

XI.	LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO	327
1.	La noción de riesgo (art. 66)	327
2.	Momento de la transmisión del riesgo (arts. 67, 68 y 69)	330
	A. Compraventas que implican el transporte (art. 67)	331
	<i>a) Cuando el vendedor no está obligado a entregar las mercancías al porteador en un lugar determinado (art. 67-1)</i>	331
	<i>b) Cuando el vendedor debe entregar al porteador en un lugar determinado (art. 67-1)</i>	332
	<i>c) La identificación de las mercancías (art. 67-2)</i>	333
	B. Compraventas de mercancías en tránsito (art. 68)	334
	<i>a) Transmisión del riesgo al momento de la celebración del contrato</i>	335
	<i>b) Transmisión retroactiva del riesgo</i>	336
	C. Compraventas que no implican el transporte (art. 69)	338
	<i>a) Compraventas en que el comprador recoge las mercancías en el establecimiento del vendedor (art. 69-1)</i>	338
	<i>b) Compraventas en que el comprador recoge las mercancías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor (art. 69-2)</i>	340
3.	La reversión del riesgo al vendedor (art. 70)	341

XI. La transmisión del riesgo

Una cuestión de la mayor importancia práctica en el comercio internacional es la de fijar cuál de las partes corre con los riesgos por el deterioro o pérdida que sufran las mercancías antes de que lleguen a las manos del comprador. Es un asunto controvertido, porque de su solución depende que alguna de las partes tenga que soportar un perjuicio económico, sin posibilidad de exigir ninguna compensación, lo cual va en contra de la lógica jurídica contractual ordinaria, que contempla el equilibrio de las prestaciones entre las partes.

Por lo común, las partes definen en el contrato cuál de ellas correrá el riesgo y a partir de qué momento; en ocasiones lo hacen de manera explícita, y, muchas veces, implícitamente, al convenir un contrato con alguno de los términos comerciales acostumbrados, como FOB, CIF o algún otro. Para solucionar los casos en que no hay un acuerdo contractual expreso o tácito al respecto, la *Convención* contiene un capítulo especial (capítulo IV de la Parte III, arts. 66-70) denominado “Transmisión del riesgo”. Allí se analizan: 1) la noción de riesgo (art. 66); 2) el momento de transmisión del riesgo al comprador (arts. 67-69), y 3) el caso de reversión del riesgo al vendedor (art. 70).

1. LA NOCIÓN DE RIESGO (ART. 66)

El riesgo consiste en la merma patrimonial que ha de sufrir el comprador o el vendedor por el deterioro o pérdida de las mercancías, sobrevenidos por causas que no sean imputables a un acto u omisión de uno de ellos. Cuando sobreviene el extravío o daño de las mercancías, es necesario dilucidar cuál fue el motivo que los provocó. Si la causa fue la conducta activa

(actos) o pasiva (omisiones)¹ de una de las partes, la pérdida o deterioro tendrá que ser reparada por la parte que resulte responsable de acuerdo con el contrato; pero si fueron causadas por otro factor, el extravío o daño tendrá que soportarse por la parte a quien corresponda correr el riesgo. En otras palabras, en el primer supuesto, la pérdida o deterioro de las mercancías se plantea como un asunto de incumplimiento contractual, y, en el segundo, como un verdadero caso de atribución de riesgo.

La *Convención* adoptó en este punto una posición que me parece prudente. En vez de definir los casos del riesgo por razón de que la pérdida o deterioro obedezcan a una causa más o menos específica, como fuerza mayor (*vis maior*) u otras semejantes, los determinó de modo negativo como los que no son originados por “un acto u omisión” (art. 66²). De esta manera, pueden considerarse casos de riesgo tanto las pérdidas debidas a acontecimientos de la naturaleza (por ejemplo, un terremoto), como las debidas a actos del poder estatal (por ejemplo, un embargo) o las que son causadas por conductas de terceros (por ejemplo, un robo).

Para complementar la noción de riesgo que contiene el artículo 66, me parece conveniente considerar las disposiciones de la *Convención* respecto de la exoneración de responsabilidad por incumplimiento (arts. 79 y 80), ya que el riesgo y la exoneración de responsabilidad son dos efectos del mismo hecho de extravío o daño de las mercancías por razones ajenas a la conducta de las partes. En efecto, cuando suceden acontecimientos de esa naturaleza, se produce, por una parte, una merma patrimonial, pero también una exoneración de la responsabilidad de entregar las mercancías. Así, cuando las mercancías se pierden antes de ser entregadas al comprador, ello constituye un riesgo, una merma patrimonial que habrá de sufrir el comprador o el vendedor, pero también significa una exonera-

¹ En la mayoría de los casos, la conducta activa o pasiva de la parte que causa el deterioro o la pérdida constituirá el incumplimiento de alguna obligación contractual, por ejemplo, si las mercancías se estropean por no estar empacadas apropiadamente, la falta de embalaje adecuado es un incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar las mercancías debidamente empacadas (art. 35-2-d); pero puede haber casos en que tal conducta no constituye un incumplimiento de alguna obligación contractual específica, como el que se propone en los *Comentarios de la Secretaría* (art. 78 párrafo 6 = *DO 69*), de un vendedor obligado a entregar las mercancías a bordo de un buque (FOB), que después de embarcarlas (momento a partir del cual el riesgo es del comprador) las daña al retirar los contenedores donde venían guardadas; en todo caso, esta conducta del vendedor le hace responsable del deterioro de las mercancías, pues excluye que el daño sea considerado como un riesgo del comprador (art. 66) y que el vendedor sea exonerado de responsabilidad (art. 79).

