
Riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional. Una aproximación desde el incumplimiento y los remedios del comprador*

» ÁLVARO VIDAL OLIVARES**
» JORGE OVIEDO ALBÁN***

RESUMEN: Este artículo se refiere al régimen de riesgos en la CISG con el objetivo de mostrar que el régimen que en ella se incorpora está basado en criterios funcionales a los intereses de las partes que solucionan los problemas originados en la pérdida y deterioro anteriores a la transmisión del riesgo al comprador que permite recurrir al sistema de remedios y así lograr la conexión con el incumplimiento. En su elaboración se ha empleado el método dogmático, a partir del análisis sistemático de las normas de la CISG, la doctrina y la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: riesgos, incumplimiento, compraventa internacional de mercaderías.

-
- * Fecha de recepción: 16 de agosto de 2016. Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2016. Para citar el artículo: A. VIDAL OLIVARES y J. OVIEDO ALBÁN, “Riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional. Una aproximación desde el incumplimiento y los remedios del comprador”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 31, julio-diciembre de 2016, 153-185. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.06>
El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto Fondecyt n.º 115.051; del Proyecto del Ministerio de Educación y Competitividad de España, n.º DER 2014-53972-P, y Conicyt Anillo, soc n.º 1406.
- ** Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Contacto: alvaro.vidal@pucv.cl
- *** Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Magíster en Derecho Privado y doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Santiago de Chile, Chile. Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Contacto: jorge.oviedo@usa.edu.co

The Risk of Goods in International Sales. An Approach from the Breach of Contract and Remedies of the Buyer

ABSTRACT: This article refers to the regime risks in the CISG with the aim of showing that the regime that it is incorporated, is based on functional criteria to the interests of the parties to solve the problems that originated in the loss and prior to the transfer of risk to the buyer will have recourse to remedies system and thus achieve the connection with the breach of contract. In its development we used the dogmatic method, from the systematic analysis of the rules of the CISG, doctrine and case law.

KEYWORDS: Risks, breach of contract, international sale of goods.

SUMARIO. Introducción. I. Un nuevo modelo: del riesgo al incumplimiento. II. Dos ideas clave para la comprensión de la disciplina del riesgo del contrato: el modelo de obligación y la tipología contractual en la CISG. III. El riesgo del contrato como un problema de incumplimiento. IV. Momentos de transmisión del riesgo al comprador en la CISG. A. Venta indirecta: transmisión del riesgo cuando el contrato implica transporte. B. Riesgo de las mercaderías vendidas en tránsito. C. Transmisión de riesgos en otros casos: venta directa con entrega de las mercaderías en el establecimiento del vendedor o en otro lugar. D. Regla para la transmisión del riesgo fijada por las partes en ejercicio de la autonomía privada. E. Reflexión de cierre. Necesaria vinculación de la transmisión del riesgo con la entrega de las mercaderías en la CISG. V. Riesgo, cumplimiento e incumplimiento. VI. Incumplimiento de contrato y posterior realización del riesgo de cargo del comprador (art. 70 CISG). Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El objeto del presente trabajo es mostrar cómo el derecho uniforme de la CISG¹ supera la clásica teoría de los riesgos, cuyo presupuesto es la imposibilidad sobrevinida de la prestación no imputable al deudor, incorporando criterios de transmisión funcionales a los intereses de las partes y que recogen las prácticas y usos comerciales a partir de diferenciar según se trate de una compraventa con entrega directa o indirecta. Para ello, propondremos solución a los problemas que origina la pérdida y deterioro anteriores a la transmisión del riesgo al comprador, recurriendo al estatuto del incumplimiento, delimitando la posición de

.....

1 Dado que es la forma generalizada como se identifica en la doctrina, emplearemos la sigla CISG (*United Nation Convention on Contracts for the International Sales of Goods*), que es la forma generalizada como se conoce a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

cada una de las partes. Cabe consignar que esta conexión entre riesgo de las mercaderías e incumplimiento puede establecerse debido a que la CISG recoge una noción amplia y objetiva del incumplimiento conforme la cual lo hay cuando no se ejecuta el plan contractual, provocando la insatisfacción del acreedor, siendo irrelevante en principio la causa de la pérdida o deterioro.

A fin de alcanzar este objeto, el trabajo se divide en cinco secciones. La primera refiere al modelo acogido en la CISG sobre transmisión de riesgos y su conexión con el incumplimiento de contrato que acoge la CISG. La segunda, a dos ideas clave para la comprensión de la disciplina del riesgo del contrato: el modelo de obligación y la tipología contractual en la CISG. En la tercera se aborda el cambio de paradigma en lo que concierne al tratamiento del riesgo del contrato en la CISG y que ha servido de modelo de regulación en el ámbito europeo. En cuarto lugar se precisa cuándo se transmite el riesgo en la CISG, según la venta sea directa o indirecta. En quinto lugar se conecta directamente el riesgo de deterioro o pérdida de las mercaderías con el incumplimiento de contrato y los remedios del comprador según las normas de la CISG. El trabajo termina con unas conclusiones. En la elaboración de este artículo se ha empleado el método dogmático que ha incluido el análisis de las normas de la CISG y de algunos otros instrumentos del moderno derecho de contratos, además de la doctrina relevante y la jurisprudencia.

I. Un nuevo modelo: del riesgo al incumplimiento

Como se sabe, la CISG es derecho interno en 84 países, entre ellos la mayoría de los de Suramérica, a excepción de Bolivia y Venezuela, de manera que uno de los temas de mayor relevancia, tanto teórica como práctica, consiste en estudiar las diferencias y “tensiones” conceptuales que se derivan del régimen contractual contenido en ella, con las reglas de los códigos de derecho privado, civiles y mercantiles, vigentes en la mayoría de los casos en los países de América Latina².

Estas diferencias no sólo sirven para develar las similitudes y diferencias entre la CISG y los regímenes internos, sino también para estudiar la posibilidad de apoyarse en ella, en el modelo que recoge, con el fin de proponer una relectura de las reglas nacionales, y dar respuesta a los problemas que ofrecen las actuales condiciones del tráfico³.

2 Para una completa referencia comparativa entre las reglas de la Convención de Viena y las reglas adoptadas para las ventas civiles y comerciales en los códigos de los países ibero-latinoamericanos, véase MUÑOZ, E., “Sección comparativa Iberoamericana a los artículos 66 a 70 de la CISG”, Schlechtriem & Schwenzer, Ingeborg Schwenzer y Edgardo Muñoz (dirs.), *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi y Thomson Reuters, 2011, 1597-1601.

3 La importancia de la Convención de Viena ha sido destacada en abundancia por los autores. De todas maneras, conviene insistir, siguiendo para ello a MORALES MORENO, en que la misma

Uno de estos problemas es la transmisión del riesgo de deterioro o pérdida de las mercaderías –en adelante, daño a las mercaderías o, simplemente, riesgo– y su conexión con el incumplimiento y los remedios del acreedor. La pregunta fundamental es: ¿en qué medida el problema del riesgo de las mercaderías se resuelve por la disciplina del incumplimiento?

En todos los ordenamientos se plantea la cuestión acerca de cuál de las partes debe soportar el riesgo que se concreta en el período que va entre la celebración del contrato y su entrega al comprador⁴, cuestión resuelta por la conocida Teoría de los Riesgos, cuyo ámbito se circunscribe a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto o cosas específicas. Las soluciones al riesgo que ofrece esta teoría son dos, o bien este pertenece al vendedor –deudor de la obligación de entrega– (*res perit debitori*), o bien pertenece al comprador –acreedor de tal obligación– (*res perit creditori*). De acuerdo a la primera, el vendedor se libera –total o parcialmente– de su obligación por imposibilidad no imputable y, por su parte, el acreedor no está obligado a cumplir con su parte en el contrato; en cambio, conforme la segunda, el deudor se libera, no obstante lo cual el acreedor sigue obligado al pago del precio o, si lo pagó, no tiene derecho a la restitución, a pesar de que nada recibe viendo insatisfecho su interés⁵.

Tomando distancia respecto de la citada teoría, la CISG no mira el problema del riesgo desde el objeto de la obligación de entrega –la cosa–, sino que se centra en la obligación misma y en el eventual incumplimiento que puede producir la realización del riesgo; y, también, en la incidencia que tal realización produce en la posición del comprador, en orden a si el daño de las mercaderías constituye

aporta principios nuevos y además “permite una eficaz aproximación entre los diversos sistemas jurídicos”. De igual forma el autor destaca su influencia en las tentativas de unificación, o renovación del derecho de obligaciones, la cual se manifiesta en instrumentos como los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, el nuevo Código Civil holandés, la reforma al BGB, entre otros. Cfr. MORALES MORENO, A. M., “Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro código europeo de las obligaciones”, en MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, 146. Véanse también los comentarios del mismo autor relativos a la incidencia de la Convención de Viena en la modernización del Derecho de obligaciones en MORALES MORENO, A. M., “Claves de la modernización del derecho de contratos”, DE LA MAZA GAZMURI, I.; MORALES MORENO, A. M. y VIDAL OLIVARES, A., *Estudios de derecho de contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, 27-32.

- 4 TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVII, 1, 2014, 115. Sobre lo curioso que resulta que la cuestión de la asunción del riesgo haya generado en todas las épocas constantes polémicas, véanse los comentarios de ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, Montecorvo, 1972, 26-28.
- 5 Para un estudio crítico de la regla del *res perit creditori* y las virtudes de la del *res perit debitori*, véase ELORRIAGA DE BONIS, F., “La teoría de los riesgos”, en Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, 2.ª parte, Santiago, Jurídica de Chile, 2002, 65 ss.

o no incumplimiento de contrato –con las consecuencias que se deriven de uno u otro supuesto. En esta línea es esencial la regla del artículo 66 CISG a la que se hará referencia detenidamente.

