer caso, la transmisión se produce cuando el comprador se hace cargo de las mercaderías, cumpliendo su obligación de recibirlas. Si el comprador no la cumple - *sea porque no ejecuta los actos necesarios para que el vendedor pueda realizar la entrega; sea porque se rehúsa a recibir las mercaderías* - cuando el vendedor las pone a su disposición.

De comparar la versión española del precepto en estudio con la inglesa, se concluye que la primera restringe el sentido de la segunda. En efecto, la versión española del artículo 69 (1) se refiere únicamente al incumplimiento del comprador al rehusarse a recibir las mercaderías; en circunstancias que la versión en inglés emplea la expresión “*commits a breach of contract by failing to take delivery*”, cuya traducción literal es: “*incumplimiento del contrato por la falta de cumplimiento de la obligación de recibir las mercaderías*”. Ahora bien, según el artículo 60 CVCIM la obligación de recibir las mercaderías o “*taking delivery*” tiene un doble contenido: [i] realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar del comprador para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y [ii] hacerse cargo de las mercaderías; y su incumplimiento, por ende, puede incidir en cualquiera de estas conductas, y no exclusivamente en la de hacerse cargo de las mercaderías. Por ello, pese a que ambas versiones son oficiales, atendido que la Convención fue discutida y redactada en inglés, atribuiremos un sentido de mayor amplitud a la norma en estudio, entendiendo que comprende cualquier incumplimiento de los deberes de conducta que impone el citado artículo 60 y no sólo el de hacerse cargo de las mercaderías⁵⁶.

- b) En el segundo, cuando el vendedor está obligado a la entrega en un lugar distinto, la transmisión exige la concurrencia de dos requisitos copulativos: i - que el vendedor ponga a disposición del comprador las mercaderías en ese lugar; y ii.-

⁵⁶ En una misma dirección, pero con otros argumentos: Guillermo Alcover Garau, cit. N.11, p.178; y Bernd Von Hoffmann, cit. N.5, p. 295.

que el comprador tenga conocimiento que las mercaderías se encuentran en dicho lugar⁵⁷.

2.3. La transmisión del riesgo en las compraventas indirectas [artículo 67 CVCIM]. Llamará la atención al lector la extensión asignada a este apartado, en contraste al tratamiento de las compraventas directas. Esta desproporción es consciente y obedece sencillamente a la importancia que tienen las compraventas indirectas en el tráfico comercial internacional.

2.3.1. Concepto de compraventa indirecta.[1] De la interpretación sistemática de los artículos 31 (a), 32 (2) y 67 (1) CVCIM, concluimos que una compraventa indirecta es aquella que implica el transporte de las mercaderías y que el vendedor cumple con su obligación de entregarlas, poniéndolas a cargo del porteador para ser trasladadas al comprador.

La Convención asigna un significado específico a la “*compraventa que implique el transporte de las mercaderías*”, limitándolo a supuestos en que el vendedor se obliga - *explícita o implícitamente* - por el contrato, a disponer el transporte de las mercaderías. Esta obligación se traduce en que el vendedor debe celebrar los contratos que sean menester para que éste se efectúe por medios adecuados hasta el lugar convenido [véase artículo 32 (2)CVCIM]⁵⁸. La Jurisprudencia ha declarado que si las partes no han acordado, a lo menos, de modo implícito, que el vendedor está obligado a disponer del transporte de las mercaderías, se aplicarán las disposiciones del artículo 31, letras b) y c) CVCIM, aun cuando las mercaderías requieran ser transportadas⁵⁹.

Como arriba se ha expresado, hay dos modalidades de compraventa indirecta, aquélla en la que el vendedor entrega las mercaderías a un porteador contratado por el comprador; y aquélla en la que el vendedor es el obligado a expedir las mercaderías debiendo, a su vez, contratar su transporte. A nuestro juicio, en el ámbito de la CVCIM sólo constituye compraventa indirecta la “*por expedición*”. Ello porque en la primera

⁵⁷ En cuanto a la exigencia de la notificación al comprador, debe tenerse presente que en la sección 2-503 (1) del UCC “*Manner of Seller’s Tender Delivery*”, que define los requisitos que debe cumplir la “*tender delivery*” [*puesta a disposición de las mercaderías al comprador*], se exige, entre otras cosas, que el vendedor notifique al comprador de cualquier manera que sea razonable, a fin de que esté en condiciones de hacerse cargo de las mercaderías.

⁵⁸ Así se recoge en: UNCITRAL, Secretariat Commentary, Art. 79, par. 3, p. 64 y en Barry Nicholas, Art 67, cit. N. 9, par. 3.2. El autor precisa que la expresión “*que implique el transporte de las mercaderías*” exige de una disposición contractual, expresa o implícita, que requiera, o autorice, al vendedor para disponer el transporte.

⁵⁹ Véase: caso alemán correspondiente a la sentencia dictada en Alemania el 20 de noviembre de 1992, por el Oberlandesgericht Karlsruhe, en causa N° 15 U 29/92, cit. N. 54. Cuando el Tribunal interpreta el término comercial empleado (“*Franco Domicilio*” del comprador), recurre a las prácticas establecidas entre las partes, y entre ellas se encontraba que el vendedor, en operaciones anteriores, había transportado las mercaderías con sus propios medios hasta el establecimiento del comprador.

modalidad de compraventa indirecta el comprador confía al porteador, no sólo el transporte de las mercaderías, sino también su recepción [artículos 53 y 60 CVCIM], por lo que estrictamente se trataría de un supuesto de entrega directa a un tercero encargado del comprador [ex artículo 79 (2) CVCIM]. Por ende, en la Convención la compraventa indirecta es aquella que implica el transporte de las mercaderías, entendiéndose por tal, aquélla en que el vendedor se obliga a disponerlo [véase artículo 32 (2) CVCIM]⁶⁰.

[2] La importancia de definir con precisión el ámbito de las disposiciones en estudio no sólo incide en la transmisión del riesgo, sino también en la atribución de responsabilidad por daños por el cumplimiento de la obligación de entregar. En efecto, cuando la compraventa es indirecta, el vendedor cumple con su obligación de entregar poniendo las mercaderías a disposición del primer porteador para su posterior traslado al comprador; hasta allí llega su responsabilidad asociada a la obligación de entregar⁶¹; sin que le sea imputable la conducta del transportista, ya que éste no es un tercero encargado para el cumplimiento de su obligación [artículo 79(2) CVCIM], sino un tercero independiente cuya actividad [transporte] excede del objeto del contrato⁶². Al contrario, cuando el vendedor está obligado a entregar las mercaderías en un cierto punto; sea, o no, una compraventa indirecta, él es responsable por el transporte, porque al realizarlo está cumpliendo su obligación contractual [entregar las mercaderías]. Si el vendedor contrata a un tercero, la responsabilidad del primero queda sujeta a la norma citada⁶³.