² La *Convención* sigue un criterio semejante en el artículo 79, al indicar que una parte no es responsable de un incumplimiento causado por una “acción u omisión” de la otra parte, y al especificar en el artículo 82-2-a, que el comprador no está obligado a devolver las mercancías en el mismo estado en que las recibió, cuando se hubieran estropeado sin que intervenga un “acto u omisión” del comprador.

ción de la responsabilidad del vendedor por los daños y perjuicios derivados de la entrega defectuosa o de la falta de entrega de las mercancías.

El artículo 79 prevé que hay exoneración de responsabilidad cuando interviene un factor ajeno a la voluntad de las partes que sea imprevisible e insuperable.³ Esto sirve para aclarar que hay omisión de alguna de las partes y, por lo tanto, no hay ni exoneración de responsabilidad ni caso de riesgo, cuando la pérdida o deterioro se producen por un factor que era previsible y superable por la parte que tenía las mercancías. Así, cuando una elevación de la temperatura estropea las mercancías, es un caso de riesgo si el alza de temperatura era imprevisible, pero es un caso de responsabilidad contractual si tal incremento era previsible, y la parte que guardaba las mercancías omitió tomar las medidas adecuadas.

En principio, el vendedor, como propietario de las mercancías, corre con el riesgo de su pérdida o deterioro. Esto significa que si las mercancías se extravían o dañan, sin que para ello intervenga un acto u omisión suyos, él debe soportar la merma patrimonial. Ésta, en concreto, consistirá, si las mercancías perecieron totalmente, en que el vendedor no podrá exigir el pago convenido al comprador o, si ya lo cobró, tendrá que devolverlo; si las mercancías sólo se deterioraron, deberá aceptar que el comprador las rechace y se niegue a pagar el precio, o que las acepte, pero pague un precio reducido; en uno y otro caso, el vendedor incurrirá en un incumplimiento contractual, sea por no entregar mercancías, sea por no entregarlas conformes con el contrato, pero como su incumplimiento se debe a un factor ajeno a su voluntad, imprevisible e insuperable, queda exonerado de la responsabilidad por los daños y perjuicios que cause su incumplimiento.

Hay un momento en que el vendedor deja de correr el riesgo y éste se transmite al comprador. A partir de ese instante, el vendedor ya no responde por la falta de conformidad de las mercancías (art. 36-1) y el comprador sufrirá la merma patrimonial por su deterioro o pérdida, que consistirá en pagar el precio convenido, no obstante que reciba mercancías deterioradas o no reciba mercancía alguna, y sin poder reclamar al vendedor, en ningún caso, responsabilidad por incumplimiento.⁴ Esto lo establece el artículo 66 cuando señala que: "la pérdida o deterioro de las mercancías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio".

Debe tenerse en cuenta que en la compraventa internacional las partes, ordinariamente, tienen contratados seguros que les cubran el riesgo de pérdida o deterioro, por lo que la atribución del riesgo al comprador o al vendedor tiene el efecto de determinar cuál es la compañía asegurado-

³ *Supra* VIII 1 A.

⁴ NICHOLAS *Commentary* 485.

ra que debe indemnizar la merma patrimonial. La compañía que pague, si se *subroga* en los derechos contractuales del comprador o del vendedor asegurado, podrá demandar a la otra parte si considera que la pérdida o deterioro se debieron a un acto u omisión de ella.

2. MOMENTO DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO (ARTS. 67, 68 y 69)

Las partes suelen determinar en el contrato el momento en que el comprador asume el riesgo por la pérdida o deterioro de las mercancías. Lo pueden hacer expresa o implícitamente al convenir algunos de los términos comerciales internacionales.⁵ En las compraventas de tipo E, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que el vendedor pone las mercancías a su disposición y le avisa que puede recogerlas. En las compraventas F y C, el comprador asume el riesgo cuando el vendedor entrega las mercancías al transportista convenido, que puede ser el primer porteador, como en las ventas del tipo F, o un porteador subsecuente, como en las ventas del tipo C. En las compraventas del tipo D, el comprador corre con el riesgo hasta el momento en que las mercancías se ponen a su disposición en el lugar de destino.⁶

Si no hay acuerdo contractual, se aplican las normas previstas en los artículos 67, 68 y 69. Estas reglas parten de un planteamiento diferente del que tenía la LUCI, en la cual se ligaba la transmisión del riesgo con la entrega de las mercancías: el riesgo se transmitía “desde que la entrega de la cosa tiene lugar, en las condiciones previstas en el contrato y en la presente ley”. Este planteamiento resultaba inconveniente, pues tenía que matizarse el concepto de entrega y, por eso, se aclaraba que cuando la compraventa implicaba el transporte, la entrega se hacía “por la dación de las mercaderías al porteador para ser transmitidas al comprador” (art. 19-2 de la LUCI).

El grupo de trabajo que preparó el proyecto de convención concluyó la conveniencia de desligar la transmisión del riesgo del concepto de entrega y relacionarla con el acto de “poner las mercancías en poder del porteador” (art. 67), o con el de “poner las mercancías a disposición del comprador” (art. 69), exigiéndose, en cualquier caso, que las mercancías estén claramente identificadas.

Como consecuencia de este planteamiento, se distinguieron tres tipos de compraventas, a efecto de determinar el momento de transmisión del riesgo al comprador: A) compraventas que implican el transporte (art.

⁵ Sobre los INCOTERMS véase *supra* III 4 y V III A.

⁶ Sobre los distintos tipos de entrega, véase V 3 A.

67), B) compraventas de mercancías en tránsito (art. 68) y C) compraventas que no implican el transporte (art. 69).

