

LA REGLA *PERICULUM EST EMPTORIS* APLICADA A LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

SUMARIO: *Introducción. I. La transmisión del riesgo en el derecho romano clásico. Venta de cosas fungibles que tienen que individualizarse posteriormente. II. La transmisión del riesgo en la Convención Internacional de Viena. III. Aplicación de la doctrina romanista al régimen de la Convención de Viena.*

Introducción

La Convención Internacional de Viena sobre compraventa de mercaderías, aprobada en 1980, constituye un esfuerzo importante para la unificación, desde el punto de vista legislativo, de un activo sector del derecho privado. Para que los principios y criterios definidos en ese instrumento jurídico lleguen a tener influencia en la solución de los complejos problemas que se derivan de las compraventas internacionales se requiere, entre otras cosas, que lleguen a ser asimilados por los juristas de los diversos países que han aprobado dicho texto. La doctrina definida en la Convención Internacional de Viena habrá de ser asimilada por juristas que se han formado de acuerdo con los principios y orientación de su propio derecho nacional, lo cual puede hacer que tiendan a interpretar el texto internacional desde una perspectiva nacional o incluso nacionalista, desvirtuando así la perspectiva supranacional que ha de tener toda doctrina jurídica que pretenda ser "derecho común".

El estudio de la convención sobre compraventa internacional de mercaderías hecho desde la perspectiva de la doctrina romanista viene a salvar ese inconveniente: la doctrina romanista actual es una ciencia internacional, que se cultiva en casi todos los países del mundo, y que puede servir, por tanto, para estudiar un texto internacional (o supranacional), por medio de una doctrina también internacional o supranacional. Esta consideración es la que me ha movido, como romanista, a interesarme por el régimen de la compraventa internacional de mercaderías. No pretendo, por tanto, indagar cuáles son (si es que los hay) los antecedentes romanos de los principios definidos en la Convención: mi intento es saber si, en un tema concreto, la doctrina romanística actual es capaz de proporcionar elementos útiles para la construcción de una doctrina internacional de la compraventa internacional de mercaderías. La elaboración de esta doctrina es, a mi juicio, una tarea necesaria para que el texto aprobado en Viena no

venga a ser sólo una tentativa más para la unificación del derecho privado. Reconozco que la doctrina clásica sobre la compraventa adolece de ciertas deficiencias que le dificultan comprender los mecanismos jurídicos de la compraventa internacional actual. Los juristas romanos elaboraron la doctrina de la compraventa teniendo en mente su modo más ordinario y primitivo, la venta de contado,¹ y esto se refleja en ciertos contenidos de dicha doctrina. Uno de éstos es la dificultad de aceptar la compraventa de géneros indeterminados² (como por ejemplo 1 000 modios de trigo, sin especificar de qué trigo en particular se trata), la cual tiene hoy gran importancia en el comercio internacional.

Por otra parte, las circunstancias socioeconómicas en que se hacía el comercio en Roma, muy diferentes de las actuales, hacían que se desarrollaran ciertas prácticas comerciales incompatibles con las de hoy. En este aspecto, quizá lo más importante fuera la falta de un sistema de transporte de mercancías adecuado, lo cual hizo que en la compraventa romana casi no se contemplara la posibilidad de que el vendedor enviara las mercancías a un determinado lugar, y que predominara el principio de que el vendedor debía entregar la mercancía en el lugar donde ésta se hallare. Si las partes querían que la mercancía se expidiera a cierto lugar, solían acompañar la compraventa con una estipulación, por la que el vendedor prometía entregar en el lugar convenido.³

En cambio, favorece la interpretación romanista de la Convención de Viena, el hecho de que la doctrina romana de la compraventa concibe este negocio con efectos obligacionales exclusivamente, lo mismo que el texto internacional. Según Kaser,⁴ este régimen romano de la compraventa se debió a la intención de hacerlo aplicable a los *peregrinū*, con quienes había intensos tratos comerciales, pero eran incapaces de adquirir la propiedad civil. En que la compraventa fuera concebida como un negocio contractual fundado en la *bona fides*, o sea un negocio de derecho de gentes, hace ver que fue concebido, diríamos hoy, como un contrato "internacional".