En la CISG, el modelo de obligación sobre el que se plantea el problema deja de ser el de las obligaciones específicas y se vuelve el de las de objeto fungible, o en la terminología decimonónica, el de aquellas que recaen en individuos de un género. En la aproximación tradicional, el problema del riesgo de esta clase de obligaciones es irrelevante porque la extinción de la obligación por imposibilidad total o parcial no tiene lugar. A pesar de la pérdida o deterioro de las mercaderías, la obligación subsiste y, por esta razón, si el deudor no entrega o no lo hace conforme al contrato habrá incurrido en incumplimiento. En la CISG no se presentan los problemas tradicionales del riesgo, empero, como es un hecho que este puede afectar a las mercaderías, dicho ordenamiento da soluciones y, como expondremos, su intelección nos lleva, necesariamente, a la disciplina del incumplimiento.

El régimen de la transmisión del riesgo y sus efectos está contenida en el Capítulo IV de la Parte III de la CISG, que se titula “Transmisión del riesgo” (arts. 66 a 70)⁶, en el que se recogen los supuestos que hacen que el riesgo pase del vendedor al comprador, y los efectos de su realización. Como se examinará, la CISG transita a un sistema unificado y bastante más simple que se inclina por someter los problemas que suscita el riesgo respecto de la contraprestación a las reglas del incumplimiento, reglas que ofrecen soluciones que, a nuestro entender, resultan adecuadas.

Según el artículo 66 CISG, si las mercaderías perecen o se deterioran después de haberse transmitido su riesgo al comprador, este no se libera de la obligación de pagar el precio al vendedor, y si lo pagó, no tiene derecho a restitución alguna. Y esta regla se justifica sencillamente porque el vendedor cumplió el contrato, perteneciendo al comprador la contingencia de las mercaderías, comprador que, a partir de los momentos que fija la CISG, detenta su control. Por otro lado, de la lectura negativa del precepto resulta que si, mientras el riesgo pertenezca al

6 Debe destacarse que, aunque la palabra “riesgo” puede tener diversos significados, en la Convención es usada en el sentido tradicional de la incidencia de la pérdida resultante de un acontecimiento que no se debe a un acto u omisión de la otra parte. Cfr. BARRY, N., “Article 66”, en BIANCA, C. M. y BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987, 484. También se ha señalado que además de la pérdida o deterioro, que son las causas principales, abarca la pérdida por robo, descarga de emergencia o negligencia del porteador. Cfr. HAGER, G. y M. SCHMIDT-KESSEL, “Article 66”, en Schlechtriem & Schwenzer, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, 922. HACHEM, P., “Article 66”, en Schlechtriem y Schwenze, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, 959. SCHWENZER, I.; HACHEM, P. y KEE, C., *Global Sales and Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 479. LOOKOFKY, J., *Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012, 161.

vendedor, las mercaderías se pierden o deterioran, el comprador se libera de la obligación de pago del precio, independientemente de la causa⁷. Sin embargo, esta lectura deja la inquietud sobre a qué se refiere cuando se dice que el comprador se libera de su obligación de pagar el precio o, en otros términos, cuál será su posición al no recibir las mercaderías o recibir unas no conformes al contrato.

Entonces, si la cuestión se mira desde la óptica de la falta de entrega o conformidad y los remedios de que dispone el acreedor, asoma por sí sola la respuesta. La primera reacción frente a la infracción contractual proveniente del riesgo es reconocer al comprador la facultad de resolver el contrato (art. 49 CISG); asimismo, también podrá insistir en la entrega (art. 46 (1) CISG), reclamar la sustitución de las mercaderías perdidas o dañadas (art. 46 (3) CISG), rebajar el precio o exigir la restitución del exceso (art. 50 CISG) u optar por exigir la reparación de las mercaderías si es que resulta razonable, considerando las circunstancias (art. 46 (2) CISG), por tratarse de una entrega no conforme. En otras palabras, al comprador afectado por la realización del riesgo que conduce a un incumplimiento contractual, se le abre el abanico de los remedios del artículo 45 CISG. La disciplina de interés conecta el riesgo del contrato con el incumplimiento y los remedios. Y esta es la tendencia que sigue el moderno derecho de los contratos, tomando como modelo a la CISG, y deja atrás la tradicional y poco funcional *Teoría de los Riesgos*.

Ya se han explicado los efectos que se siguen de la realización del riesgo según que quien lo soportara fuere el vendedor o el comprador. Queda pendiente un tercer supuesto y que se presenta con la siguiente interrogante: ¿qué ocurre cuando, habiéndose transmitido el riesgo al comprador, la pérdida o deterioro de las mercaderías no fue casual o accidental ni imputable a esta parte, sino que tiene su origen en la acción u omisión del propio vendedor o sus auxiliares? Si este es el caso, la disciplina del riesgo es desplazada por la del incumplimiento de contrato. El artículo 36 CISG prescribe que, si la falta de conformidad existe al tiempo de la transmisión del riesgo, el vendedor queda sometido a, y el comprador protegido por, el régimen de remedios que ella pone a disposición del comprador. El citado artículo, con cierta impropiedad del lenguaje, dispone que el vendedor es responsable de esa falta de conformidad, comprendiendo todos los remedios y no sólo la indemnización.

Procede ir a la disposición medular para la comprensión del riesgo en la compraventa internacional y su conexión con el incumplimiento de contrato. El artículo 66 citado es del siguiente tenor: “La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor”.

7 HONNOLD, J., *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid, Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, 1987, 361.

De lo expresado hasta el momento, y la disposición transcrita, se pueden fijar dos hipótesis claramente definidas. La primera, consistente en que, si el riesgo se realiza después de la transmisión al comprador, hay cumplimiento y por esta razón esta parte debe pagar el precio, a menos que la pérdida o deterioro haya sido causada por una acción u omisión del vendedor. Y, la segunda, que la pérdida o deterioro de las mercaderías fuere anterior a la transmisión del riesgo al comprador y que sea el vendedor quien deba soportar su realización, de modo que si no ejecuta la obligación de entrega a su cargo, habrá incumplido, quedando sometido a la disciplina de los artículos 45 y 61 CISG.

II. Dos ideas clave para la comprensión de la disciplina del riesgo del contrato: el modelo de obligación y la tipología contractual en la CISG

Como se verá a continuación, dos son las ideas clave para la comprensión de la disciplina del riesgo del contrato y su conexión con el incumplimiento.

En primer lugar, el modelo de obligación a partir del cual se erige su regulación difiere de aquel del legislador decimonónico. En este, la obligación recae principalmente en especies o cuerpos ciertos, en cosas no fungibles, no susceptibles de intercambiarse unas por otras; es por esta razón que la realización del riesgo por caso fortuito, antes de la entrega, extingue, total o parcialmente, la obligación, planteando el interrogante sobre la suerte de la obligación correlativa del comprador; si ella subsiste, sólo le quedaría a salvo el *commodum representationis*; en cambio, si se libera, se añade como alternativa la resolución del contrato. Bajo esta óptica, el problema del riesgo es ajeno a las compraventas de individuos de un género porque respecto de ellas no puede afirmarse la imposibilidad de ejecución dado que el género nunca perece⁸.

8 Así, p. ej., los artículos 1820 c.c. chileno y 1876 c.c. colombiano. En relación al modelo de obligación basado en un cuerpo cierto o cosa específica, imperante en la época de adopción del Código, y la regulación escasa sobre obligaciones genéricas y de hacer, propias del tráfico imperante en la época de su promulgación, pero además haciendo un llamado para que la dogmática del derecho civil reinterprete las disposiciones relevantes y así construir un sistema funcional a las actuales exigencias del tráfico jurídico en el cual se proyecta, además de una explicación del actual modelo de obligación, que es la de objeto fungible, véase VIDAL OLIVARES, Á., “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del ‘Código Civil’ sobre incumplimiento”, GUZMÁN BRITO, A. (ed. cient.), *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*, Santiago, Legal Publishing, 2009, 495-496 y 508-549. Así mismo, cabe destacar que ha sido a partir de la Convención de Viena que en el derecho europeo se ha iniciado un proceso de adecuación de las disposiciones de los antiguos códigos civiles sobre obligaciones y contratos a las vigentes condiciones del tráfico. Sobre ello, VIDAL OLIVARES, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible”, cit., 496-498. También PENAILLO ha señalado que el derecho de las obligaciones hasta ahora había sido concebido sobre esquemas de economía agraria o fabril de pequeña envergadura, lo cual se manifiesta en la atención puesta a las obligaciones de dar cosas específicas mientras las

En cambio, en el nuevo orden, como se trata de cosas fungibles –individuos de un género–⁹, la regla del riesgo interesa una vez que se transmite porque, a pesar de su realización, al comprador no le queda otra alternativa que cumplir, salvo que el riesgo tenga su causa anterior en la acción u omisión del vendedor. Antes de la transmisión del riesgo es irrelevante la pérdida o deterioro y más aún la causa de ella; si el vendedor no entrega o lo hace imperfectamente, entonces incumple, quedando expuesto a los remedios del artículo 45 CISG. La pérdida o deterioro de las mercaderías, por regla general, deja subsistente la obligación, y al deudor sólo le queda realizar su prestación. Es del caso destacar que si bien la CISG regula compraventas que versan sobre individuos de un género o cosas fungibles¹⁰, su régimen, incluido el de la transmisión del riesgo, es igualmente aplicable a ventas de cuerpos ciertos. El sistema es lo suficientemente versátil y flexible, a diferencia de lo que sucede con aquellos ordenamientos que se construyen a partir del otro modelo más estrecho y restrictivo.

En segundo lugar, para entender la regla que gobierna el deterioro o pérdida de las mercaderías es necesario detenerse en la tipología de compraventa que recoge la CISG. Asumiendo que el tipo contractual es entre partes con establecimientos diversos y que la entrega generalmente es indirecta, por intervenir un tercero que hace las veces de intermediario –generalmente encargado del comprador–, en la compraventa internacional la regla es que el vendedor entrega –pone a disposición– a este tercero, quien asume el riesgo de las mercaderías.

En este tipo contractual, el vendedor pierde el control de las mercaderías desde que las pone a disposición del tercero que las conducirá al comprador. Así, piénsese en una entrega FOB en que el vendedor pierde el control de las mercaderías pasándoselas al transportista –tercero encargado, *ex art.* 79 (2) CISG–, quien las entregará al comprador que contrató el transporte¹¹. En estas ventas indirectas, las partes convienen que la entrega se entenderá practicada desde que el vendedor pone a disposición de un transportador las mercaderías para que las

normas sobre obligaciones de género son escasas, ignorando el tráfico en masa y las obligaciones de hacer. PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Jurídica de Chile, 2003, 40.