A. Compraventas que implican el transporte (art. 67)

Son éstas las compraventas en que el vendedor tiene la obligación de contratar un transporte para las mercancías o cuenta con la autorización del comprador para entregarlas a un transportista determinado. El transporte puede ser contratado por el vendedor o por el comprador; en todo caso, debe haber un contrato de transporte y un transportista que sea distinto del comprador y del vendedor, en cuyas manos ponga el vendedor las mercancías.⁷

La compraventa no implica el transporte si el vendedor traslada las mercancías, con sus propios medios, para entregarlas al comprador,⁸ o si éste las recoge en el establecimiento del vendedor.

El primer párrafo del artículo 67 contempla dos casos de compraventas que implican el transporte: *a)* cuando el vendedor no está obligado a entregar las mercancías al porteador en un sitio determinado, y *b)* cuando el vendedor debe entregar al porteador en un lugar determinado. En ambos casos, es irrelevante que el vendedor retenga los documentos que acrediten la titularidad de las mercancías; esto lo señala la frase final del mismo párrafo, con el objeto de dejar claro que la transmisión del riesgo es independiente de la propiedad de las mercancías.⁹ El segundo párrafo del mismo artículo se refiere a un requisito común para que opere la transmisión del riesgo en ambos tipos de ventas: el de *c)* la identificación de las mercancías.

a) Cuando el vendedor no está obligado a entregar las mercancías al porteador en un lugar determinado (art. 67-1)

En este caso, el riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor pone las mercancías en manos del primer porteador para que las conduzca al comprador (art. 67-1 primera frase). No importa que las mercancías vayan a ser conducidas por distintos medios de transporte: primero, por un camión de carga que las llevará a un puerto; luego, por un buque y, final-

⁷ *Comentarios de la Secretaría* artículo 79 párrafo 2 (= DO 69).

⁸ HONNOLD párrafo 360; coinciden NICHOLAS (*Commentary* 490), SCHLECHTRIEM 88. Véase artículo 31-a, que también se refiere a contratos que implican el transporte.

⁹ *Comentarios de la Secretaría* artículo 79 párrafo 10 (= DO 70).

mente, por un ferrocarril. El comprador asume el riesgo desde el momento que inicia la travesía y a lo largo de toda ella, independientemente de que se empleen distintos medios de transporte, se hagan más o menos operaciones de carga o descarga, o intervengan dos o más porteadores. El atribuir el riesgo al comprador desde el primer momento del viaje es una regla que evita las discusiones que puedan surgir cuando el riesgo se transmite en un punto intermedio de la travesía.

El acto que determina la transmisión del riesgo, el poner las mercancías en poder del porteador consiste, de acuerdo con lo que disponen los INCOTERMS, en colocar las mercaderías a bordo del vehículo, dejarlas estibadas para que el transportista las cargue, o dejarlas bajo la custodia del mismo. En todo caso, como la transmisión del riesgo al comprador requiere que las mercancías sean puestas en poder del porteador para que las conduzca al comprador, se requiere que el vendedor dé al transportista el nombre de la persona o empresa que recibirá las mercancías y el lugar donde deberán ser recibidas.

b) Cuando el vendedor debe entregar al porteador en un lugar determinado (art. 67-1)

En este tipo de ventas, el riesgo se transmite cuando las mercancías se ponen en poder del porteador en el lugar determinado (art. 67-1 segunda frase). Pero hay una discusión en cuanto al alcance de esta regla. Honnold¹⁰ opina que sólo opera cuando el vendedor, con sus propios medios de transporte, conduce las mercancías hasta el porteador en el lugar determinado; en caso de que el vendedor contratara un transportista para que las condujera al porteador en el sitio acordado, no operaría esta regla, sino la de la primera frase del artículo 67-1, es decir, el riesgo se transmitiría, no cuando pone las mercancías en poder del porteador en el lugar determinado (regla del artículo 67-1 segunda frase), sino cuando las pone en manos del primer porteador (regla del artículo 67-1 primera frase). Nicholas,¹¹ en cambio, señala que cuando las partes convienen un sitio específico, el riesgo se transmite al poner las mercancías en manos del porteador en ese lugar, tanto si lo hace el vendedor como si lo realiza un porteador contratado por él.

Con un caso se puede ilustrar la discusión. Si se convino que el vendedor entregara las mercancías en un puerto determinado, para que desde ahí un buque las trasladara al comprador, de acuerdo con la opinión de Honnold, el riesgo se transmitiría al comprador cuando el vendedor pon-

¹⁰ HONNOLD 412.

¹¹ *Commentary* 492.

ga las mercancías en manos de un porteador para que las transporte al puerto convenido, o cuando el vendedor, conduciendo él mismo las mercancías hasta el puerto, las coloque en poder del porteador marítimo que las conducirá al comprador. De acuerdo con la opinión de Nicholas, el riesgo se transmitiría, en cualquiera de los dos supuestos, cuando las mercancías se pongan en manos del porteador en el puerto.

Partiendo de que el artículo 67 se refiere a ventas que impliquen el transporte, es decir, de ventas en que interviene un porteador distinto del vendedor, se nota que cuando el vendedor traslada con sus propios medios hasta el puerto convenido, el transporte sólo se implica a partir de ese momento. Por eso, parece congruente la opinión de Honnold de que el riesgo se transmite cuando se ponen las mercancías en el lugar de destino sólo si las condujo hasta allí el vendedor con sus propios medios. También es congruente con la idea básica del artículo 67 (que es reflejo de las prácticas modernas de transporte multimodal) de no dividir el riesgo de la travesía.

Aceptando la opinión de Honnold, puede afirmarse que el artículo 67 contiene en realidad una sola regla: que en las compraventas que impliquen el transporte, el riesgo se transmite al comprador cuando las mercancías se ponen en manos del primer porteador; además, puede plantearse que dicho artículo distingue dos tipos de compraventas que implican el transporte: el de aquellas que lo implican desde el lugar donde están las mercancías, y el de las que lo implican a partir de un lugar intermedio.