2.3.2. *Transmisión del riesgo en la venta indirecta. El artículo 67 (1) CVCIM.* El precepto relevante es el del artículo 67 CVCIM, que fija la transmisión del riesgo, dependiendo de si el vendedor está obligado a entregar las mercaderías en un lugar

⁶⁰ Vinculando el artículo 31 a) con el artículo 32 (2) CVCIM, encontramos a: Burghard Piltz, *Compraventa Internacional*, cit. N.46, p. 71. El autor denomina a las ventas indirectas del artículo 31 a) “ventas con disposición de transporte”, afirmando que en ellas, el vendedor deberá concertar los contratos que sean necesarios para el transporte de las mercaderías.

⁶¹ Expresamente en la sentencia española: N° 269/1997 de 31 de octubre de 1997, en causa sobre apelación N°224/1997, caratulada Hiansa S.A. con Acciaiere e Ferreire, dictada por el Audiencia Provincial de Córdoba. Ponente: Francisco Angulo Martín. Publicada en *Revista General de Derecho*, septiembre 1998, n° 648, pp. 12077 - 12078. “La responsabilidad del vendedor, dado el contenido de los artículos 31, 67 y concordantes de la CVCIM, cesa en el instante en que la mercancía traspasando la borda del buque N.-12, cargada en el puerto italiano de Chioggia, momento a partir del cual, los riesgos son asumidos por el comprador, y ello, con total independencia del hecho de que este último concertara, o no, el aseguramiento de dicha mercancía.”

⁶² Así se recoge de Burghard Piltz, cit. N. 46, pp. 72-74

⁶³ Existe un caso en la jurisprudencia en el que el comprador, argumenta que en los casos en que el vendedor está obligado a disponer el transporte de las mercaderías, conforme el artículo 1228 del Codice Civile, el transportista actúa como agente del vendedor, siendo éste responsable por las acciones del primero. Sin embargo, su argumento fue desestimado y el Tribunal declara que en estas compraventas el comprador cumple con su obligación de entregar las mercaderías, al ponerlas en poder del porteador, transmitiéndose en ese momento el riesgo al comprador. Véase: Sentencia dictada en Italia, el 12 de noviembre de 1992, dictada por la Corte Costituzionale en causa N° 465, F.A.S. Italiana s.n.s. – Ti. Emme s.n.s. – Press Cons. Ministri [Avv.gen.Stato]. Original en italiano publicado en *Giustizia Civile*, 1993, p. 314; en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, pp. 4191. Extracto en inglés en CLOUT, Caso N° 91 y en UNILEX, [D. 1992-27].

determinado o no [artículo 69 (1)]. Si el vendedor no contrae dicha obligación, la transmisión del riesgo al comprador se produce cuando el “primer porteador” se hace cargo de las mercaderías, bajo su propia responsabilidad para trasladarlas al comprador⁶⁴. En cambio, si el vendedor contrae esta obligación, la transmisión se produce cuando ello acontezca⁶⁵. De cualquier modo, la transmisión del riesgo reclama que el vendedor transfiera efectivamente la posesión de las mercaderías al porteador⁶⁶.

2.3.3. *El concepto de “primer porteador” del artículo 67 (1) CVCIM.* Con relación a la regla del riesgo del artículo 67 (1) CVCIM, es menester determinar qué debe entenderse por “primer porteador”. Esta expresión, alude a transportistas independientes que se hacen cargo de las mercaderías para su posterior traslado al comprador y su prestación no integra la obligación de entregar del vendedor⁶⁷.

⁶⁴ Aplicando esta regla de transmisión, incluso cuando las partes han introducido un término comercial para efectos de entrega y transmisión del riesgo, encontramos la sentencia argentina de 31 de octubre de 1995 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, [Sala C], en causa caratulada “Bedial S.A. v. Paul Müggenburg and Co. GmbH. Original en español, publicado en *El Derecho* 4, de 21 de octubre de 1996 y en UNILEX, [E.1995-28.1.1]. Extracto en inglés publicado en CLOUT, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/14 y en UNILEX, [D. 1995-28.1.1]. Un comprador argentino y un vendedor alemán celebran un contrato de compraventa, con cláusula CRF [C&F], para la venta de setas desecadas que se transportarían vía marítima al comprador. Las mercaderías son transportadas desde Hong Kong a Buenos Aires y durante el viaje resultan dañadas. El comprador demanda al vendedor por falta de conformidad de las mercaderías causada por los deterioros de las mercaderías. El Tribunal rechaza la demanda, en tanto estima que conforme el artículo 67 de la CVCIM el riesgo de las mercaderías se había transmitido al comprador en el momento en que el vendedor las entrega al primer porteador para su envío. Otro caso en el que se aplica el artículo 67 (1) CVCIM, con relación al artículo 31 (a) CVCIM: Sentencia de 29 de marzo de 1995, en causa caratulada Sociedad AGRARIA PROVINCIAL DE GUIPUZCOA con André Margaron, dictada en Francia por la Cour d’appel de Grenoble [ch. Commerciale]. Original en francés publicado en UNILEX, [E.1995-2, 1995]. Extracto en inglés en CLOUT, Caso N° 153 y en UNILEX, [D.1995-2].

⁶⁵ La solución del artículo 67 (1) CVCIM coincide con la del artículo 19 (2) de la LUCI, en conexión con su artículo 97 (1) y con la de algunos sistemas de derecho interno: a) La sección 2-509 (1) del UCC dispone que la transmisión del riesgo de pérdida al comprador se produce cuando las mercaderías son entregadas al transportista; b) La sección 18, regla 5(2), de la SGA de 1979, dispone, a vía de excepción, que cuando la compraventa tenga por objeto mercaderías genéricas, la transmisión del riesgo se producirá en el momento de la entrega de las mismas al transportista; c) Similar solución ofrece el derecho suizo, en el que el riesgo se transmite cuando las mercaderías son puestas a disposición de la persona que está obligada a transportarlas [*Swedisch Act of June 1905 relativa a la compraventa de mercaderías*].

⁶⁶ Cfr. con Alejandro Miguel Garro y Luis Alberto Zuppi, **Compraventa Internacional de Mercaderías**, Prólogo, Jorge Barrera Graf, Ediciones la Roca, Buenos Aires, 1990, p. 251; L. Sevón, cit. N. 11, p. 205, par. C.3.

⁶⁷ Huber afirma que “transportista”, para los efectos de los artículos 31 (a) y 67 (1) CVCIM, significa un contratante independiente a quien se le confía el transporte de las mercaderías. Huber, Art. 31, cit. N. 54, par. 17 y 25. En una misma dirección, pero explicándolo desde la perspectiva de la responsabilidad del vendedor: Hans Stoll, **Art. 79, Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods [CISG]**, AA.VV., Schlechtriem Peter (Ed.), Second Edition in translation, Traslated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press–Oxford, 1998., par 13. El autor afirma que en las compraventas que implican el transporte de las mercaderías [artículo 31 (a)], el vendedor sólo es responsable de poner las mercaderías en poder del porteador para ser trasladadas al comprador, pero no lo es por la entrega a este último. El porteador, en consecuencia, no es una tercera persona encargada para ejecutar el contrato conforme el artículo 79 (2) CVCIM. Si las mercaderías se pierden, o deterioran, durante el transporte, el vendedor no necesita reclamar exonerarse de responsabilidad, de acuerdo al artículo 79 (1).