- 9 Cfr. ZIMMERMANN, R., *The New German Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 98; MORALES MORENO, A. M., “Evolución del concepto de obligación en derecho español”, MORALES MORENO, A. M., *Modernización del derecho de las obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, 21.
- 10 Cfr. CALVO CARAVACA, A. L., “Artículo 1.º”, en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 48. SCHWENZER, I. y HACHEM, P., “Article 1”, en Schlechtriem & Schwenzler, Schwenzler (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4.ª ed., cit., 33.
- 11 CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Incoterms 2010. Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales internacionales*, Barcelona, ICC, Comité español de la Cámara de Comercio Internacional, 2010, 97.

traslade al comprador¹². En esta modalidad es posible distinguir dos hipótesis: (a) el vendedor cumple con su obligación de entregar las mercaderías, poniéndolas a disposición del porteador designado por el comprador; o bien, (b) el vendedor cumple, celebrando un contrato con el transportador poniendo las mercaderías a su disposición, de manera que actúa, además, como expedidor de las mismas.

Lo expresado no quiere decir, ni puede leerse, como si se tratase del único tipo de compraventa en el tráfico internacional. También tienen lugar –así lo recoge la CISG– las ventas directas, en las que el vendedor se obliga a entregar las mercaderías al comprador o a quien lo represente, y la entrega se entenderá verificada desde que el vendedor las pone en poder del comprador –o sus auxiliares– o las coloca a su disposición¹³.

Como se examinará, la regla de transmisión del riesgo y los efectos de su concreción dependerán del tipo de compraventa. En cambio, su relación con el incumplimiento contractual se entiende de manera más clara al considerar el cambio de paradigma en lo que al modelo de obligación se refiere.

III. El riesgo del contrato como un problema de incumplimiento

Si se deja de mirar el problema del riesgo desde el prisma de la pérdida del objeto o la imposibilidad de ejecución no imputable al deudor, y se plantea como un problema que atañe a la relación jurídico obligatoria, como ya se ha anticipado, se advertirá que su realización es un problema de incumplimiento de contrato. En efecto, el riesgo no se centra en el objeto de la obligación contractual, sino en esta última o en el contrato. Al manifestarse el riesgo hay incumplimiento porque no se entregó o hubo entrega no conforme. La pérdida o deterioro es absorbida por una noción amplia de incumplimiento, sin que interese la falta de imputabilidad, si se entiende que otro rasgo de este incumplimiento es su carácter objetivo¹⁴. Asumidas así las cosas, frente a la realización del riesgo, el acreedor dispone de los remedios por la falta de entrega o entrega disconforme, incluyendo el derecho a exigir la cesión de las acciones y derechos del deudor en contra de terceros, el *commodum representationis*, y quedando fuera la indemnización sólo si el vendedor acredita que la realización del riesgo, y la subsecuente

12 VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 536. También, LINACERO DE LA FUENTE, M., *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1452 del Código Civil*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, 59.

13 VIDAL OLIVARES, Á., “El riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CVCIM)”, *Ius et Praxis*, vol. 8, n.º 2, 2002, 536.

14 MORALES MORENO destaca entre los rasgos característicos del concepto de incumplimiento, su amplitud y que se trata de un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor, siendo necesaria la mera constatación de modo objetivo de la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento de contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, Civitas, 29-30.

infracción contractual, tuvo su causa en un impedimento ajeno a su esfera de control *ex* artículo 79 CISG¹⁵.

Morales Moreno, refiriéndose a la adaptación del Código Civil en materia de compraventa al derecho europeo, afirma que toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a su riesgo, pues la pérdida provoca el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y el deterioro, el de la obligación de entregarla en conformidad. Añade que el incumplimiento determina la responsabilidad contractual (en sentido amplio), con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios. Finalmente, asevera que la construcción unitaria y objetiva de incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, los que quedarían bajo el amparo de la doctrina del riesgo. El problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento¹⁶.

Siguiendo de cerca esta aproximación, sin explicitarlo, en la exposición de motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación al Código Civil español en materia de compraventa se expresa:

Este nuevo sistema afecta al tratamiento del problema del riesgo en el contrato de compraventa. Toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios. Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo ha de ser tratado hoy como un problema de incumplimiento¹⁷.

15 Cfr. TOMÁS MARTÍNEZ, *ob. cit.*, 152. La autora afirma que “la transferencia del riesgo queda absorbida por la falta de conformidad bajo un concepto objetivo de incumplimiento de amplia cobertura y neutro”.

16 MORALES MORENO, A. M., “Adaptación del Código Civil al derecho europeo: compraventa”, en MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Civitas, 2006, 116.

17 Boletín n.º 1988 de la Comisión General de Codificación, 2078, disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338965924?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=Boletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DComision_General_de_Codificacion.PDF&blobheadervalue2=1215327849407

Bajo esta intelección, el derecho civil español, en un intento de adaptar su Código al derecho uniforme y europeo de los contratos, propone una regla del riesgo coincidente con la del *res perit creditori*, pero ya no centrado en la cosa objeto de la obligación, sino en esta última y su incumplimiento. En este nuevo sistema, el riesgo de deterioro o pérdida se transmite al comprador desde la entrega o, en otros términos, desde que el vendedor ha ejecutado todo lo que le incumbe según el contrato. Desde esta óptica, se advierte coincidencia con el régimen de las obligaciones de dar individuos de un género. En sentido estricto, bajo el supuesto tradicional de la teoría de los riesgos –que presupone la imposibilidad sobrevenida de la prestación–, no se aplicaría a hipótesis de pérdida o deterioro de individuos de género, dado que este no perece y el deudor siempre podrá satisfacer la obligación entregando otro individuo conforme al contrato¹⁸.

En esta clase de obligaciones, si antes de la entrega se destruye o deteriora el o los individuos con que el deudor proyectaba cumplir, su obligación subsiste –sin interesar la causa del daño de la cosa–, y si no ejecuta su prestación, o no lo hace conforme al contrato, habrá incumplido y el comprador podrá ejercitar los remedios que sean procedentes. Se advierte que la causa interesaría únicamente para la indemnización de daños; si ella fue un caso fortuito –acreditado por el deudor– y sus consecuencias obstan el cumplimiento, se excluirá dicho remedio, no así los restantes, como la resolución o la sustitución de los individuos defectuosos.

Por consiguiente, la solución al riesgo de cosas genéricas coincide con aquella que adoptan tanto la CISG¹⁹ y el CELS²⁰ como asimismo el Anteproyecto de

18 CAFFARENA LAPORTA, J., “Genus nunquam perit”, *Anuario de Derecho Civil*, t. xxxv, f. II, 1982, 93. Para el autor no se afirma en esta especie de obligaciones que es el deudor quien soporta el riesgo, entendido este en un sentido técnico jurídico, sino que lo que se trata de evidenciar es sencillamente que en este tipo de obligaciones no hay oportunidad siquiera de plantearse el tema del *periculum obligationis*, en tanto en cuanto la prestación siempre es posible. Si bien el autor lleva la razón en su planteamiento, si se le mira desde la óptica aquí propuesta claramente es posible afirmar que en esta especie de obligaciones el riesgo de la cosa pertenece al deudor mientras no medie la entrega, lo que se refleja precisamente en el hecho de que, pese a la destrucción o deterioro, queda igualmente obligado para con el comprador, con independencia de la causa que la provoque. En este sentido, aunque con alguna divagación, ELORRIAGA DE BONIS, ob. cit., 47-49.

19 El Capítulo IV trata de la “Transmisión del riesgo”, artículos 66 a 70, y el primero de estos prescribe: “La pérdida o deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del acreedor”. Para un estudio acerca de la disciplina del riesgo y su vinculación con el incumplimiento y la falta de conformidad de las mercaderías, véase VIDAL OLIVARES, Á., “El incumplimiento del vendedor y la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, xxvii, 235-247.

20 El CESL regula la transmisión del riesgo en el Capítulo 14, en los artículos 140 y siguientes. El primero de los preceptos dispone: “Loss of, or damage to, the goods or the digital content after the risk has passed to the buyer does not discharge the buyer from the obligation to pay the Price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller”. Para un estudio de la transmisión del riesgo en

Ley de Modificación al Código civil español en materia de compraventa²¹. En estos ordenamientos el riesgo de las mercaderías se transmite al comprador, en general, desde el momento que el vendedor ha realizado todo lo que le incumbía conforme al contrato para realizar la entrega. Después de ese instante el riesgo de tales mercaderías pertenece al comprador salvo que su causa fuere anterior a la entrega, en cuyo caso habría incumplimiento del vendedor.

Así las cosas, en la disciplina del riesgo de la CISG que hoy sirve de modelo en el proceso modernizador del derecho de contratos, la contingencia de pérdida o deterioro de las mercaderías interesa en la medida que tiene lugar después de la transmisión del riesgo al comprador, dado que este igualmente queda obligado al pago de precio, salvo que pruebe que se produjo por acción u omisión del vendedor, en cuyo caso este último queda expuesto a los remedios del incumplimiento. Mientras el vendedor no cumpla con aquello que le incumba conforme al contrato, la pérdida o deterioro puede constituir incumplimiento, pero si cumplió, el riesgo pertenece al comprador.

Es por lo expresado que interesa saber cuándo o en qué momento se transmite el riesgo del contrato al comprador y, cualquiera sea el tipo de compraventa, tal momento coincidirá con la ejecución de la obligación de entrega y la consiguiente liberación del vendedor.