Sin embargo esa regla no impide que las partes en ventas que impliquen el transporte puedan convenir que el riesgo se transmita al comprador en un punto intermedio de la travesía, como ocurre cuando convienen una compraventa CIF, en la que el riesgo se transmite al comprador hasta que las mercancías son puestas a bordo del buque convenido.

c) La identificación de las mercancías (art. 67-2)

Para que opere la transmisión del riesgo en las ventas que implican el transporte —y, en realidad, en todo tipo de ventas—, es necesario que las mercancías “estén claramente identificadas a los efectos del contrato” (art. 67-2). La razón de esta regla es clara: si no está objetivamente determinado que unas ciertas mercancías corresponden a un comprador, no puede atribuirse el riesgo de su pérdida o deterioro a ese comprador.

La *Convención* no precisa una manera de realizar la identificación de las mercancías, sino que deja abiertos los modos de hacerla; puede ser: poniendo señales a las mercancías, mediante los documentos de transporte, a través de una comunicación enviada al comprador o por cualquier otra manera. Sea cual fuere el modo de efectuarla, me parece que siempre

deberá consistir en la atribución de mercancías determinadas por su cantidad (si son cosas genéricas) o por su especie¹² a un cierto comprador.

En las compraventas que implican el transporte, la identificación se hará, con frecuencia, por medio de los documentos acreditativos del transporte, en los que se precisa el tipo de mercancías, su cantidad y el nombre y domicilio del destinatario; como estos documentos se expiden cuando el vendedor pone las mercancías en poder del porteador, el riesgo se transmitirá en ese momento al comprador. Pero si por algún error u omisión las mercancías no quedaran claramente identificadas en los documentos del transporte, el riesgo seguiría a cargo del vendedor hasta que enviara un aviso al comprador por el que quedaran claramente identificadas; el riesgo correspondería al comprador a partir de que el vendedor enviara el aviso, de acuerdo con la regla general de que las comunicaciones surten efectos al momento de su expedición (art. 27).¹³

Cuando se envían en un mismo transporte mercancías genéricas para varios compradores, sin separar las cantidades que serán para un comprador de las que serán para otro, por ejemplo un buque que lleva petróleo para entregarlo a tres compradores distintos, si las mercancías llegaran a deteriorarse o perderse, el riesgo, conforme a alguna opinión, deberá distribuirse proporcionalmente entre los tres compradores. Pero más bien parece que en ese caso el riesgo no se ha transmitido a los compradores pues las mercancías no quedaron claramente identificadas, por lo que el vendedor queda obligado a entregar las cantidades completas, si bien puede quedar exonerado de la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la demora en la entrega.

B. Compraventas de mercancías en tránsito (art. 68)

El artículo 68 contempla el caso de la venta de mercancías en tránsito, que es frecuente en el comercio internacional, principalmente respecto de mercancías amparadas con conocimientos de embarque negociables. A estas ventas, o mejor dicho reventas, no puede aplicarse la regla del artículo 67, porque el transportista que las conduce no recibió las mercancías, como exige ese artículo, para entregarlas al comprador actual.¹⁴

Fue uno de los artículos más debatidos en la conferencia diplomática, tanto en el seno de la primera comisión como en las sesiones plenarias. El *Proyecto CNUDMI* (art. 80) proponía, siguiendo el artículo 99 de la

¹² Si bien la mayor parte de las mercancías son cosas genéricas, fungibles, en cuanto se empacan y se marcan los bultos se convierten en cosas específicas.

¹³ NICHOLAS *Commentary* 494 y 495.

¹⁴ HONNOLD 415.

LUCI, que el comprador de mercancías en tránsito asumiera retroactivamente el riesgo a partir del momento en que las mercancías fueron puestas en poder del porteador que expidió los documentos que permiten disponer de ellas. La razón de esta regla era que las mercancías en tránsito suelen estar aseguradas, y el comprador las adquiere junto con el seguro correspondiente. Esta regla no pareció adecuada a algunos representantes de países en desarrollo, encabezados por el delegado de Paquistán, quienes, durante las sesiones de la primera comisión, intentaron sustituirla por la norma de que el riesgo se transmita al momento de la celebración del contrato, aunque sin éxito.¹⁵ Argumentaban que la regla contenida en el proyecto no era equitativa en perjuicio de los compradores de mercancías en tránsito.¹⁶ Al examinarse el artículo en la novena sesión plenaria, el representante paquistaní volvió a presentar la propuesta, que fue otra vez rechazada, pero cuando se puso a votación el texto del proyecto, aprobado en la primera comisión, tampoco pudo ser aprobado porque faltó la mayoría de dos terceras partes. Algunos propusieron suprimir el artículo,¹⁷ pero tampoco se aprobó esto.

En la décima sesión, se presentó una nueva propuesta, que señalaba que la transmisión del riesgo operaría, por regla general, en el momento de la celebración del contrato *a*), excepto cuando de las circunstancias pudiera inferirse que se transmitiría retroactivamente al momento en que el porteador que expidió los documentos recibió las mercancías *b*). Era una redacción de compromiso que, salvo algunos cambios ligeros, finalmente fue aprobada como el actual artículo 68.

a) Transmisión del riesgo al momento de la celebración del contrato

La primera frase del artículo establece la regla general de que el “riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato”.

La regla, sencilla en su formulación teórica, puede resultar de aplicación problemática. Tiene el inconveniente de dividir el riesgo durante el tránsito de las mercancías: en la primera parte de la travesía, el riesgo es del vendedor, quien lo asumió como primer comprador de las mercancías; en la otra parte del trayecto, el riesgo es por cuenta del comprador, quien compró las mercancías en tránsito sin tener posibilidad, en la mayoría de los casos, de examinarlas; cuando las mercancías lleguen a su destino, si

¹⁵ Informe 1a. Comisión artículo 80 párrafo 3 (= DO 137).