Por consiguiente, se excluyen del concepto del primer porteador todas aquellas hipótesis en las que el vendedor ejecuta con su propia organización el transporte de las mercaderías, sea para ponerlas a disposición del comprador [artículo 69 CVCIM] sea para que el primer porteador se haga cargo de ellas [artículo 67 (1), segunda parte]⁶⁸. El vendedor no se ha desprendido de la posesión de las mercaderías, éstas siguen bajo su control⁶⁹. Por consiguiente, no cabe afirmar que se ha producido la entrega sino hasta el momento en que las mercaderías sean puestas a disposición, o del comprador o del primer porteador. Cabe precisar que si la pérdida o deterioro se produce durante el transporte de las mercaderías de cargo del vendedor, el efecto de la transmisión del riesgo no tendría lugar por aplicación de la regla del artículo 66, *in fine*, porque la pérdida, o deterioro, habría tenido su causa en un acto, u omisión, del vendedor⁷⁰.

Tampoco se considera “*primer porteador*”, para los efectos de nuestro estudio, el “*tercero encargado*” del vendedor para la ejecución de su obligación de entregar⁷¹. Nos situamos en el ámbito del artículo 79 (2) CVCIM. El vendedor decide ejecutar su propia obligación de transportar las mercaderías a través de un tercero, que no ejecuta su propia obligación, sino la del primero⁷². El riesgo no se transmite sino hasta que el tercero encargado pone las mercaderías a disposición del comprador o del primer porteador, según sea el caso.

⁶⁸ En este sentido, entre otros: Guillermo Alcover Garau, cit. N. 11, pp. 224-225; Carlo Angelici, **Art. 67 Convenzione di Vienna sui Contratti di Vendita Internazionale di Beni Mobili**, AA.VV, Comentario Coordinato da Cesare Massimo Bianca, Cedam, 1993 (pp. 274-286), par. 7; Vincent Heuzé, **La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme**, CLN JOLY, edicions, Paris, 1992, France, par. 367; Mitchell Stocks, cit. N. 30, p. 1423. Por su parte, así se declara implícitamente en la Jurisprudencia de la CVCIM: Sentencia dictada en Alemania el 20 de noviembre de 1992, por el Oberlandesgericht Karlsruhe, cit. N. 54.

⁶⁹ Así se recoge: Hager, cit. N. 54. Según el autor, el riesgo permanece en el vendedor cuando él mismo transporta las mercaderías y ello porque “*poner las mercaderías en poder de porteador*” significa transferir a un tercero independiente el poder de controlarlas.

⁷⁰ Así se recoge de Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law, cit. N.18 “...*la destrucción o deterioro de las mercaderías causadas por los empleados del vendedor seguramente caerán bajo el significado de la expresión “debido a un acto u omisión del vendedor” empleada por el artículo 66.*”

⁷¹ Así lo reconoce explícitamente: Luis Fernández de la Gandara, Artículo 31, **La Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena**, Díez-Picazo y Ponce León, Luis, [Director y Coordinador], AA.VV; Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, España, pp. 261-262. “*Tal vez por ello no sea del todo ocioso a este propósito, advertir que la posición del porteador dentro del supuesto regulado por el artículo 31 lit. a) de la Convención de Viena no la típica del colaborador para la ejecución de la prestación, a que se refiere el artículo 79.2 de la Convención de Viena, ya que las faltas cometidas por el transportista quedarán incluidas dentro del riesgo del transporte, que el comprador necesariamente ha de soportar en los términos establecidos en el inciso primero del artículo 67.1 de la Convención de Viena...*”.

⁷² En los comentarios del artículo 79(2) del Proyecto de Convención de 1978, se reconoce que, en los casos en que el vendedor esté obligado a entregar las mercaderías en un determinado lugar, normalmente recurrirá a transportistas independientes, siendo obvio, que se refiere a los terceros encargados del actual artículo 79 (2). UNCITRAL, Secretariat Commentary, Art. 79, op. cit., par. 6, p. 64.

En síntesis, cuando el vendedor se obliga a transportar las mercaderías, no será considerado “*primer porteador*”, ni el transportista que integra su propia empresa, ni aquél que el vendedor contrata para este fin. En ambos casos, la transmisión del riesgo se producirá cuando, o el transportista del vendedor, o su tercero encargado ponga a disposición del comprador o del porteador independiente (*primer porteador*) las mercaderías. Si el riesgo se realiza durante el transporte de las mercaderías, debemos estar a lo dicho a propósito del riesgo de la prestación.

La exacta definición del “*primer porteador*” permite delimitar cuál es el exacto ámbito de responsabilidad del vendedor con relación a la entrega de las mercaderías. El vendedor no responde por la conducta de este primer porteador. Sin embargo, debe considerarse el caso que el vendedor incumpla las obligaciones complementarias del artículo 32 (2) CVCIM. Si dicho incumplimiento se produce, sería aplicable el artículo 66, *in fine*, quedando excluido el efecto jurídico de la transmisión del riesgo porque la pérdida o deterioro tendría su causa en la conducta del vendedor [*incumplimiento obligación complementaria*].

2.4. Explicación del momento de la transmisión del riesgo en la tipología contractual de la CVCIM. La Convención fija el momento de la transmisión del riesgo basándose en las exigencias del comercio internacional, poniendo el riesgo de cargo de la parte que tiene el control de la posesión de las mercaderías y que, por ello, está en condiciones de tomar las medidas de prevención a un menor costo que aquél en que tendría que incurrir su contraparte. Coincidentemente, esa parte, la que está más próxima a las mercaderías, puede contratar un seguro estándar - general o especial - a un costo inferior que el que supondría contratarlo en otras circunstancias [*se aplican los criterios “prevention” y “insurance” propios del análisis económico del derecho*]. La CVCIM asigna el riesgo a la parte que tiene el control sobre las mercaderías⁷³.

Aunque la Convención en ninguna de las disposiciones citadas se refiera a la idea de “*control de las mercaderías*” ella se infiere irredargüiblemente de los distintos momentos que se fijan como adecuados para que se produzca la transmisión.