IV. Momentos de transmisión del riesgo al comprador en la CISG

Conviene recordar que tradicionalmente los códigos europeos y latinoamericanos han empleado fórmulas generales y abstractas, que varían entre la celebración del contrato, la transferencia de la propiedad o la entrega de las mercaderías. Según la regla “*periculum est emptoris*”, del derecho romano, el riesgo de la cosa mueble no fungible pasa al comprador desde la conclusión del contrato, de manera que si la cosa se pierde fortuitamente entre ese momento y la entrega, el comprador debe pagar el precio acordado²². Por el contrario, sobre la base del

el CESL, véase DEL POZO CARRASCOSA, P., “La transmisión del riesgo”, en Vaquer Aloy, A.; Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, M. P. (eds.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, 427-462.

21 Art. 1452: “El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa. Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquel, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla. A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute. El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros”.

22 Entre otras explicaciones sobre el origen, matices y evolución de dicha regla, cfr. ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, vol. II, Napoli, Jovene, 1990, 244-275. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*, t. II, 2.ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2013, 159. ZIMMERMANN, R.,

criterio de la entrega, acogido en el derecho alemán (§ 446 BGB), el riesgo se transmite al comprador desde la entrega de la cosa²³.

A diferencia de las codificaciones que consagran una fórmula única, la *cisg* asume una técnica a partir de la identificación de una tipología de las compraventas más usuales en el comercio internacional²⁴, vinculándola, en general, con el agotamiento de los actos de entrega que el contrato impone al vendedor y con el momento a partir del cual el comprador asume directa o indirectamente (por medio de un tercero, normalmente un porteador) el control de las mercaderías. En síntesis, podemos afirmar que el riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor ha ejecutado los actos de entrega a su cargo²⁵.

The Law of Obligations, Oxford, Oxford University Press, 1990, 281-292. Como bien señala Zimmermann en otra obra, esta regla que funcionó bien en el derecho romano no ofrece una solución razonable en el actual. Además la regla *periculum est emptoris* estaba ligada al concepto de custodia; toda vez que el vendedor se encontraba sometido a un tipo de responsabilidad particularmente estricto, sobre el comprador pesaba sólo el riesgo de la *vis maior*. También, esta regla era consecuencia de la estructura de la *emptio venditio*, que conllevaba una redistribución del valor, puesto que el comprador debía asumir los riesgos, dado que se beneficiaba con los frutos. ZIMMERMANN, R., *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, trad. Javier Rodríguez Olmos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, 146. En el Código francés se acogió la regla según la cual el riesgo se transmite con la celebración del contrato, lo que se ha justificado al entender que en ese momento también se transmite la propiedad.

- 23 Cfr. PÉREZ, ob. cit., 245-267 y 381-413. Como destaca Tomás Martínez, “en Alemania tampoco se vio justificación racional de la regla romana y se consideró contraria a la naturaleza y equidad de un contrato bilateral. Por ello, los redactores del BGB, también contrarios a esa regla bajo la influencia de la Pandectística, se desprendieron de ella, haciendo depender el riesgo del control físico de la cosa (por la entrega, por ej.) y no de la conclusión del contrato. Se alinea así la entrega, obligación esencial del vendedor, con el paso del riesgo. El criterio germánico encuadra el riesgo en la lógica contractual sinalagmática, que va a generalizarse en el siglo xx con independencia del modelo germánico de transferencia de propiedad”. TOMÁS MARTÍNEZ, ob. cit., 123. Sobre tales criterios puede verse una referencia explicativa en diversas obras generales o monográficas, entre otras las siguientes: ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, 29-37; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la compraventa i de la promesa de venta*, t. 1, Santiago, Imprenta Litográfica Barcelona, 1917, 757-799; ABRIL CAMPOY, J. M., *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, 17-44; CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XI, *De las obligaciones*, II, Santiago, Nascimento, 1937, 679-689; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, IV, *Las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, 112-116; LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, Madrid, La Ley, 2014, 312-317; LINACERO DE LA FUENTE, ob. cit., 19-65. También y con referencia a las legislaciones que han acogido los diversos criterios, SCHWENZER, HACHEM y KEE, ob. cit., 486-490, y aunque enfocado solamente al derecho europeo, TOMÁS MARTÍNEZ, ob. cit., 127-131.
- 24 VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 544; ABRIL CAMPOY, ob. cit., 108. DEL POZO CARRASCOA, ob. cit., 438; SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005, 194; TOMÁS MARTÍNEZ, ob. cit., 116 y 136.
- 25 VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 546. Como se ha sostenido, “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

Conviene precisar que no siempre hay coincidencia entre los actos en que consiste la entrega y los hechos que activan la transmisión del riesgo. En efecto, en algunas hipótesis la transmisión presupone, más que la mera entrega material de las mercaderías, la clara identificación de las mismas, ya sea mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo, como es el caso del artículo 67 (2) CISG, referido a las ventas que impliquen su transporte²⁶.

A continuación se examinarán separadamente los tres tipos de compraventa que prevé la CISG: la venta con entrega indirecta del artículo 67 CISG (A); aquella con entrega en tránsito del artículo 68 CISG (B), y la venta con entrega directa en el establecimiento del vendedor del artículo 69 CISG (C).

A. Venta indirecta: transmisión del riesgo cuando el contrato implica transporte

El artículo 67 consigna una primera regla que determina el momento en que el comprador asume el riesgo. En las ventas indirectas, su ejecución implica una relación entre el vendedor y el comprador establecidos en diferentes Estados, siendo necesaria la intervención de un tercero encargado del transporte de las mercaderías, el que une la cadena entre los dos contratantes anteriores, y hace posible que lleguen a su lugar de destino. La Convención distingue dos supuestos.

En el primero, el contrato implica transporte, y el vendedor no está obligado a entregar las mercaderías en un lugar determinado²⁷. Según lo previsto por el párrafo (1) del citado precepto, el riesgo se transfiere al comprador desde que las mercaderías son puestas en poder del primer porteador para que las traslade según los términos del contrato. Este tipo de compraventa incluye el transporte efectuado por un tercero ajeno al vendedor, excluyendo el caso en que es ejecutado por el mismo vendedor o sus auxiliares, dado que, si es así, el daño a las mercaderías durante el transporte es de su cargo, al no haber salido de su esfera de control²⁸. En cambio, en el segundo, nuevamente el contrato incluye el transporte, pero en este caso el vendedor se obliga a entregar las mercaderías a un porteador en un lugar determinado. El riesgo en este supuesto se transmite desde que las mercaderías son puestas en poder del porteador en ese lugar.

La aplicación de esta disposición no depende de la transferencia del dominio de las mercaderías al comprador. Esto quiere decir que es posible que, pese a que

que el riesgo se transmita es suficiente que el vendedor realice los citados actos de entrega”: *ibíd.*, 546.

26 VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, *cit.*, 548.

27 HONNOLD, *ob. cit.*, 362. AUDIT, B., *La compraventa internacional de mercaderías*, trad. Ricardo de Zavalúa, Buenos Aires, Zavalúa, 1994, 104-105.

28 HONNOLD, *ob. cit.*, 368.

el dominio permanezca en manos del vendedor, igualmente opere la transmisión del riesgo al comprador²⁹. Es por esta razón que el precepto en estudio precisa que la autorización al vendedor de retener los documentos representativos de las mercaderías no obstará la transmisión del riesgo de acuerdo a lo expresado³⁰. No obstante, el párrafo (2) del artículo 67 prescribe que el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas, sea mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador u otro modo. Tal identificación es una condición para que opere la transmisión del riesgo, y se justifica porque da certeza de que las mercaderías no se confundirán con otras, protegiendo así el interés del comprador a quien se le asigna el riesgo.

Entonces, en las ventas con entrega indirecta la transmisión del riesgo dependerá de si el vendedor se obligó a poner las mercaderías a disposición del porteador en un lugar determinado o no, siendo relevante para estos efectos la clara identificación de las mercaderías, y no así la transferencia de su propiedad.

B. Riesgo de las mercaderías vendidas en tránsito

La segunda regla refiere a las mercaderías vendidas estando en tránsito. De acuerdo al artículo 68, en este tipo de ventas el riesgo de las mismas se transmite al comprador desde la celebración del contrato. Además, se añade como excepción que, si así resultare de las circunstancias, el comprador asumirá el riesgo desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte³¹.

No obstante, la CISG precisa que si al momento de la celebración del contrato el vendedor sabe o debiera tener conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiese revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro no se le transmite. Para estos efectos no hace falta el conocimiento real o efectivo de la pérdida, bastando el conocimiento imputado o hipotético que debiese tener el vendedor. La CISG, entonces, sanciona la conducta omisiva del vendedor ordenando la retención del riesgo pese a que, según la norma, debiere haber operado su transmisión al comprador.

29 DEL POZO CARRASCOSA, ob. cit., 438; TOMÁS MARTÍNEZ, ob. cit., 138-140.

30 AUDIT, ob. cit., 105.

31 Una situación en la que esto ocurriría, sería por ejemplo la del endoso de la póliza de seguro por el vendedor al comprador. Cfr. HONNOLD, ob. cit., 372; GUARDIOLA SACARRERA, E., *La compraventa internacional. Importaciones y exportaciones*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 2001, 126. Tal como menciona Adame, en la mayoría de compraventas internacionales se realiza este endosolo, por lo cual tal regla excepcional del artículo 68 puede tener más aplicación que la regla general. Véase ADAME GODDARD, J., *El contrato de compraventa internacional*, México, McGraw-Hill, 1994, 337.

C. Transmisión de riesgos en otros casos: venta directa con entrega de las mercaderías en el establecimiento del vendedor o en otro lugar

Según lo prescrito por el artículo 69, fuera de los casos previstos por los artículos 67 y 68, esto es, cuando la venta no implique el transporte de las mercaderías ni ella tenga lugar durante su tránsito, el riesgo se transmitirá en el momento en que el comprador se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace oportunamente por su acción u omisión, desde que ellas sean puestas a su disposición, incurriendo en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción o incumplir su obligación de recibir las mercaderías³².

Esta última hipótesis comprende las ventas directas y aquellas que se hacen en el establecimiento del vendedor, o en el lugar que las partes designan según lo dispone el artículo 31 b) y c) CISG³³.

Ha de precisarse que, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor, el riesgo de las mismas se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías se encuentran a su disposición en ese lugar.