¹⁶ Actas resumidas 1a. Comisión 32a. sesión párrafo 2 (= DO 432).

¹⁷ Actas resumidas sesiones plenarias 8a. sesión párrafos 70 75 76 90 y 94 (= DO 232-233).

el comprador descubre que han sufrido algún deterioro o pérdida, va a ser muy difícil precisar en qué momento del trayecto se produjeron y a quién corresponde el riesgo. Podrá haber casos en que esto no presente problemas, por ejemplo, si los daños se ocasionaron por causa de un incendio, una avería notable de la embarcación o un naufragio, es decir, si se originaron por acontecimientos fácilmente datables; pero, en la mayoría de los casos, la causa de los daños son sucesos menos notorios, como filtración de agua, golpes por el movimiento del vehículo o por las maniobras de carga y descarga, exceso de calor, entre otros.

Para evitar estas inseguridades, es recomendable que las partes acuerden que el riesgo se transmita retroactivamente, desde el principio de la travesía, o al final de la misma.¹⁸

Cuando se puede determinar con seguridad el momento en que las mercancías sufrieron el daño y se aplica esta regla, la situación de las partes es la siguiente: el vendedor es responsable de que las mercancías sean conformes con el contrato al momento del perfeccionamiento del mismo (art. 36-1), por lo que responde de los deterioros y pérdidas que pudieran haber sufrido las mercancías hasta ese momento, pero está exonerado de la responsabilidad por los daños y perjuicios si son resultado de un factor ajeno a su voluntad, imprevisible e insuperable (art. 79); en caso de que conociera el daño o pérdida que habían sufrido las mercancías y no lo manifestara al comprador, será responsable de la falta de conformidad y, además, de los daños y perjuicios que cause al comprador.¹⁹

b) Transmisión retroactiva del riesgo

La segunda parte del artículo 68 indica que la disposición anterior no se aplicará, si de las circunstancias puede inferirse que las partes convinieron que el riesgo lo asumiera el comprador desde el momento en que las mercancías fueron puestas en poder del porteador que expidió los documentos acreditativos del transporte. Es decir, si las partes acuerdan expresamente que el comprador asuma el riesgo retroactivamente, tal convenio surte efectos en vez de la regla general prevista en la primera parte de este artículo, por virtud de la voluntad de las partes que prevalece respecto de las normas de la *Convención* (art. 6). Si no hay un pacto expreso, pero de las "circunstancias" puede inferirse un acuerdo tácito, surte efecto este convenio, por virtud de la segunda frase del artículo 68.²⁰ Esta frase con-

¹⁸ HONNOLD 416.

¹⁹ La frase final del artículo 68 que se refiere al caso de que el vendedor conozca el deterioro o pérdida de las mercancías, afecta sólo a la segunda frase del artículo; véase *infra* nota 23.

²⁰ También pudiera tener efecto como uso tácitamente convenido, de acuerdo con el artículo 9-2.

tiene, más que una norma sobre la transmisión del riesgo, una regla interpretativa del contrato, según la cual es posible inferir de las circunstancias la voluntad negocial cuando no está claramente expresada en las palabras.²¹

La circunstancia típica de la que es posible inferir ese convenio es el endoso de la póliza de seguro sobre las mercancías tomado por el vendedor en favor del comprador. Tal acto significa que el comprador podrá exigir a la compañía de seguros la indemnización por los daños que sufran las mercancías en cualquier momento de la travesía. En la mayoría de las compraventas de mercancías en tránsito se da este endoso, por lo que es previsible que esta regla excepcional del artículo 68 tenga más aplicación que la regla general prevista en la primera frase.

Las ventas de mercancías en tránsito pueden plantearse, más que como contratos de compraventa, como contratos de cesión de derechos o, como a veces se dice sin rigor técnico, como “ventas de documentos”. Conforme a este planteamiento, el comprador es en realidad un acreedor cesionario del transportista, a quien puede exigir la entrega de las mercancías, y de la compañía de seguros, a la que puede exigir la indemnización en caso de pérdidas. Planteándolas así, es más claro entender que el supuesto comprador, en realidad cesionario, asuma retroactivamente el riesgo, y puede aceptarse, como afirma Nicholas,²² que es válida la cesión de derechos respecto de mercancías en tránsito que, sin saberlo ninguna de las dos partes, han perecido totalmente, ya que el acto tendría un objeto existente: los derechos contra la compañía de seguros. Si se planteara la venta de mercancías en tránsito como una nueva venta, el contrato sería nulo, por falta de objeto, si las mercancías hubieran perecido totalmente.

La tercera frase del artículo añade que no puede inferirse el acuerdo de asunción retroactiva del riesgo por el comprador, cuando el vendedor “tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercancías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador”.²³ En ese caso, concluye el artículo, el “riesgo de pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor”. El alcance de esta última expresión puede ofrecer algunas dificultades prácticas: ¿significa que el vendedor corre con el riesgo de cualquier daño o merma que sufran las mercancías durante la travesía (como lo sugiere el uso de la palabra riesgo, en singular), o que corre sólo con el riesgo del deterioro o pérdida que conocía? Honnold

²¹ Sobre interpretación del contrato, véase *supra* V 2.

²² *Commentary* 501.

²³ Esta cláusula restrictiva sólo limita el alcance de la segunda frase del artículo 68, como se desprende de la historia legislativa de la disposición: ella formaba una unidad, junto con la segunda frase del actual artículo 68, en el artículo 80 del *Proyecto CNUDMI*. Véase NICHOLAS *Commentary* 500.

opina,²⁴ siguiendo la idea de no dividir el riesgo, que el vendedor corre con el riesgo de cualquier avería o extravío durante la travesía. Nicholas,²⁵ en cambio, piensa que el vendedor se hace cargo del deterioro o pérdida que conocía al momento de perfeccionarse el contrato y de los que en el futuro fueran consecuencia de ellos, pero no de los acaecidos con posterioridad a la celebración del contrato y con independencia de los primeros. La opinión de Honnold me parece preferible porque hace más clara la atribución del riesgo y mantiene la doctrina de no dividirlo.