⁷³ Cfr. Guillermo Alcover Garau, cit. N.11, p. 102; Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law, cit. N.18, p. 83. John Honnold, Uniform Law, cit. N. 18, par. 368.2; Hager, Art. 67, cit. N.54, par. 3; Joseph Lookofsky, Understanding the CISG in Scandinavian, cit. N. 11, p 74; en Understanding the Csig in USA, A compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, Kluwer Law International, Den Haag, The Netherlands, 1995, p. 59; y en Understanding the CISG in Europe, A compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, Kluwer Law International, Cambridge, 1997, USA p. 76; Barry Nicholas, Art. 67, cit. N.9, par. 2.7. En las normas de transmisión del riesgo de la CVCIM subyace el mismo principio que inspira la asignación del riesgo en el Uniform Commercial Code [*sección 2-509*] y en los INCOTERMS 2000: “*soporta el riesgo la parte que tiene el control de las mercaderías o que está más cercana a ellas*”.

- a) En la *compraventa indirecta*, conforme el artículo 67 (1) CVCIM, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que las mercaderías se ponen en poder del primer porteador para que las traslade al comprador. El vendedor soporta el riesgo de pérdida o deterioro hasta la entrega de las mercaderías, momento en el cual pierde el control material sobre las mismas, encontrándose ahora el comprador en una mejor posición para asegurar el riesgo hasta su llegada a destino. Asimismo, será el propio comprador el que descubra los daños al momento de recibir las mercaderías, estando en mejor posición que el vendedor, para demandar al transportista, o cobrar la indemnización del seguro. El control de las mercaderías se manifiesta en una accesibilidad física a las mismas que el vendedor no tiene.
- b) En la *compraventa directa*, dos son los criterios en juego, según sea el lugar en que deba hacerse la entrega. Cuando la entrega es en el establecimiento del vendedor, la asignación del riesgo se extiende hasta que el comprador se haga cargo de las mercaderías, o incumpla su obligación de recibirlas. La coincidencia entre el control material de las mercaderías por parte del vendedor y la asignación del riesgo es evidente; la traslación del riesgo al comprador sólo se produce cuando el vendedor pierde el control, o cuando aún teniéndolo, el incumplimiento del comprador le impone la carga de conservar las mercaderías, en cuyo caso el control efectivo es reemplazado por uno razonable. Cuando el vendedor entrega en un lugar distinto, la transmisión del riesgo se produce antes que en el caso anterior, siendo suficiente la puesta a disposición de las mercaderías y la notificación al comprador que le permite asumir el control. Al igual que en el caso anterior, la contratación del seguro será menos costosa para la parte que está en posesión de las mercaderías o que está en situación de tenerla.

3. La entrega de las mercaderías y transmisión del riesgo en la CVCIM

3.1. Verdadero significado y alcance de la desvinculación entre la entrega de las mercaderías y la transmisión del riesgo en la CVCIM. A pesar de la desvinculación entre la entrega de las mercaderías y la transmisión del riesgo, se observa que en cada uno de los tipos contractuales que la Convención prevé, la transmisión del riesgo exige el cumplimiento de la obligación de entregar, en términos que el vendedor ha ejecutado todos los actos de entrega que son de su cargo, con independencia a que el comprador adquiera la posesión material de las mercaderías [*compraventa indirecta del artículo 67 CVCIM*]. Hay un fraccionamiento del “*iter*” de la entrega de las mercaderías, en el que se distingue los actos de entrega, del resultado de su ejecución, esto es,

su recepción por parte del comprador. Para que el riesgo se transmita es suficiente que el vendedor realice los citados actos de entrega⁷⁴.

Y ello resulta de comparar las disposiciones de los artículos 67 y 69 con las del artículo 31, letra a) y c) CVCIM⁷⁵. Las primeras describen los momentos comercialmente adecuados para la transmisión del riesgo en los tipos contractuales de entrega directa e indirecta; las segundas, describen el contenido de la prestación de entregar en cada uno de ellos. Si el contrato implica el transporte de las mercaderías y el vendedor no estuviere obligado a entregarlas en un lugar determinado, su obligación de entregar consiste “en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador” [artículo 31, letra a)]; y en los demás casos, [artículo 31, letra c)] la entrega consistirá en poner las mercaderías en disposición del comprador en el lugar del establecimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato⁷⁶.

Entonces, podemos afirmar que la decisión de los redactores de la Convención de desvincular la transmisión del riesgo de la entrega de las mercaderías, más que introducir una modificación sustancial en el régimen jurídico del riesgo de las mercaderías de la LUCI, supone un cambio de técnica legislativa⁷⁷. La Convención prescinde de un concepto general y abstracto de “entrega” vinculado a la transmisión del riesgo; pero, en su reemplazo define la entrega de las mercaderías particularmente para cada uno de los tipos contractuales comercialmente relevantes, detallando los actos materiales de ejecución del contrato en que ella consiste. Se abandona la fórmula abstracta apriorística seguida de un número importante de excepciones para casos concretos, propia de los sistemas codificados tradicionales y se asume una pragmática que define la transmisión del riesgo en estrecha vinculación con el cumplimiento de la obligación de entregar.

Como se ha expresado, esta técnica legislativa coincide con la del Uniform Commercial Code y de los INCOTERMS 2000. En lo que respecta a estos últimos, se

⁷⁴ Se advierte que, en el caso de las compraventas en tránsito, previsto en el artículo 68 CVCIM, la transmisión del riesgo se produce, con independencia del cumplimiento de la obligación de entregar. En efecto, aquélla tiene lugar en un momento anterior a que ella se produzca, lo cual se explica por la especialidad de la tipología contractual. Hager, Art. 66, cit. N. 54. “...pero generalmente el riesgo no puede transmitirse antes (salvo en el caso especial de la transmisión del riesgo retroactiva de acuerdo a la segunda frase del artículo 68)”

⁷⁵ Para un estudio comparativo de los preceptos de entrega de las mercaderías y los de la transmisión del riesgo, véase: Huber, Art. 31, cit. N.54, par. 13.

⁷⁶ Se observa que en este supuesto no hay coincidencia entre los actos que suponen el cumplimiento de la obligación de entregar y aquéllos exigidos para la transmisión del riesgo. El artículo 69 (1) CVCIM no sólo exige la puesta en disposición de las mercaderías, sino que además que el comprador se haga cargo de las mismas, salvo que se rehuse a recibirlas.

⁷⁷ Cfr. Hager, Art. 67, cit. N.54, par 1. y Barry Nicholas, Art 66, cit. N.9, par. 1.2.

define la obligación de entregar para cada tipo contractual previsto y, a partir de ello, se fija el momento de la transmisión del riesgo⁷⁸.

3.2. La transmisión del riesgo presupone el cumplimiento de la obligación de entregar. El riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor ha ejecutado los actos materiales en que consiste la entrega [*obligación de entregar*]⁷⁹, ello explica por qué el comprador sigue obligado a pagar el precio, pese a la pérdida o deterioro de las mercaderías [*artículo 66 CVCIM*]⁸⁰. Por su parte, la Jurisprudencia de la CVCIM que aplica e interpreta las disposiciones del riesgo de las mercaderías, vincula sistemáticamente la entrega de las mercaderías con la transmisión del riesgo, en el sentido que la segunda presupone la primera. Sin embargo, ella reconoce que los actos de entrega y los hechos que determinan la transmisión difieren según sea el tipo contractual de que se trate⁸¹.