Ahora, si el contrato recae sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que estas hayan sido puestas a disposición del comprador sino hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato, debiendo conectar esta exigencia con aquella contenida en el párrafo (2) del artículo 67, ya comentado. Queda en evidencia cómo, nuevamente, la CISG se ocupa de exigir certeza acerca de las mercaderías dañadas, evitando confusión, al imponerlo como condición necesaria para la transmisión del riesgo.

Cualquiera sea el supuesto de venta directa que encierra el artículo 69, la entrega de las mercaderías constituye un acto complejo en la que no sólo debe concurrir la actividad del vendedor tendiente a poner a disposición del comprador las mercaderías, requiriéndose además el cumplimiento de la obligación de recibirlas que pesa sobre el comprador y que comprende todos los actos que sea razonable esperar de él para que tenga lugar según el artículo 61 (2) CISG.

32 Se ha señalado que es más adecuada esta interpretación amplia de incumplimiento de la obligación de recibir las mercaderías que la literal, "pues permite que se transmita el riesgo en todos aquellos casos en que no tiene lugar la puesta a disposición de las mercaderías por el incumplimiento de una obligación del comprador, como puede ser, v. gr., la falta de designación del buque en que haya de efectuarse el transporte": VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Elcano, Aranzadi, 2000, 261.

33 SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law - The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, Manz, 1986, 372.

D. Regla para la transmisión del riesgo fijada por las partes en ejercicio de la autonomía privada

Por último, aunque debe ser considerada como norma primaria, cabe señalar que, antes que acudir a las reglas expuestas –arts. 67 a 69 CISG–, ha de estarse a lo convenido por las partes en el contrato. Efectivamente, los primeros llamados a fijar una regla para la transmisión del riesgo de las mercaderías son las partes haciendo uso de la libertad contractual que les reconoce y confiere el artículo 6 CISG, en orden a la facultad de establecer excepciones o modificaciones a sus normas y preceptos³⁴.

En esta dirección, el riesgo de las mercaderías y sus efectos los podrán regular directamente o sometiendo la obligación de entrega del vendedor a alguno de los términos comerciales de los INCOTERMS en la versión que entiendan más conveniente a sus intereses o, en caso de silencio, a la actualmente vigente. Así, por ejemplo, en virtud de esta libertad, las partes podrían convenir que el riesgo se transmitirá al comprador después que examine efectivamente las mercaderías o cuando, habiendo practicado tal examen, las mercaderías resulten conforme al contrato³⁵.

E. Reflexión de cierre. Necesaria vinculación de la transmisión del riesgo con la entrega de las mercaderías en la CISG

De lo expresado en los apartados anteriores resulta evidente que las reglas relativas al momento de la transmisión del riesgo de los artículos 67 a 69 guardan una estrecha relación con aquellas de los artículos 31 y 34 que prescriben sobre el lugar y momento de la entrega. De este modo, si la venta implica el transporte de las mercaderías y el vendedor no se obliga a entregarlas en un lugar determinado previamente convenido, la entrega se entenderá hecha cuando sean puestas a disposición del primer porteador para trasladarlas al comprador (art. 31 (a) CISG), momento en el que el riesgo se transmitirá según el artículo 67 (1)³⁶.

En el mismo supuesto, si el vendedor se obliga a ponerlas a disposición de un porteador en un lugar determinado, la entrega se entenderá hecha en ese momento para ser transportadas a ese destino, coincidiendo aquel instante con la transmisión del riesgo al comprador³⁷.

34 Cfr. MUÑOZ, ob. cit., 1598.

35 MUÑOZ, ob. cit., 1599.

36 HAGER, G. y SCHMIDT-KESSEL, M., “Article 67”, en Schlechtriem & Schwenger, Ingeborg Schwenger (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3.ª ed., cit., 928. HACHEM, P., “Article 67”, Schlechtriem & Schwenger, Ingeborg Schwenger (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4.ª ed., cit., 970.

37 TAMAYO CARMONA, J. A., *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e INCOTERMS 2000*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 72.

Como se explicó, en ambos casos la transmisión está condicionada a la identificación de las mercaderías. Ahora, si el vendedor se obliga a poner las mercaderías a disposición del comprador en un lugar determinado, sea porque las mercaderías serán extraídas de una masa determinada o porque deban ser manufacturadas o producidas, la entrega tendrá lugar cuando se pongan a disposición del comprador en ese lugar (art. 31, b) CISG). Siendo este el caso, el riesgo se transmite al comprador cuando las mercaderías sean puestas a su disposición y tenga noticia de tal circunstancia (art. 69 (2) CISG). Y, finalmente, en los casos no comprendidos hasta ahora, se entiende que el vendedor entrega las mercaderías cuando las pone a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento al momento de celebrar el contrato (art. 31(c) CISG), siendo aplicable la regla del comentado artículo 69 (1)³⁸.

De lo expresado, aparece de manifiesto que la transmisión del riesgo de las mercaderías al comprador coincide con la realización de todos los actos que impone su entrega al comprador y la pérdida de su control a fin de evitar su destrucción o deterioro; control que, a partir de ese momento, lo asume el comprador directamente o por medio de alguno de sus auxiliares o terceros encargados, sin que esta afirmación se altere por el hecho de que el comprador haya cumplido con su obligación de recepción de las mercaderías.

De este modo se explica la estrecha relación entre las disposiciones de los artículos 66, 36 y 70 CISG, las cuales permiten trazar la delicada división entre riesgo de las mercaderías e incumplimiento del contrato, de un lado, y cumplimiento, de otro.

Por esta consideración queda pendiente detenerse en las citadas reglas y su conexión con la suerte de la contraprestación (obligación del comprador de pagar el precio), el incumplimiento del contrato y la respectiva gestión de los remedios en favor del comprador.

V. Riesgo, cumplimiento e incumplimiento

El título de esta sección se debe leer en términos de que la transmisión del riesgo de las mercaderías al comprador implica el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor –quien ha agotado los actos que ella comprende según la venta de que se trate–; explicándose así que después de tal transmisión el comprador debe cumplir con su obligación de pagar el precio, a menos que acredite que la posterior pérdida o deterioro se debió a la acción u omisión del vendedor. Se entiende la relación entre transmisión del riesgo y cumplimiento del vendedor. Ahora, antes de tal transmisión o en el caso en que el riesgo tenga su causa en la acción u omisión del propio vendedor, la solución a los problemas de la pérdida o deterioro de las mercaderías la da la disciplina del incumplimiento

38 TAMAYO CARDONA, ob. cit., 22-23.

contractual de los artículos 45 y concordantes. Se comprende ahora la relación entre transmisión del riesgo e incumplimiento.

Habiendo dado esta explicación y volviendo al objeto de este apartado, se puede precisar que la determinación del momento de la transmisión del riesgo es importante para definir la suerte de las obligaciones derivadas del contrato respecto de ambas partes. En otros términos, se debe precisar la solución de la CISG al problema del riesgo de la contraprestación ante su realización –pérdida o deterioro de las mercaderías– para determinar si el vendedor ha incurrido en incumplimiento o no. La cuestión reside en si tal riesgo pertenece al comprador o al vendedor.

El supuesto de hecho para que surja el problema planteado es precisar qué se debe entender por “pérdida o deterioro de las mercaderías”, anticipando que la comprensión de los dos conceptos es amplia. Efectivamente, la expresión “pérdida o deterioro”, empleada por la CISG, debe entenderse en su sentido amplio, abarcando no sólo la destrucción física, sino también su extravío o robo y cualquier otra contingencia de hecho o jurídica que impida su recepción por parte del comprador³⁹. El deterioro comprende defectos materiales y jurídicos de las mercaderías, como la merma de ellas o la traba de un embargo o medida precautoria.

Ahora, si la pérdida de las mercaderías ocurre perteneciendo el riesgo al vendedor o habiéndose transmitido al comprador, pero a causa de la acción u omisión del primero, habrá incumplimiento de la obligación de entrega; y en el caso del deterioro, haciendo las mismas distinciones, este se identificará con la falta de conformidad de las mercaderías según el artículo 35 CISG.

Una vez hecha esta precisión acerca del presupuesto del problema del riesgo de la contraprestación, corresponde detenernos en la solución que ofrece la CISG.

Pese a que el artículo 66 CISG no lo prescribe expresamente, de él se infiere que la pérdida o deterioro de las mercaderías ocurrida a la cosa después de la transmisión del riesgo pertenece al comprador, dado que en caso de realizarse no se libera de su obligación de pagar el precio. Tal regla encuentra su explicación en que el vendedor, según las disposiciones de los artículos 67 a 69 CISG, ha cumplido su obligación de entrega, al desplegar los actos que ella implica de acuerdo a la modalidad convenida y por esta razón, transmitiéndose el riesgo, la obligación de pagar el precio se aísla de la relación obligatoria sinalagmática,

39 En este sentido, ALCOVER GARAU, ob. cit., 116; HAGER y SCHMIDT-KESSEL, “Article 66”, cit., 959; HACHEM, “Article 66”, cit., 922; VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 524. También, CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 66”, en Díez-Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, 516; LLAMAS POMBO, ob. cit., 1251.

quedando pendiente su cumplimiento por el comprador, y si este la cumplió, no tiene derecho a pedir restitución de ninguna especie⁴⁰.

Así las cosas, si una vez transmitido el riesgo al comprador ocurre la pérdida o deterioro de las mercaderías, esta parte no puede invocarlo como incumplimiento del vendedor a fin de ejercitar alguno de los remedios que prevé el artículo 45 CISG; ni exigir el cumplimiento específico o la corrección de los deterioros –reparación y sustitución (art. 46 CISG)–; ni resolver el contrato por falta de entrega o falta de conformidad esencial (art. 49 CISG); ni pedir rebaja proporcional al precio (art. 50 CISG), ni la indemnización de daños (art. 74 CISG)⁴¹. Tampoco podrá oponer la pérdida o deterioro como excepción, oponiéndose al pago del precio frente al ejercicio de alguno de los remedios de que dispone el vendedor por incumplimiento (art. 61 CISG), que procederán en la medida que concurren las condiciones necesarias, cobrando relevancia la pretensión de cumplimiento específico (art. 62 CISG) y la resolución del contrato (art. 64 CISG).