C. Compraventas que no implican el transporte (art. 69)

La mayor parte de las compraventas internacionales son compraventas que implican el transporte en tanto que interviene un transportista independiente —contratado por el comprador o por el vendedor— quien trasladará las mercancías al lugar convenido, o son compraventas de mercancías en tránsito, de modo que en materia de riesgos se aplicarán, sobre todo, los artículos 67 y 68 de la *Convención*. El artículo 69 es, entonces, una norma residual, destinada a cubrir los pocos casos de compraventas que no implican el transporte ni son de mercancías en tránsito; contempla dos supuestos: *a)* compraventas en que el comprador recoge las mercancías en el establecimiento del vendedor (art. 69-1) y *b)* compraventas en que el comprador recoge las mercancías en un sitio distinto del establecimiento del vendedor.

a) Compraventas en que el comprador recoge las mercancías en el establecimiento del vendedor (art. 69-1)

El principio general en materia de riesgos en la *Convención* es de que el riesgo corresponde a la parte que está en mejor posición para controlar y conservar las mercancías; por eso, cuando las partes convienen que el comprador recoja las mercancías en el establecimiento del vendedor, el artículo 69-1 dispone que el vendedor siga con el riesgo de pérdida o deterioro —que habitualmente estará cubierto con el seguro que tenga el vendedor sobre sus almacenes— hasta el momento en que el comprador se haga cargo de las mercancías.

Si el comprador se hace cargo de las mercancías en la fecha convenida o dentro del plazo estipulado, la regla es muy clara: el riesgo es del vende-

²⁴ HONNOLD 416 nota 3.

²⁵ *Commentary* 500.

dor mientras las mercancías están en su almacén, y se traslada al comprador cuando éste se hace cargo de ellas. Quizá puede haber alguna duda en cuanto al momento en que el comprador se hace cargo de las mercancías. Por ejemplo, si el comprador introduce los camiones que habrán de transportar las mercancías al establecimiento del vendedor y realiza el personal de éste las maniobras de carga, cabe entender que el comprador se hace cargo de las mercancías hasta el momento en que están sobre los camiones, de modo que los riesgos por esas operaciones corren por cuenta del vendedor; pero si las maniobras de carga las efectúa el personal del comprador, o personal contratado por él, se entiende que se ha hecho cargo de las mercancías desde el momento que su personal toca las mercancías y que es suyo el riesgo por las operaciones de carga.

Pero si el comprador no se hace cargo de las mercancías a su debido tiempo, el riesgo se transmite “desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción”. El momento decisivo es aquél en que se produce el incumplimiento de la obligación del comprador de recibir las mercancías. Para que haya tal incumplimiento es necesario, en primer lugar, que las mercancías estén claramente identificadas, como lo dispone el párrafo 3 de este artículo, y que el comprador no haya recogido las mercancías en el tiempo definido en el contrato; si el contrato definía una fecha para la entrega y recepción de las mercancías, el incumplimiento se produce si no recibe el comprador en esa fecha; si definía un plazo, el incumplimiento se genera hasta que transcurra el plazo sin haber recepción; pero si el contrato no precisa fecha ni plazo, el incumplimiento será efectivo en un plazo razonable después de que el comprador conoció que las mercancías estaban a su disposición.²⁶

El caso anterior contempla un efecto, en materia de riesgo, derivado del incumplimiento del comprador de su obligación de recibir las mercancías. Un caso semejante se da cuando el comprador no cumple con algún acto necesario para que el vendedor entregue las mercancías, como cuando no designa el transportista a quien el vendedor debe entregarlas, o no define la fecha de entrega que quedó a su arbitrio, o no envía un material necesario para empacarlas, etc. Durante la conferencia diplomática, la delegación alemana propuso que en este artículo se incluyera un párrafo que definiera que en esos casos el riesgo también se transmitiría al comprador al momento del incumplimiento;²⁷ pero la propuesta fue rechazada porque se consideraba que el caso ya estaba comprendido en el primer párrafo del artículo 69 actual.²⁸ La no realización de semejantes actos

²⁶ Sobre el lugar y tiempo de la recepción de mercancías, véase *supra* VII 3 B.

²⁷ *Informe 1a. Comisión* artículo 81 párrafo 3 (= DO 138).

²⁸ *Actas resumidas 1a. Comisión* 32a. sesión párrafo 54 (= DO 437).

implica, de acuerdo con el artículo 60-a, el incumplimiento de la obligación de recibir las mercancías, por lo que, en estos casos, también debe aplicarse la regla prevista en este párrafo del artículo 69, de modo que el comprador corre con el riesgo de las mercancías, aunque el vendedor no las haya entregado, a partir del momento en que el comprador incurre en incumplimiento por la no realización de los actos que posibilitan la entrega.

b) Compraventas en que el comprador recoge las mercancías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor (art. 69-2)

Cuando se discutió, en el seno de la CNUDMI, el segundo párrafo del artículo 69 (81 del *Proyecto CNUDMI*), se tenía en mente el caso de que las mercancías estuvieran depositadas en el almacén de un tercero, a donde tendría que acudir el comprador a recogerlas.²⁹ Pareció bien que el riesgo se trasladara al comprador desde el momento en que “deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar”. Es una regla ligeramente distinta de la que se refiere a los casos de mercancías que están en el establecimiento del vendedor.