Consiguientemente, si el vendedor no ejecuta alguno de los actos de entrega, el riesgo no se transmitirá al comprador⁸². Sin embargo, si la no entrega se debe a la falta de ejecución de los actos que razonablemente cabe esperar del comprador para que el vendedor la realice [*artículo 60, letra a) CVCIM*], la transmisión del riesgo igualmente se producirá por aplicación del artículo 69 (1) CVCIM, parte final, que como estudiamos, no sólo encierra los casos en que el comprador se rehúsa a recibir las mercaderías, sino a todos aquéllos en que se entiende incumplida la obligación del artículo 60 CVCIM.

3.3. Falta de coincidencia entre la entrega de las mercaderías y la transmisión del riesgo. Que la transmisión del riesgo exija el cumplimiento de la obligación de entregar, no significa que haya una coincidencia absoluta entre los actos en que consiste la obligación de entregar y los hechos que ordenan la transmisión del riesgo. Encon-

⁷⁸ Esta observación se comprueba recurriendo al texto de los INCOTERMS 2000, en tanto las reglas particulares de cada uno de los términos comerciales vinculan la transmisión del riesgo [B.5] con la ejecución de la obligación de entregar [A.4]. Así, a título ejemplar, el término FAS [*Franco al costado del buque (...puerto de carga convenido)*], se dispone: B.5 (primer párrafo) “*Transmisión de los Riesgos. Asumir todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde el momento en que haya sido entregada, de conformidad con A.4*”; y A.4: “*Entrega. Entregar la mercancía al costado del buque en el lugar de carga designado por el comprador en el puerto de embarque fijado, en la fecha o dentro del plazo estipulado y en la forma acostumbrada en dicho puerto*”. INCOTERMS 2000.

⁷⁹ Así se recoge en: Guillermo Alcover Garau, cit. N.11, p. 294; Garro y Zuppi, *Compraventa* cit. N.66, p. 245.

⁸⁰ El cumplimiento determina la independencia de las obligaciones, que hasta ese momento eran interdependientes, en términos que lo que sucediera a una repercutiría en la otra.

⁸¹ Véase: [a] Sentencia N° 269/1997 de 31 de octubre de 1997, cit. N.60; [b] Sentencia italiana N° 465, de fecha 12 de noviembre de 1992, cit. N. 62; y [c].- Laudo arbitral de 10 de diciembre de 1996 dictado por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, en el caso N° VB/96074. Original en inglés publicado en Internet: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>. Extracto en inglés en CLOUT, Caso N° 163.

⁸² Así se recoge de O. Lando, cit. N. 55, pars. 2.2. y 2.7. El autor afirma: “*Si el vendedor no cumple con los actos requeridos para la entrega de las mercaderías [como la puesta a disposición de las mercaderías de las letras b) y c)] no hay entrega y esto puede tener la consecuencia de que el riesgo no se transmita al comprador que no recibe las mercaderías.*” [par. 2.2.].

tramos supuestos en que la transmisión exige algo más que el mero cumplimiento de la citada obligación.

Esta coincidencia no se da ni siquiera en la compraventa que implica el transporte de las mercaderías [*artículo 31 (1) CVCIM*]. En este tipo contractual, para que la transmisión del riesgo se produzca es menester la identificación de las mercaderías [*artículo 67 (2) CVCIM*] y no así para la ejecución de la obligación de entregar, la que se entiende cumplida, incluso cuando no se haya hecho dicha identificación, sin embargo, el vendedor deberá cumplir con la obligación complementaria del artículo 32 (1) CVCIM, esto es, enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.

Tampoco ella se da en las compraventas a que se refiere el artículo 69 CVCIM, en las que, además de la ejecución de los actos de entrega, se requiere de la participación del comprador; sea haciéndose cargo de las mercaderías [*artículo 69 (1)*]; sea tomando conocimiento de que el vendedor ha cumplido con su obligación de entregar [*artículo 69 (2)*]⁸³. La falta de coincidencia se explica porque la entrega de las mercaderías es un acto complejo que se extiende más allá del agotamiento de la actuación del vendedor [*puesta a disposición de las mercaderías*], comprendiendo los actos de entrega [*obligación de entregar*] y el cumplimiento de la obligación de recibir las mercaderías que pesa sobre el comprador [*artículo 60 CVCIM*].

Si el comprador incumple su obligación de recepción, la transmisión del riesgo exige, además, de la puesta a disposición de las mercaderías, que el vendedor notifique al primero [*artículo 69(2) CVCIM*]. La Convención no hace depender la transmisión del riesgo de la voluntad del comprador, sino que la dispone, igualmente [*artículo 69 (1) parte final CVCIM*]. Este incumplimiento contractual fuera de traer aparejadas las consecuencias propias de todo incumplimiento del comprador [*artículo 61 CVCIM*], impone al vendedor la carga contractual de conservar las mercaderías. El riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías pertenece al comprador, sin embargo sobre el vendedor pesa la carga de conservarlas hasta la entrega⁸⁴.

⁸³ En contra: Guillermo Alcover Garau, cit. N.11, p. 176. El autor sostiene que en la Convención el momento de la transmisión del riesgo en la compraventa en plaza coincide con el cumplimiento de la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor. Entiende que si se analiza la estructuración de la obligación de entregar en la CVCIM, se advierte que de la relación entre los artículos 31, c) y 85, se deduce que el vendedor cumple su obligación de entregar las mercaderías poniéndolas a disposición cuando las retira o cuando demora en hacerlo, supuesto, este último, que determina el nacimiento de una nueva obligación de cargo del vendedor: la de conservación de las mercaderías

⁸⁴ Se observa, cómo la CVCIM, por un lado libra al vendedor del riesgo de pérdida o deterioro a pesar que la entrega no se ha producido por el incumplimiento del comprador, sin embargo, por otro, le impone la carga de conservar las mercaderías, que ya no son de su riesgo. La obligación de conservar las mercaderías y las consecuencias jurídicas que de ella se sigue, presupone la transmisión del riesgo al comprador.