Distinto es el caso, así se anticipó en la primera parte de este trabajo, en que la pérdida o deterioro se deban a un acto u omisión del propio vendedor o alguno de sus auxiliares; y lo es porque en tal caso habrá falta de entrega o falta de conformidad, activándose en toda su extensión el sistema de remedios de los artículos 45 y concordantes de la CISG, con la excepción de la indemnización de daños para el evento en que el vendedor alegue y acredite que el daño de las mercaderías tuvo su causa en un impedimento ajeno a su esfera de control en los términos del artículo 79 CISG.

De esta última distinción, según la pérdida o deterioro de las mercaderías posteriores a la transmisión del riesgo al comprador tenga o no su causa en la acción u omisión del vendedor, se infiere que el efecto que prevé el artículo 66 CISG está condicionado a que tal pérdida o deterioro sean accidentales, y se entenderán como tales en la medida que el comprador no pruebe que su causa se asienta en la acción u omisión del vendedor. Este carácter accidental de la pérdida o deterioro no puede entenderse como si no fueren imputables al vendedor conforme el citado artículo 79 (1) CISG en el sentido de que su causa sea impedimento ajeno a su control⁴². La exoneración de responsabilidad del citado precepto presupone el incumplimiento del deudor y aquí, como hemos explicado, el vendedor cumplió, y en ese entendido, la CISG ordena la transmisión del riesgo al comprador⁴³. La exigencia negativa que encierra el tantas veces citado artículo

40 ROTH, P. M. “The Passing of Risk”, *The American Journal of Comparative Law*, 27 (2/3), 1979, 294; VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 524.

41 ALCOVER GARAU, ob. cit., 112-114.

42 Aunque algunos autores lo han planteado como una situación de exoneración de responsabilidad del vendedor. En este sentido, ADAME GODDARD, ob. cit., 328.

43 Como ya se mencionó y bien lo precisan HAGER y SCHMIDT-KESSEL, el riesgo se debe entender como la pérdida o daño que no se deben a un acto u omisión del vendedor. HAGER y SCHMIDT-KESSEL “Article 66”, cit., 921.

66 se traduce en la necesidad de que la pérdida o deterioro no estén causalmente vinculados con la conducta –acción u omisión– del vendedor o sus auxiliares⁴⁴. El *onus probandi* recae en el comprador, quien para liberarse de su obligación de pagar el precio o ejercitar los remedios del mentado artículo 45, deberá acreditar que la pérdida o deterioro no fue accidental o, dicho de otra forma, a causa de la conducta del vendedor, como lo hemos explicado⁴⁵. Recapitulando, una vez transmitido el riesgo al comprador, lo que presupone el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor, si sobreviene la pérdida o el deterioro accidental de las mercaderías, la primera parte debe pagar el precio, y si ya lo hizo, total o parcialmente, no le asiste derecho alguno a obtener su restitución. Si no son accidentales porque su causa se asienta en la acción u omisión del vendedor, este habrá incumplido y quedará expuesto al ejercicio de los remedios del artículo 45 CISG.

Corresponde ahora detenerse en la posición del vendedor y dar respuesta a las consecuencias jurídicas que se siguen de la ocurrencia del riesgo –de deterioro o pérdida de las mercaderías– en el tiempo que va desde la celebración del contrato hasta la transmisión del riesgo al comprador de acuerdo a lo expuesto. Si se realiza, perdiéndose o deteriorándose las mercaderías antes de pasar el riesgo al comprador, ¿en qué posición quedan las partes de la compraventa?, ¿cómo soluciona la CISG este problema?

La CISG no dispone expresamente sobre el particular, sin que por esto se pueda denunciar una laguna o silencio normativo, y la razón reside en que, en el sistema que ella establece, el modelo de obligación, sin excluir otras, es el de las de objeto fungible o de dar individuos de un género, y que impone al vendedor, en caso de pérdida o deterioro anteriores a la transmisión del riesgo, cualquiera sea su causa –inclusive en caso de un impedimento ajeno a su control, *ex art. 79 (1)*–, el deber de procurarse nuevas mercaderías sustitutas para cumplir con la entrega y de corregir los deterioros de que padezcan –reparándolas o sustituyéndolas– ejecutando lo pactado. Tal es así que, por una parte, al vendedor se reconoce el derecho a subsanar las mercaderías no conformes (art. 47 CISG); y, por otra, al comprador, el de conceder un plazo complementario para que el vendedor cumpla o corrija su prestación no conforme (art. 48 CISG).

44 VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 526.

45 En el artículo 79 se establece que una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabría razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias. En varios fallos se ha establecido que el comprador debe pagar el precio a menos que pruebe que el vendedor fue responsable de la pérdida o deterioro. Véase CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, edición de 2012*, Nueva York, Naciones Unidas, 2014, 350, nota 2.

En síntesis, al pertenecer el riesgo al vendedor y producirse la pérdida o deterioro de las mercaderías, por regla general permanecerá obligado para con el comprador en términos tales que, si por la realización de tal riesgo no cumple o lo hace imperfectamente, el problema deja de ser de riesgo de la contraprestación y pasa a ser uno de incumplimiento de contrato que debe resolverse según los artículos 45 y concordantes de la CISG.

En la CISG, la solución se halla en las reglas sobre cumplimiento del contrato y los remedios del comprador, incluso la indemnización de daños, salvo la prueba del impedimento del citado artículo 79 (1)⁴⁶. Si así sucede, ha de considerarse que, según el párrafo (3) de la disposición, la exoneración normalmente tiene un carácter temporal, mientras persistan las consecuencias del impedimento, lo que se traduce en el tiempo necesario para obtener nuevas mercaderías sustitutas idóneas para el cumplimiento o para corregir los deterioros⁴⁷. Si a pesar de tratarse de mercaderías fungibles tales consecuencias resultan razonablemente insuperables, habida cuenta de las circunstancias del caso, los efectos de la pérdida o deterioro se asimilan al caso de mercaderías únicas o específicas, a las que nos referiremos abajo.

Con todo, conviene precisar que, si bien la regla será que el vendedor, pese a la realización del riesgo, sigue obligado, no se puede prescindir de la circunstancia de que una compraventa internacional puede recaer en mercaderías específicas o en especies o cuerpos ciertos. Si bien esta hipótesis es extraña en el comercio internacional, si se da y ocurre la pérdida o deterioro del objeto del contrato, definir las consecuencias exige algunas consideraciones. En primer lugar, en el caso de la pérdida habrá que indagar sobre su causa; si el vendedor alega y prueba el impedimento del artículo 79 (1), aunque no sea un efecto previsto por la CISG, la consecuencia será la extinción de la obligación y el comprador afectado por el incumplimiento podrá ejercitar todos los remedios con excepción de la pretensión de cumplimiento específico por imposibilidad sobrevenida no imputable y la indemnización de daños por falta de imputabilidad. Si no es el caso, el incumplimiento desplegará todos sus efectos, con excepción de la pretensión de cumplimiento por la misma razón anterior⁴⁸. Seguidamente, si las mercaderías se deterioran, con independencia de si intervino o no una causa de exoneración, el comprador está desprovisto de la pretensión de sustitución del artículo 46 (3) CISG, porque se trata de una especie única e irremplazable. Y respecto de la reparación habrá que develar si ella resulta razonable atendidas las circunstancias, tal como lo ordena el párrafo (2) del citado precepto; normal-

46 VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 528.

47 BRANTT ZUMARÁN, M. G., *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Abeledo Perrot, 2010, 188.

48 VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 529.

mente no lo será, a menos que en el deber de prestación del vendedor estuviere incluida la obligación de corregir la cosa.

VI. Incumplimiento de contrato y posterior realización del riesgo de cargo del comprador (art. 70 CISG)

El artículo 70 CISG ofrece una regla que permite resolver aquellos casos en que, habiéndose transmitido el riesgo al comprador, aparece que el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial según el artículo 25 CISG y que le deja a salvo el ejercicio de sus derechos y acciones como acreedor, asumiendo que está comprendida la resolución y la sustitución de las mercaderías⁴⁹. En concreto, la norma prescribe que la transmisión del riesgo al comprador (arts. 67 a 69 CISG) no afecta tales derechos y acciones o los remedios del comprador a causa de tal incumplimiento esencial. Entonces, quiere decir que el comprador podrá resolver el contrato o exigir al vendedor que le sustituya las mercancías defectuosas, más indemnización de daños⁵⁰. Sin embargo, de la lectura de las normas sobre los efectos de la resolución contractual surge una excepción que limita el ejercicio de tales derechos y acciones, excluyendo la resolución y sustitución. El artículo 82 (2) (a) *in fine* priva al comprador de la facultad de resolver cuando ocurra la pérdida o deterioro de las mercaderías y ella se deba un acto u omisión del comprador.

49 Aunque la CISG no define el incumplimiento, es claro que la noción que subyace obedece a un concepto amplio que incluye cualquier desviación del programa contractual, concebido como un concepto objetivo al margen de la culpa o negligencia del deudor. VIDAL OLIVARES, Á., *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, 28-29. Véase también MEJÍAS ALONZO, C., *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Abeledo Perrot, 2011, 108. El artículo 25 de la Convención define el incumplimiento esencial en los siguientes términos: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. Tal definición no es suficiente y será necesario construirlo caso a caso. También resulta pertinente considerar que el criterio empleado por la Convención es el de la privación sustancial de la expectativa contractual del acreedor para determinar si tal incumplimiento es o no esencial, por lo cual debe valorarse el contenido de la regla contractual concreta y el interés que el acreedor pretende alcanzar o satisfacer con el cumplimiento. En este sentido, VIDAL OLIVARES, *La protección del comprador*, cit., 99-100.

50 ADAME GODDARD, ob. cit., 342. Cabe tener en cuenta que, según se señala en el Compendio de jurisprudencia sobre la CISG: “1. De acuerdo con el artículo 70, aunque el riesgo de pérdida o deterioro se haya transmitido al comprador según lo previsto en los tres artículos inmediatamente anteriores, el comprador conservará intactos sus derechos y acciones si el vendedor ha incurrido en un incumplimiento esencial del contrato. No se han dado a conocer casos en que se haya aplicado este artículo”. CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, edición de 2012, cit., 359.