Cuando las mercancías están en el establecimiento del vendedor, el riesgo se transmite, si el comprador no se hace cargo de ellas, hasta que su retraso en recibir constituye un incumplimiento. En cambio, si las mercancías están en el almacén de un tercero u otro lugar que no sea el establecimiento del vendedor, el riesgo se transmite desde el momento en que el comprador debe recoger las mercancías, sin que sea preciso esperar a que su demora constituya un incumplimiento. Nicholas³⁰ aclara el alcance de la regla del párrafo segundo del artículo 69 con este ejemplo: si las partes convinieron que el comprador recogiera las mercancías del almacén durante el mes de marzo, y el vendedor dio oportunamente la orden de entrega al almacén y notificó al comprador que las mercancías estaban a su disposición, el riesgo se transfiere al comprador a partir del primero de marzo, pues a partir de ese momento puede recoger las mercancías; en cambio, si las mercancías estuvieran en el establecimiento del vendedor, el riesgo se trasladaría al comprador hasta que hubiera expirado el mes de marzo, esto es, hasta que su demora en recibir constituyera un incumplimiento contractual.

Para que opere la transmisión del riesgo en este supuesto, se requiere que las mercancías se encuentren a disposición del comprador, lo que im-

²⁹ *Yearbook VIII (1977) 64.*

³⁰ *Commentary 504.*

plica que estén claramente identificadas (art. 67-3) y que el administrador del almacén haya recibido la orden de entregarlas al comprador o que el comprador tenga un documento que le permita exigir su entrega.³¹ Además, se requiere que el comprador “tenga conocimiento” de que las mercancías están a su disposición en ese lugar, es decir, que haya recibido la comunicación respectiva; esto constituye una excepción a la regla general de que las comunicaciones surten efectos al momento de su envío (art. 27).

La regla también se aplica cuando las mercancías, al momento de celebrarse el contrato, están en un lugar distinto de un almacén, siempre y cuando no sea un establecimiento del vendedor, como podría ser un barco o furgones de ferrocarril.

Cuando las partes convienen que el comprador habrá de recoger las mercancías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor y a donde deberá trasladarlas éste, me parece que deben distinguirse dos casos. Si el vendedor contrata un porteador para que las traslade a ese lugar, se trata de una venta que implica el transporte y que se rige por el artículo 67-1, por lo que el riesgo se transmite al comprador en cuanto el vendedor pone las mercancías en manos del primer porteador, siempre y cuando, claro está, las partes no hayan convenido expresa o tácitamente que el riesgo se transmita en otro momento. Pero si el vendedor traslada las mercancías con sus propios medios de transporte hasta el lugar donde las recogerá el comprador, como se trata de una venta que no implica el transporte, se regirá por el artículo 69-2, y el riesgo será del comprador en el momento en que las mercancías se pongan a su disposición dentro del tiempo convenido y el comprador tenga conocimiento de ello.³²

3. LA REVERSIÓN DEL RIESGO AL VENDEDOR (ART. 70)

No obstante que el riesgo se haya transmitido al comprador en el momento correspondiente, puede suceder que se revierta al vendedor, de modo

³¹ *Comentarios de la Secretaría* artículo 81 párrafos 7 y 8 (= DO 72).

³² Sin embargo, HONNOLD (420) opina que se aplica el artículo 69-2 “cuando el vendedor o el porteador ponen las mercaderías a disposición del comprador al final del transporte o en el lugar de establecimiento del vendedor”. Me parece que esta afirmación no es consistente con la regla del artículo 67, que señala que en las ventas que impliquen el transporte el riesgo se transmite al poner las mercancías en manos del primer porteador; la regla no distingue si el transporte es hasta un punto intermedio o hasta el establecimiento del comprador. El mismo HONNOLD reconoce (*supra* nota 10) que cuando las partes convienen que el vendedor entregue a un porteador en un lugar determinado, el riesgo es del comprador desde el momento en que el vendedor entrega al primer porteador, y sólo se difiere la transmisión del riesgo hasta el momento en que las mercancías se ponen en manos del porteador en el lugar convenido por las partes, cuando el vendedor traslada las mercancías hasta ese lugar con sus propios medios de transporte.

que él tenga que sufrir la pérdida o deterioro de las mercancías que no fueran causados por un acto u omisión del comprador. El artículo 70 prescribe cuándo sucede tal reversión del riesgo.

El artículo argumenta que cuando el vendedor ha incurrido en un “incumplimiento esencial del contrato”, las disposiciones relativas a la transmisión del riesgo (arts. 67, 68 y 69), no afectarán los derechos y acciones que tenga el comprador como consecuencia del incumplimiento. El significado principal de esta disposición, redactada en forma poco explícita, es, como dicen los *Comentarios de la Secretaría*,³³ que el comprador podrá pedir al vendedor que ha incurrido en un incumplimiento esencial la sustitución de las mercancías o declarar resuelto el contrato, aunque se hubieran deteriorado o hubieran perecido. Si el comprador pide la sustitución de las mercancías, el efecto de la regla de reversión del riesgo es que el vendedor, además de indemnizar los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, tendrá que enviar mercancías nuevas, que sean conformes con el contrato, pero sólo recibirá a cambio las mercancías deterioradas por efecto de agentes externos a la conducta del comprador. Si el comprador declara resuelto el contrato, la reversión del riesgo significará que el vendedor debe devolver el precio recibido e indemnizar los daños y perjuicios que acarreo su incumplimiento, y recibirá la mercancía deteriorada o, si hubiera perecido, no recibirá mercancía alguna.

Al revertirse el riesgo al vendedor, éste debe soportar el deterioro o pérdida que hayan sufrido las mercancías durante la travesía, y también los que pudieran sufrir estando en poder del comprador,³⁴ por ejemplo, los causados por un incendio en el almacén del comprador.