3.4. Relevancia jurídica de la entrega de las mercaderías como presupuesto de la transmisión del riesgo. La importancia que el cumplimiento de la obligación de entregar constituya el presupuesto de la transmisión del riesgo se traduce principalmente en dos cosas:

- a) El hecho que la entrega de las mercaderías sea el presupuesto de la transmisión del riesgo, explica su efecto jurídico previsto por el artículo 66 CVCIM, norma que obliga al comprador a pagar el precio de las mercaderías pese a no recibirlas [*pérdida*] o a recibirlas deterioradas. La realización del riesgo queda fuera de la ejecución del contrato puesto que el vendedor ha cumplido con su parte: la entrega. Al comprador sólo le queda pagar el precio y soportar las pérdidas que se sigan de la realización del riesgo.
- b) El que el vendedor haya cumplido su obligación de entregar las mercaderías, explica por qué no podemos hablar de exoneración de responsabilidad cuando la realización del riesgo es posterior a su transmisión y accidental. El presupuesto de hecho de la exoneración de responsabilidad conforme el artículo 79 CVCIM es el “*incumplimiento de cualquiera de las obligaciones*” y en este caso el vendedor ha cumplido. Sólo si la pérdida o deterioro no es accidental [*debido a un acto u omisión del vendedor*], podrá hablarse de incumplimiento y de los efectos que le son propios [*artículo 45 y concordantes de la CVCIM*]

III. EL INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR Y LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO AL COMPRADOR. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 70 CVCIM

1. Solución adoptada por el artículo 70 CVCIM

Cuando el legislador regula la incidencia del incumplimiento del vendedor en la transmisión del riesgo, o dispone [i] que el incumplimiento impide la transmisión del riesgo, sin llegar a plantearse el problema de la incidencia de aquél en sus efectos jurídicos⁸⁵;

⁸⁵ Por esta solución opta el legislador del UCC, en su sección 2-510 (1). En ella se dispone que, si la falta de conformidad es de tal gravedad, como para autorizar al comprador a rechazar las mercaderías, la transmisión del riesgo no se produce. Por su parte, en LUCI se adopta la misma regla, aunque con una menor claridad. El artículo 97 (2) dispone que si el comprador resuelve el contrato, o demanda la sustitución de las mercaderías, la transmisión del riesgo no se produce. Sin embargo, en ambos sistemas la solución se adopta parcialmente. Ello por dos razones: [i] sólo prevén una modalidad de incumplimiento contractual – *la falta de conformidad de las mercaderías* - y [ii] únicamente se aplica cuando ésta constituye un incumplimiento esencial o significativo. Por ende, se colige que, tratándose de otros incumplimientos, distintos a la falta de conformidad, o cuando ésta no revista la gravedad suficiente, el riesgo igualmente se transmite al comprador. Finalmente, debe tenerse presente que en UNICTRAL hubo una propuesta de modificación al precepto de la Convención que ordenaba que el incumplimiento esencial del vendedor impedía la transmisión del riesgo. Esta propuesta fue rechazada [OR, II, 407-408]. Cfr. Barry Nicholas, Art. 70, cit. N.9, par. 2.3.

o [ii] que la transmisión del riesgo se produce igualmente, pese al incumplimiento del vendedor, autorizando al comprador afectado a ejercer cualquiera de los remedios que la ley pone a su disposición para ese incumplimiento. La CVCIM, apartándose de la LUCI, opta por la segunda regulación, prescribiendo en su artículo 70 que: “*Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento*”. Y su artículo 36(1) añade que el vendedor es responsable por cualquier falta de conformidad que exista al momento de la transmisión del riesgo⁸⁶. El principio que subyace es que el incumplimiento del vendedor anterior o coetáneo a la transmisión del riesgo no impide que ésta se produzca, pudiendo el comprador igualmente hacer uso de cualquiera de los remedios que le reconoce la Convención⁸⁷. En otras palabras, según sea la modalidad del incumplimiento, el comprador podrá: resolver el contrato [artículo 49 CVCIM], demandar el cumplimiento específico, en cualquiera de sus modalidades [artículo 46 CVCIM], exigir la reducción del precio [artículo 50 CVCIM] y, en todo caso, la indemnización de daños y perjuicios [artículos 45 (1) b) y 74 CVCIM], salvo, obviamente, si el vendedor acredita su exoneración de responsabilidad [artículo 79 (1) CVCIM].

2. Verdadero significado y alcance del artículo 70 CVCIM

El tenor literal del precepto limita su aplicación al incumplimiento esencial del vendedor [artículo 25 CVCIM]; sin embargo recurriendo a la historia del establecimiento del precepto y a una interpretación lógico-sistemática de precepto y del contenido en el artículo 36 (1) CVCIM, podemos concluir que su aplicación se extiende a todos los incumplimientos del vendedor, tengan, o no, el carácter de esencial⁸⁸.

- a) *Historia del establecimiento del precepto.* En el proceso de elaboración y discusión del proyecto del artículo 70 [entonces artículo 67], hay constancia que

⁸⁶ En este sentido: Guillermo Alcover Garau, cit. N.11, p. 260; y P.M. Roth, cit. N.12, p. 305.

⁸⁷ Principio reconocido expresamente en la sentencia del caso argentino, donde el Tribunal rechaza la pretensión de resolver el contrato, porque el incumplimiento, alegado por el comprador [*falta de conformidad: deterioro de las mercaderías*] no existe al momento de la transmisión del riesgo.

⁸⁸ A favor de la extensión analógica del precepto: Joseph Lookofsky, Understanding the CISG in Europe, cit. N.73, p. 80. “*La regla del artículo 70 se aplica exclusivamente a los casos de incumplimiento esencial. Si el incumplimiento no es esencial, éste debe aplicarse por analogía, por lo que una pérdida o daño accidental de las mercaderías no privará al comprador de los remedios ordinariamente disponibles tales como daños o reducción proporcional del precio*”. En el mismo sentido: Vincent Heuzé, Vente internationale, cit. N.68, par. 379; Enderlein & Maskow, Art. 70, cit. N. 18, par. 2, p. 281. En contra: Herber & Czerwenka, Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11 April 1980 über den internationalen Warenkauf, Munich, 1991 Art. 70, par. 4; UNCITRAL, Secretariat Commentary, Art. 82, op. cit., par. 1, p. 66; Neil Gary Oberman, cit. N.11, pp. 23-24. El autor, interpretando literalmente el precepto, afirma que el artículo 70 CVCIM se aplica exclusivamente a las situaciones de incumplimiento esencial.

la Comisión había aprobado la propuesta de extender su aplicación a todos los casos de incumplimiento; y en el informe de la etapa final de redacción del precepto, se indicaba claramente que tal propuesta había sido adoptada⁸⁹. Sin embargo, el texto no fue enmendado y hoy aparece limitando el ámbito de la norma a los incumplimientos esenciales⁹⁰.

- b) *Interpretación lógico-sistemática con el artículo 36 (1) CVCIM*. De interpretar los artículos 70 y 36 (1), se infiere que la transmisión del riesgo al comprador no le priva del ejercicio de los remedios de que es titular para el caso que el vendedor incumpla alguna de sus obligaciones contractuales, aun cuando el incumplimiento se descubra *a posteriori* y éste no sea esencial⁹¹.

Además, el artículo 45 CVCIM, cuando establece el catálogo de remedios del comprador, no distingue según se haya, o no, transmitido el riesgo al comprador, ni si éste se ha realizado posteriormente. El precepto gira en torno al incumplimiento de las obligaciones del vendedor cualquiera sea su gravedad. El carácter de esencial del incumplimiento permite definir los remedios de que dispone el comprador. Si el incumplimiento es esencial, tendrá a su disposición dos remedios adicionales, la resolución del contrato y la sustitución de las mercaderías.