De la relación de ambas disposiciones –la del artículo 70 y la del 82– surge una interrogante razonable cuya respuesta permite fijar el alcance y sentido de la primera, dilucidando el criterio del legislador uniforme que, en todo caso, debe ser acorde con el sistema de remedios de la CISG. La cuestión es: ¿cómo se compadece que el artículo 70 CISG deje a salvo los derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento esencial pese a la realización del riesgo, cuando según la citada regla del artículo 82 (2) la resolución –remedio de natural procedencia para esta especie de incumplimiento– limita su procedencia en caso de ser imposible la restitución de las mercaderías en un estado idéntico? En efecto, si hay incumplimiento esencial y después de la transmisión del riesgo al comprador ocurre la pérdida o el deterioro de las mercaderías, mal podría el comprador restituirlas y, entonces, conforme la disposición citada, resolver el contrato. Las respuestas posibles son dos.

La primera resultaría de aplicar el principio de especialidad en el entendido de que, si estimamos que el artículo 70 es norma especial respecto del artículo 82, no habría inconveniente; el primero prevalecería en su aplicación en relación al segundo, quedando facultado el comprador para ejercitar cualquiera de los remedios que proceden en caso de incumplimiento esencial. Y tal razonamiento, también, se extendería a la pretensión de sustitución.

En cambio, la segunda respuesta nos lleva a conciliar ambas disposiciones, al punto de entender que en el supuesto previsto por el artículo 70, interpretándolo armónicamente con el artículo 82, y considerando que el riesgo no solo se transmitió al comprador, sino que se realizó, el comprador podría ejercitar cualquiera de los remedios diferentes a la resolución o la sustitución de las mercaderías, como la pretensión de reparación, la reducción del precio o la indemnización de daños. Esta respuesta pareciera ser la más acertada y permitiría extender la regla del artículo 70 CISG a cualquier incumplimiento y no solo a los esenciales.

Habiendo hecho esta precisión y volviendo a la regla del artículo 70, se debe consignar que ella, a la vez que compagina la disciplina del riesgo con la del incumplimiento, evidencia la estrecha relación entre ambas y el régimen de remedios que la CISG prevé⁵¹.

Para entender la regla del artículo 70 armonizándola con la del artículo 66, ha de considerarse que el incumplimiento esencial a que refiere el primer artículo ocurrió o tuvo su causa en tanto el riesgo pertenecía al vendedor, y que se manifiesta después de su transmisión al comprador, activando los remedios del comprador del artículo 45 CISG⁵².

51 CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 70”, en Díez-Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, cit., 555.

52 Cfr. arts. 46.2 y 49 de la Convención. ADAME GODDARD, ob. cit., 342; VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 550. Debe tenerse en cuenta que la transmisión del riesgo al comprador no exonera al vendedor de sus obligaciones, como son entregar los bienes objeto del contrato y la de conformidad de los mismos, de tal manera que las reglas relativas a los reme-

La disposición en estudio se conecta con otra que se sitúa en la disciplina de la entrega conforme de las mercaderías, a saber, la del artículo 36 (1), que, como hemos anticipado al principio de este trabajo, prescribe que el vendedor es responsable por cualquier falta de conformidad existente al momento de la transmisión de riesgo al comprador⁵³, sin importar el momento en que ella se manifiesta; o en ese mismo instante o después de la transmisión. Se ha de entender la expresión “responsable” en un sentido amplio, como inclusiva de todos y cada uno de los remedios del comprador, sin quedar limitada a la indemnización del artículo 74 CISG. La carga de la prueba de la falta de conformidad corresponde al comprador, tanto respecto de ella en sí como de su existencia –al menos en germen– al momento de la transmisión del riesgo.

El legislador uniforme complementa la regla al consagrar la responsabilidad del vendedor si la falta de conformidad apareciere con posterioridad y ella fuere imputable al incumplimiento de alguna de sus obligaciones, incluyendo la infracción de cualquier garantía de que las mercaderías seguirán siendo, durante un tiempo, aptas para un uso especial o conservarán las cualidades y características que se hubieren especificado. Así lo establece el artículo 36 (2).

En este caso, el vendedor entrega las mercaderías, y una vez recibidas por el comprador aparece o se exterioriza una falta de conformidad manifestada en un defecto o falla cubiertos por la garantía; esta última regla desplaza aquella del artículo 66 CISG, y es de este modo porque han sido las partes las que así lo han querido al hacer uso de su libertad contractual según el artículo 6 CISG.

De la conjunción de ambas normas es posible concluir que, si bien el tenor literal del artículo 70 se refiere exclusivamente al incumplimiento esencial, este se extiende a cualquier incumplimiento del vendedor⁵⁴. Y se arriba a esta inter-

dios por no conformidad absorben las de riesgo. Sobre el particular, TOMÁS MARTÍNEZ, ob. cit., 145-146.

53 BIANCA, C. M., “Article 36”, BIANCA, C. M. y BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987, 284-285. La obligación de conformidad corresponde al compromiso del vendedor de que la cosa corresponda a las condiciones de cantidad, calidad y tipo pactadas en el contrato y que resulte idónea para los usos normales o convenidos. Cfr. OVIEDO ALBÁN, J., “La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 26, 2014, 225.

54 También en este sentido, HEUZÈ, V., *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, GLEN Joly, 1991, 287; OLIVA BLÁZQUEZ, ob. cit., 240; VÁZQUEZ LEPINETTE, ob. cit., 263; VIDAL OLIVARES, “El riesgo de las mercaderías”, cit., 550. De igual forma, véase CAFFARENA LAPORTA, quien al respecto anota: “El texto del artículo comentado podría hacer pensar que en aquellos casos en que el incumplimiento del vendedor no fuera esencial se verían afectados los derechos del comprador derivados del mismo si las mercaderías vendidas se han perdido o deteriorado fortuitamente tras haberse producido la transmisión del riesgo. Más concretamente, se podría entender en base al citado texto que en estos casos no cabría el ejercicio de dichos derechos por parte del comprador, con lo que el vendedor quedaría exonerado de toda responsabilidad. Sin embargo esta interpretación *a sensu contrario* del artículo no es admisible, choca con los términos en que se manifiesta el artículo 36 de la Convención y conduce a un tratamiento di-

pretación a lo menos por dos consideraciones. La primera, por la lectura que hemos ofrecido del artículo 70 en relación al artículo 82 (2) CISG; y seguidamente, dado que en ningún caso la transmisión del riesgo al comprador puede privarlo del ejercicio de los remedios de que dispone de acuerdo al contrato y la CISG respecto de incumplimientos cuya causa comprobadamente se asienta en la acción u omisión del vendedor. Si el vendedor ha incumplido alguna de sus obligaciones contractuales, aunque tal circunstancia aparezca después de la transmisión del riesgo, y ocurre la pérdida o deterioro de las mercaderías estando en poder del comprador, esta parte podrá ejercitar cualquiera de los remedios cuya extensión en posibilidades será mayor para el evento de incumplimiento esencial de contrato, a diferencia de si aquel no reviste tal carácter⁵⁵.

En síntesis, el supuesto de la norma difiere que aquel en que la pérdida o deterioro, pendiente la transmisión del riesgo, provoca el incumplimiento o falta de conformidad de las mercaderías, confluendo la noción de obligación –que subsiste–; y las reglas del incumplimiento y sus remedios para su solución. El artículo 70, junto al artículo 36, refieren a otro, a aquel en el que, habiendo un incumplimiento con causa anterior a la transmisión del riesgo al comprador, en el momento de ella o con posterioridad aparece –y así lo acredita el comprador– que el vendedor ha incurrido en infracción contractual, sea o no esencial, lo que incidirá en la extensión de los remedios del comprador.

De este modo, trasladando estas dos disposiciones al ámbito del incumplimiento, se puede hacer algunas precisiones. Si el comprador opta por la resolución como corolario del transcurso del plazo complementario del artículo 48 CISG, junto con operar la resolución por comunicación, se desplegarán los efectos que le son propios, liberándose de la obligación de pagar el precio o surgiendo

ferente en relación a los riesgos de los tipos de incumplimiento, esencial y no esencial, que no encuentra justificación. [...] Por tanto, ante un incumplimiento no esencial la transmisión del riesgo al comprador se producirá según las reglas de los artículos 67 y siguientes, pero no será óbice para que el comprador pueda ejercitar por ejemplo la acción de reducción del precio[,] y ello no sólo respecto de mercaderías no perdidas ni deterioradas, sino también respecto de las pérdidas o deterioradas fortuitamente, si bien aquí hay que tener en cuenta el estado de las mercaderías en el momento de la transmisión del riesgo y no después de producido el accidente causante de la pérdida o del deterioro. En definitiva, lo que ocurre es que en los casos en que el incumplimiento del vendedor no es esencial el riesgo se transmite con carácter definitivo al comprador según las reglas contenidas en los artículos 66 a 68. En cambio, siendo el incumplimiento del vendedor esencial los efectos de la transmisión del riesgo al comprador conforme a esos preceptos pueden ser evitados por éste si ejercita la facultad resolutoria o la acción de sustitución”. CAFFARENA LAPORTA, ob. cit., 558. Aunque de todas maneras cabe señalar que algunos autores, mediante una interpretación literal del texto, anotan que la disposición del artículo 70 solamente tiene cabida en eventos constitutivos de incumplimiento esencial. Así, p. ej., OBERMAN, N. G., *Transfer of risk from seller to buyer in international commercial contracts: A comparative analysis of risk allocation under the CISG, UCC and Incoterms*, LL. M. Thesis, Université Montréal, 1997, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html#Chapter One-The Vienna>, Consultado el 21 de enero de 2016.