El artículo 70 debe leerse en relación con el artículo 82, que trata sobre la restitución de las mercancías que debe hacerse en caso de que el comprador resuelva el contrato o pida mercancías sustitutas.³⁵ En principio, el comprador debe, en ambos casos, devolver las mercancías en un estado sustancialmente idéntico al que tenían cuando las recibió, excepto si se han deteriorado o perecido por una causa que no sea imputable a un acto u omisión suyos (art. 82-2-a), como sucede cuando las mercancías se deterioran o perecen durante la travesía. Me parece que el contenido de los dos artículos es el mismo, pues si el artículo 82 autoriza al vendedor a resolver o exigir mercancías sustitutas cuando sólo puede devolverlas deterioradas o no puede devolver mercancía alguna, es porque el riesgo por ese daño o pérdida lo tendrá que afrontar el vendedor.

El efecto de que el vendedor asuma el riesgo, que en principio correspondería al comprador, puede plantearse, ya no como una reversión del

³³ *Comentarios de la Secretaría* artículo 82 párrafo 2 (= DO 71).

³⁴ Así opina, con razón, Nicholas en *Commentary* 511.

³⁵ *Supra* IX 3 B a.

riesgo al vendedor —lo cual supone una previa transmisión del riesgo al comprador, que luego revierte al vendedor—, sino también como el resultado de no haberse traspasado nunca el riesgo al comprador. Así lo plantea el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos (section 2-510-1), y hubo un intento de un delegado estadounidense en la conferencia diplomática para que así quedara establecido en la *Convención*, pero la propuesta fue rechazada.³⁶ El planteamiento de reversión me parece mejor que el de no transmisión, porque permite que el comprador que resuelve el contrato o exige la sustitución de mercancías que se deterioraron durante la travesía, pueda cobrar de la compañía de seguros la indemnización correspondiente, la cual deberá restituir al vendedor, o ceder al vendedor su derecho a reclamar la indemnización de la compañía de seguros. De esta manera se reducen las pérdidas entre las partes. Si se planteara que el riesgo no se transmitió nunca al comprador, éste no podrá exigir indemnización a la compañía de seguros, ni tampoco el vendedor, que difícilmente estará asegurado respecto de un riesgo que pensaba que ya era del comprador.

La reversión del riesgo parece una regla razonable, porque resulta justo que el comprador corra con los riesgos del traslado de mercancías que él quiere adquirir, pero no tiene por qué correr con los riesgos de mercancías que no son las que él quiere, como son las que recibe en caso de incumplimiento esencial. El supuesto para que opere la reversión del riesgo es que el vendedor incurra en un incumplimiento esencial, es decir, un incumplimiento que cause al comprador un perjuicio grave, en el sentido previsto en el artículo 25. Cuando hay entrega de mercancías, el incumplimiento puede ser esencial, porque las mercancías no sean conformes con el contrato o porque la entrega haya sido tardía.

Cuando la falta de conformidad de las mercancías constituye un incumplimiento esencial, el comprador puede revertir el riesgo al vendedor exigiendo mercancías sustitutas, conforme al artículo 46-2, o declarando resuelto el contrato, conforme al artículo 49. Cabe pensar en este caso: el vendedor entregó al porteador designado por el comprador 100 cajas de zapatos, que no eran de las tallas especificadas en el contrato; durante la travesía, las cajas se mojaron y la mercancía se deterioró; al examinar los zapatos, el comprador se da cuenta que no son las tallas que él había pedido, lo cual constituye un incumplimiento esencial. Él tiene tres posibilidades para obtener una reparación: una es resolver el contrato y revertir el riesgo al vendedor, pidiéndole la restitución del precio y devolviéndole los zapatos estropeados; otra posibilidad es pedir el envío de los zapatos de las tallas definidas en el contrato, revirtiendo el riesgo al vendedor, quien recibirá el calzado deteriorado; la tercera es cobrar a la compañía

³⁶ *Informe la. Comisión* artículo 82 párrafo 3 (= DO 138).

de seguros la indemnización correspondiente al daño de la mercancía, aprovechar los zapatos recibidos de la mejor manera posible y reclamar al vendedor los daños y perjuicios que ha causado el incumplimiento. En este último caso, el comprador no revierte el riesgo al vendedor.

Si la entrega tardía constituye un incumplimiento esencial —quizá porque el vendedor ha demorado más de 10 días en la entrega de una mercancía solicitada con urgencia—, el comprador puede resolver el contrato y revertir el riesgo al vendedor, de modo que el perjuicio consistente en la pérdida o deterioro de la mercancía entregada tardíamente sea para el vendedor. En el caso análogo de que el vendedor no entregue la mercancía en el plazo suplementario fijado por el comprador, conforme al artículo 47-1, el comprador puede resolver el contrato (art. 49-1-b), pero Nicholas³⁷ duda si se revierte el riesgo al vendedor, argumentando que el incumplimiento de la entrega en el plazo suplementario es una causa para resolver el contrato, pero no constituye de por sí un incumplimiento esencial. Me parece que, sin entrar en la discusión de si tal incumplimiento es esencial o no, se puede afirmar que el riesgo se revierte al vendedor por el hecho de que, conforme al artículo 82-2, el comprador puede declarar resuelto el contrato, no obstante que no pueda devolver las mercancías en buen estado.

De lo anterior puede concluirse que la reversión del riesgo, en todo caso, opera no por ministerio de ley, sino por voluntad del comprador. Por eso, se ha dicho³⁸ que el artículo 70 constituye un impulso para declarar la resolución del contrato o exigir la sustitución de las mercancías cuando éstas se han dañado o perdido durante la travesía.

³⁷ *Commentary* 511.

³⁸ HONNOLD 424.