3. Supuesto del artículo 70 CVCIM

La aplicación del artículo 70 presupone que el vendedor incumple alguna de sus obligaciones y posteriormente, habiéndose transmitido el riesgo al comprador, las mercaderías se pierden o deterioran accidentalmente, esto es, sin que exista vinculación causal entre dicha pérdida o deterioro y el incumplimiento del vendedor. Cabe hacer presente que este último requisito no lo establece la norma, sino que lo agrega la

⁸⁹ UNCITRAL, Report on Tenth Session (1977), Annex I (A/ 32/17) 149, para. 555 [*donde el artículo 82 era numerado 68*]. Esta opinión aparece confirmada por el summary record: UNCITRAL, Tenth Session, Committee of the Whole I, Summary Record of the 29th Meeting, 10 de junio de 1977, (A/CN.9 (X)/C.1/S.R.29), pars. 20-28

⁹⁰ P.M. Roth, cit. N.12, p. 305. Sobre el particular, el autor expresa que la solución obvia era eliminar la expresión “esencial” del precepto [*refiriéndose al artículo 82 del Proyecto de Convención de 1978*], siendo, en efecto, precisamente ésta la intención de UNCITRAL. Agrega que, probablemente, no se trata más que de un error, o equivocación, que espera pronto sea corregido. Consecuente con lo expresado, Hager, sostiene que la circunstancia de que el artículo 70 confiere prioridad a las reglas sobre el incumplimiento solamente cuando hay incumplimiento esencial, es meramente un error de redacción del precepto. Hager, Art. 70, cit. N.54, par. 3. – 5º.

⁹¹ Con una interpretación análoga a la nuestra: Jorge Caffarena Laporta, cit. N.11, p. 558. El comentarista expresa que con base al precepto en estudio podría afirmarse que cuando el incumplimiento no fuere esencial no cabría el ejercicio de los remedios por parte del comprador, quedando el vendedor libre de toda responsabilidad. Esta interpretación a *sensu contrario* del precepto no es admisible, choca con los términos del artículo 36 CVCIM y conduce a un tratamiento diferente, con relación a los riesgos de los distintos tipos de incumplimiento, esencial y no esencial, que no encuentra justificación alguna.

doctrina; y lo hace porque mientras no se realice el riesgo no hay ningún problema. En efecto, prácticamente en todos los casos de incumplimiento el comprador ejercerá cualquiera de los remedios de que dispone, después de la transmisión del riesgo.

Distinto cuando el incumplimiento del vendedor es la causa determinante del daño en las mercaderías, caso en el cual se aplica por especialidad el artículo 66, *in fine*: por tratarse de una pérdida o deterioro imputable a la conducta del vendedor [*no accidental*]. El comprador, entonces, podrá negarse a pagar el precio o hacer uso de cualquiera de los remedios de que dispone.

Para entender el presupuesto de aplicación de la norma, pensemos en el siguiente caso hipotético. El vendedor se obliga a entregar 500 compresores para refrigeradores y entrega al comprador 60 con defectos de manufactura [*artículo 36 (2)CVCIM*], transmitiéndose el riesgo al comprador cuando son puestos en poder del porteador para su traslado. Esta falta de conformidad constituye un “*incumplimiento esencial del contrato*” conforme el artículo 25 CVCIM. Durante el viaje los compresores sufren un deterioro accidental por filtraciones de agua de mar, dañándose el 50% de la carga completa, la que queda inutilizable. Según lo expresado en las líneas que anteceden, el comprador está facultado para ejercer cualquiera de los remedios, los comunes a todo incumplimiento y los propios del incumplimiento esencial. Sin embargo, estos remedios se limitan al incumplimiento [*falta de conformidad*] y no se extienden al daño posterior de las mercaderías. Por ende, si la falta de conformidad da derecho a reducción del precio, ésta se limita a la diferencia entre el valor de las mercaderías entregadas y el precio del contrato; sin considerar el valor de las pérdidas [*riesgo accidental de cargo del comprador*].

Por consiguiente, el artículo 70 cobra importancia cuando las mercaderías afectadas por un incumplimiento del vendedor, experimentan, después de la transmisión del riesgo al comprador, un daño accidental. En este supuesto, el ejercicio de los remedios por parte del comprador se limitará sólo al incumplimiento, sin extenderse al daño posterior de las mercaderías⁹².

⁹² L. Sevón, cit. N.11, p. 197, par. B.2. Según el autor el comprador puede, en estos casos, reclamar la reducción del precio [*artículo 50 CVCIM*]; o ejercer el remedio de la reparación de las mercaderías conforme el artículo 46 (3) CVCIM, sólo en la medida que la falta de conformidad haya existido al tiempo de la transmisión del riesgo. Respecto de los deterioros posteriores, el vendedor no estaría obligado. En el mismo sentido: Hager, Art. 70, cit. N.54, par 5 a. “*El ejercicio de los remedios queda limitado a la extensión del incumplimiento previo a la transmisión del riesgo. Ello, principalmente, en relación con el remedio de la reducción del precio y la indemnización de daños*”; Ming, Catherine y Karl Neumayer, **Convention de Vienne sur les contrat de vente international de marchandises, Commentarie**, Ed. François Dessemontet, Publication CEDIDAC, Laussane, 1993, pp. 455 y ss: “*el comprador conserva sus derechos aunque las mercaderías se hayan perdido o deteriorado después de haberse transmitido el riesgo, pero no puede valerse de ellos, más que por los defectos que afectaban a aquéllas en el momento de la transmisión del riesgo, los defectos posteriores son de su cargo*”.

4. Remedios de que dispone el comprador y consecuencias de su ejercicio

En este apartado interesa referirnos al caso en que el comprador frente a un incumplimiento esencial del vendedor, opta por ejercer el remedio de la resolución del contrato [*artículo 49*], o el de la sustitución de las mercaderías defectuosas [*artículo 46 (2)*]. En el supuesto del artículo 70, el ejercicio de cualquiera de estos remedios reclama que concurra el requisito negativo del artículo 82 (2), letra a) de la Convención. Ciertamente, como dispone el artículo 82, (1), el comprador pierde el derecho a resolver el contrato, o a exigir la entrega de mercaderías sustitutas, cuando le sea imposible restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido. Seguidamente, si consideramos lo dicho precedentemente, el comprador no podría hacer uso de los mencionados remedios, ya que le será imposible restituirlas en ese estado. Sin embargo, la misma norma, por vía de excepción, autoriza el ejercicio de estos remedios cuando la imposibilidad no fuere imputable a un acto u omisión del comprador [*véase el artículo 82 (2), letra a)*]⁹³. Entonces, en el supuesto del artículo 70, el comprador igualmente podrá resolver el contrato, o exigir la sustitución de las mercaderías, produciendo cada uno de ellos los efectos que le son propios [*artículo 81 CVCIM*], menos la restitución de las mercaderías al vendedor. Se produce, por vía de consecuencia, la reversión del riesgo al vendedor, toda vez que tiene que soportar la pérdida o deterioro de las mercaderías, pese a que el riesgo pertenecía al comprador⁹⁴. La explicación de este efecto se encuentra en el propio incumplimiento esencial del vendedor y se limita a las mercaderías afectadas por el incumplimiento contractual que motiva la aplicación del artículo 70. De modo que si el incumplimiento afecta sólo a algunas de las mercaderías - *las no conformes al tiempo de la transmisión* - y mercaderías distintas se dañan después de la transmisión del riesgo, el comprador soportará las consecuencias de ese daño.