55 FERRARI, F. y TORSSELLO, M., *International Sales Law – CISG*, St. Paul, West Academic Publishing, 2014, 255.

su derecho a obtener la restitución de lo pagado. Ha de recordarse que en el caso del artículo 70 la resolución quedará excluida porque el comprador estará imposibilitado de restituir las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico. Se trata de una condición negativa a la que habíamos hecho mención y que no está ni en el régimen de transmisión del riesgo, ni en el de la resolución, sino en la disciplina de sus efectos que incluye esta condición de procedencia. Tal razonamiento aplica también a la sustitución de las mercaderías. En lo que concierne a los restantes remedios, aplican las reglas generales, como la reparación, la rebaja del precio y, complementariamente, la indemnización de daños, salvo causa de exoneración del artículo 79 CISG. La reparación queda sujeta a la regla del artículo 46 (2), esto es, que resulte razonable, habida cuenta de las circunstancias del caso, siendo relevante el costo económico que tal reparación implica al vendedor considerando que el comprador dispone de otro remedio, como la resolución seguida de una operación de reemplazo o la propia indemnización de daños o la rebaja del precio, en todos los casos más la indemnización, salvo exoneración del artículo 79 (1) CISG.

Si este es el caso –que pida la reparación de las mercaderías–, podría ocurrir que las mercaderías se pierdan accidentalmente, surgiendo como un impedimento para la realización de este remedio, frente a lo cual al comprador sólo le quedará el ejercicio de los otros remedios, como la resolución o sustitución –si el incumplimiento es esencial– o los restantes a los que se ha hecho referencia⁵⁶.

Finalmente, respecto de la indemnización no cabe duda que la CISG permite al comprador su ejercicio exclusivo o en complemento de otro remedio, comprendiendo en el primer caso el valor del objeto de la prestación o su menor valor por la falta de conformidad, o bien aquellos daños que exceden el valor de tal objeto y que integran el fin de protección del contrato, como daños consecuenciales –lucro cesante y otros daños a bienes del comprador– y daños incidentales. El único límite a la indemnización, como sea que se ejercite, está representado por la exoneración, la contribución del acreedor al daño y por la infracción al deber de mitigación del artículo 77 CISG, examen de los cuales excede el propósito del presente trabajo, el que a juicio de los autores damos por sobradamente cumplido⁵⁷.

56 Tal como indica CAFFARENA LAPORTA: “No tiene sentido pensar que el comprador que opta por exigir la reparación se encuentra vinculado de tal modo con la decisión tomada que se le atribuya el riesgo del contrato durante el plazo que tiene el vendedor para efectuar la reparación”. CAFFARENA LAPORTA, ob. cit., 557.

57 CAFFARENA LAPORTA, ob. cit., 557. En relación con la autonomía de la acción indemnizatoria en la Convención y otros instrumentos internacionales, LÓPEZ DÍAZ, P. V., *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, 30-31.

Conclusiones

Como principales conclusiones de lo expuesto, pueden sostenerse las siguientes:

a. En la CISG, a partir de la distinción entre ventas directas e indirectas y sin limitarse a cuerpos ciertos, sino comprendiendo ventas de géneros o cosas fungibles, la pérdida o deterioro accidentales de las mercaderías, que ocurrieren con posterioridad a la transmisión del riesgo al comprador, no liberan a este de cumplir con la contraprestación de pagar el precio, ni para alegar incumplimiento contractual.

b. En este modelo, el vendedor soporta las consecuencias derivadas de la pérdida o deterioro de las mercaderías, ocurridas antes de la transmisión del riesgo, debiendo cumplir con la obligación de entrega, pues si no lo hace, se enfrenta a una situación de incumplimiento, dando paso al sistema de remedios a favor del comprador.

c. Esto significa que la transmisión del riesgo supone cumplida la entrega de las mercaderías, sin que por ello deba concluirse que se entienden efectuadas las demás obligaciones del vendedor, como la de conformidad. Con todo, de presentarse una situación de incumplimiento del vendedor, anterior o al tiempo de la transmisión del riesgo, el comprador dispone de los remedios por incumplimiento según el artículo 45, y dependiendo de que este sea esencial o simple, se graduarán de la forma que dispone la Convención.

d. Todo lo anterior permite demostrar que la CISG supera la clásica teoría de riesgos, e incorpora criterios de transmisión funcionales a los intereses de las partes, de forma tal que se solucionan los problemas originados en la pérdida y deterioro anteriores a la transmisión del riesgo al comprador, de forma tal que a partir de la noción amplia y objetiva de incumplimiento, se permite recurrir al sistema de remedios y lograr la conexión entre riesgo de las mercaderías e incumplimiento.

Bibliografía

ABRIL CAMPOY, J. M., *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

ADAME GODDARD, J., *El contrato de compraventa internacional*, México, McGraw-Hill, 1994.

ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid, Civitas, 1991.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la compraventa i de la promesa de venta*, t. 1, Santiago, Imprenta Litográfica Barcelona, 1917.

- ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, Montecorvo, 1972.
- ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, vol. II, Napoli, Jovene, 1990.
- AUDIT, B., *La compraventa internacional de mercaderías*, trad. Ricardo de Zavalía, Buenos Aires, Zavalía, 1994.
- BARRY, N., “Article 66”, en BIANCA, C. M. y BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987, 483-486.
- BIANCA, C. M., “Article 36”, en BIANCA, C. M. y BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milano, Giuffrè, 1987, 284-289.
- BRANTT ZUMARÁN, M. G., *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Abeledo Perrot, 2010.
- CAFFARENA LAPORTA, J., “Genus nunquam perit”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXV, f. II, 1982, 291-354.
- CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 66”, en Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, 514-523.
- CAFFARENA LAPORTA, J., “Artículo 70”, en Díez-Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, 552-559.
- CALVO CARAVACA, A. L., “Artículo 1.º”, en Díez-Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, 45-59.
- CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XI, *De las obligaciones*, II, Santiago, Imprenta Nascimento, 1937.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Incoterms 2010. Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales internacionales*, Barcelona, ICC Comité español de la Cámara de Comercio Internacional, 2010.

CNUDMI, *Compendio de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, edición de 2012, Nueva York, Naciones Unidas, 2014.

DEL POZO CARRASCOSA, P., “La transmisión del riesgo”, Vaquer Aloy, A.; Bosch Capdevila, E. y Sánchez González, M. P. (eds.), *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona, Atelier, 2015, 427-461.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, IV, *Las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor, Civitas y Thomson Reuters, 2010.

ELORRIAGA DE BONIS, F., “La teoría de los riesgos”, en Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Estudios sobre reformas al Código civil y Código de Comercio*, 2.ª parte, Santiago, Jurídica de Chile, 2002, 13-148.

FERRARI, F. y TORSSELLO, M., *International Sales Law – CISG*, St. Paul, West Academic Publishing, 2014.

GUARDIOLA SACARRERA, E., *La compraventa internacional. Importaciones y exportaciones*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 2001.

GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*, t. II, 2.ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2013.

HACHEM, P., “Article 66”, en Schlechtriem & Schwenger, Ingeborg Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, 958-967.

HACHEM, P., “Article 67”, en Schlechtriem & Schwenger, Ingeborg Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, 968 . 978.

HAGER, G. y SCHMIDT-KESSEL, M., “Article 66”, en Schlechtriem & Schwenger, Ingeborg Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, 921-926.

HAGER, G. y SCHMIDT-KESSEL, M., “Article 67”, en Schlechtriem & Schwenger, Ingeborg Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, 927-932.

- HEUZÈ, V., *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, GLN Joly, 1991.
- HONNOLD, J., *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid, Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, 1987.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1452 del Código Civil*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007.
- LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, Madrid, La Ley, 2014.
- LOOKOFSKY, J., *Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2012.
- LÓPEZ DÍAZ, P. V., *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- MEJÍAS ALONZO, C., *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Abeledo Perrot, 2011.
- MORALES MORENO, A. M., “Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro código europeo de las obligaciones”, en Morales Moreno, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, 145-159.
- MORALES MORENO, A. M., “Adaptación del Código Civil al derecho europeo: compraventa”, en Morales Moreno, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006, 93-144.
- MORALES MORENO, A. M., “Claves de la modernización del derecho de contratos”, en De la Maza Gazmuri, Í.; Morales Moreno, A. M. y Vidal Olivares, A., *Estudios de derecho de contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, 15-123.
- MUÑOZ, E., “Sección comparativa iberoamericana a los artículos 66 a 70 de la CISG”, Schlechtriem & Schwenger, Ingeborg Schwenger y Muñoz, E. (dirs.), *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, t. II, Cizur Menor, Aranzadi y Thomson Reuters, 2011, 1597-1601.

- OBERMAN, N. G., *Transfer of risk from seller to buyer in international commercial contracts: A comparative analysis of risk allocation under the CISG, UCC and Incoterms*, LL. M. Thesis, Université Montréal, 1997, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html#Chapter One-The Vienna Consultado el 21 de enero de 2016>.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- OVIEDO ALBÁN, J., “La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 26, 2014, 219-253.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Jurídica de Chile, 2003.
- ROTH, P. M. “The passing of risk”, *The American Journal of Comparative Law*, 27 (2/3), 1979, 291-310.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, J., *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005.
- SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law - The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, Manz, 1986.
- SCHWENZER, I. y HACHEM, P., “Article 1”, en Schlechtriem & Schwenger, Ingeborg Schwenger (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, 27-46.
- SCHWENZER, I.; HACHEM, P. y KEE, C., *Global Sales and Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- TAMAYO CARMONA, J. A., *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e INCOTERMS 2000*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVII, 1, 2014, 113-168.

- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Elcano, Aranzadi, 2000.
- VIDAL OLIVARES, Á., “El riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CVCIM)”, *Ius et Praxis*, vol. 8, n.º 2, 2002, 519-555.
- VIDAL OLIVARES, Á., *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006.
- VIDAL OLIVARES, Á., “El incumplimiento del vendedor y la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, xxvii, 2006, 235-247.
- VIDAL OLIVARES, Á., “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del ‘Código Civil’ sobre incumplimiento”, en Guzmán Brito, A. (ed. cient.), *El Código Civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*, Santiago, Legal Publishing, 2009, 495-550.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- ZIMMERMANN, R., *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- ZIMMERMANN, R., *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, trad. Javier Rodríguez Olmos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.