⁹³ Se advierte que, en los casos en que no concurra alguna de las excepciones previstas en el artículo 82 (2), el comprador no queda privado de protección. Ante el incumplimiento del vendedor podrá hacer uso de cualquiera de los otros remedios de que disponga. En efecto, el artículo 83 CVCIM declara que, cuando comprador haya perdido el derecho a declarar resuelto el contrato, o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas, éste conserva todos los demás derechos y acciones que le correspondan conforme al contrato y a la Convención. Esta disposición consagra, para estos casos, el *ius variandi* a favor del comprador, autorizándolo a cambiar de pretensión, optando por el ejercicio de otro remedio.

⁹⁴ Se debe tener presente que en el código civil español, en materia de acciones edilicias, el artículo 1488 ofrece una solución diversa a la prevista en la CVCIM, porque en ella no se priva al comprador de la acción estimatoria, o de rebaja del precio, cuando la cosa viciada [*vicio redhibitorio*] se pierde, por culpa suya. El artículo citado dispone: “*Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse*”. Esta misma disposición la encontramos en el Código civil chileno, específicamente, en el artículo 1862, que reza: “*Si la cosa viciosa ha perecido después de perfeccionado el contrato de venta, no por eso perderá el comprador el derecho que hubiere tenido a la rebaja del precio, aunque la cosa haya perecido en su poder y por su culpa*”. Véase en general: Antonio Manuel Morales Moreno, **Comentario del Código Civil**, II, Ministerio de Justicia. Relacionando la norma del Código civil español con la disposición de la CVCIM: Jorge Caffarena Laporta, cit. N.11, p. 554.

La consideración del artículo 82 (2) a) ha llevado a algún sector de la doctrina a sostener que el artículo 70 ordena la reversión del riesgo al vendedor⁹⁵. Esta opinión no es correcta; el alcance del artículo 70 es el estudiado, es decir, la transmisión del riesgo y su posterior realización accidental no privan al comprador del ejercicio de los remedios por el incumplimiento del vendedor anterior o coetáneo a dicha transmisión. Una cuestión distinta es el efecto jurídico que se sigue de la aplicación del primer precepto.

Se observa que cuando el comprador opta por la resolución del contrato, el vendedor deberá restituir el precio que recibió por las mercaderías afectadas por el incumplimiento, recibiendo a cambio, a lo sumo, las mercaderías dañadas. Se rompe el equilibrio de las prestaciones en contra del interés del vendedor.

Por ello, como respuesta a esta falta de equilibrio, y con el fin de evitar el enriquecimiento injustificado, se impone al comprador la obligación de abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías, o de una parte de ellas [artículo 84 (2)CVCIM]. Interpretando la norma que prevé esta obligación, pensamos que es posible construir una especie de *commodum representationis* en favor del vendedor, entendiendo que dentro de tales beneficios se cuentan las indemnizaciones provenientes de compañías de seguros, o de un tercero responsable [por ejemplo, el transportista]; y los derechos o acciones para su cobro⁹⁶. Se trata de un remedio excepcional de que dispone en esta hipótesis particular el vendedor que se asimila a este instituto propio del derecho civil⁹⁷.

⁹⁵ Entre otros: Jorge Adame Godard, cit. N.14, p. 330; G. Caballero Germain, La Transmisión del Riesgo en el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Dirigida por Alejandro Guzmán Brito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1997, Chile, pp. 241 y ss. Garro y Zuppi, cit. N.66., p. 251; P.M. Roth, cit. N.12, p. 303

⁹⁶ En la doctrina, así lo reconoce expresamente, al comentar el artículo 70 CVCIM, con relación al artículo 82 (2) a) CVCIM, refiriéndose al derecho al pago de la indemnización del seguro. Enderlein & Maskow, Art. 70, cit. N.18, par 2, p. 281. Y, en general, comentando el artículo 84 (2) CVCIM, se afirma que en este precepto se prevé un supuesto de “subrogación”, ya que el beneficio se subroga en las mercaderías, distinguiendo entre *commodum ex re* y *commodum ex negotiatione*: Hans G. Leser, Artículo 84 CVCIM, **Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods [CISG]**, AA.VV., Schlechtriem Peter (Ed.), Second Edition in translation, Tradlated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press–Oxford, 1998, pars. 23-28.

⁹⁷ El *commodum representationis* consiste es un remedio en virtud del cual el acreedor ante la impracticabilidad del cumplimiento específico, puede reclamar de su deudor la cesión de todos los derechos y acciones que éste tuviese contra terceros en razón del objeto de la prestación debida. Esta cesión no opera de pleno derecho, el acreedor debe reclamarla, como pretensión, en el juicio respectivo. [artículo 1677 del CC chileno]. Cfr. con Fernando Pantaleón Prieto, “El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate”, [Anuario de Derecho Civil, 1991, pp. 1019 y ss]; y “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual” [Anuario de Derecho Civil, 1993, pp. 1719 y ss]. El autor defiende que en el código civil español el “*commodum representationis*”, es un remedio de que dispone el acreedor ante la imposibilidad del cumplimiento específico.

CONCLUSIONES

- 1.- La Convención de Viena regula el instituto del riesgo, vinculando su transmisión al comprador con sucesos comerciales relevantes en los tipos contractuales más frecuentes en el tráfico.
- 2.- En la Convención, la pérdida, o deterioro, accidental de las mercaderías posterior a la transmisión del riesgo al comprador, no le libera de su obligación de pagar el precio, ni menos aún le autoriza para invocarlas como incumplimiento contractual, salvo que se deba a la conducta del vendedor.
- 3.- Mientras el riesgo no se transmita al comprador, el vendedor debe soportar la pérdida o deterioro que experimenten las mercaderías y debe cumplir, igualmente, su obligación de entrega; si no lo hace, hay incumplimiento contractual, con las consecuencias jurídicas que éste produce.
- 4.- Cualquier incumplimiento del vendedor anterior o coetáneo a la transmisión del riesgo no obsta que ésta produzca sus efectos; sin embargo, el comprador tiene a su disposición los remedios que la Convención contempla para ese incumplimiento.