En este trabajo analizo el tema de la transmisión del riesgo de la cosa comprada al comprador, que está estrechamente relacionado con el problema de los efectos reales u obligacionales del contrato de compraventa. En efecto, la regla romana general en materia de riesgo es *res perit domino* (la cosa parece para su dueño), pero en materia de compraventa no se aplica esta regla en tanto que la compraventa romana no transmite, por sí misma,

¹ Kaser, *Das römische Privatrecht* I, 2 München, 1971, pp. 545-546. En lo sucesivo esta obra se citará sólo por el nombre del autor.

² Seckel-Levy, "Die Gefahrtragung beim kauf im Klassischen römischen Recht", en SZ 47 (1927) pp. 137 y ss. En lo sucesivo se citará esta obra sólo por el nombre de los autores.

³ *Idem*, pp. 140 y ss.

⁴ Kaser, p. 551.

la propiedad de la cosa vendida. De aplicarse la regla *res perit domino*, se tendría que aceptar que el vendedor sufriera el riesgo, aunque la cosa ya hubiese sido entregada al comprador, y en tanto éste no adquiriera la propiedad de la misma por usucapión u otro modo. En el régimen de la Convención de Viena, la compraventa tampoco trasmite la propiedad, por lo que tampoco es aplicable en materia de riesgo la regla *res perit domino*, la cual, sin embargo, es observada en los sistemas jurídicos actuales derivados del Código Napoleón, particularmente por el derecho privado mexicano. Como puede observarse, en este tema parece posible que la doctrina romana pueda dar alguna luz sobre el régimen internacional de la compraventa de mercaderías.

En este trabajo se presentan: I. Una visión sintética del régimen clásico romano de la transmisión del riesgo al comprador, en la que se profundiza en aquellos aspectos que pueden ser más interesantes para la compraventa internacional actual. II. Una visión de la solución que da la Convención de Viena a este problema, y III. La aplicación de la doctrina clásica al régimen de la compraventa internacional.

I. *La transmisión del riesgo en el derecho romano clásico*

Siendo la compraventa un contrato consensual con efectos obligacionales, al perfeccionarse ésta el vendedor queda obligado a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio. El vendedor responde por el incumplimiento de esta obligación en diferente medida según que la cosa vendida sea mueble o inmueble. En la compraventa de inmueble, el vendedor responde por su culpa, y si la cosa llega a perecer antes de ser entregada, por ejemplo un fundo que es anegado por la crecida del río, el contrato se considera resuelto, y el comprador, por su parte, no queda obligado a pagar el precio (D 19, 2, 33).⁵ La responsabilidad del vendedor se agrava tratándose de cosas muebles no entregadas, respecto de las cuales el vendedor responde por la culpa y además por *custodia*, es decir queda obligado con el comprador si la cosa fuere robada o, en la última época clásica, si fuere dañada por un tercero.

Esta responsabilidad del vendedor de custodiar la cosa vendida y no entregada tiene que ser tomada en cuenta para entender el principio clásico de transmisión del riesgo al comprador. Los juristas romanos definieron la regla *periculum est emptoris* (el riesgo es del comprador), según la cual el comprador sufre el riesgo por pérdida o deterioro de la cosa desde el momento en que se perfeccione el contrato, independientemente de que la mercancía le haya sido entregada o no.⁶ La asunción del riesgo por

⁵ Sin embargo, *cfr.* D 18.6.7.

⁶ Actualmente la mayor parte de la doctrina acepta como clásica la regla *periculum*

parte del comprador significa que tendrá que pagar el precio aun cuando reciba una cosa deteriorada o no reciba cosa alguna. De modo que respecto de las cosas vendidas y no entregadas, se reparten los riesgos "objetivos" (es decir independientes de la culpa del vendedor) ⁷ de pérdida o deterioro de esta manera: el vendedor responde (por custodia) de la pérdida a causa de robo o del deterioro infligido por un tercero; el comprador asume el riesgo por pérdida o deterioro causado por caso fortuito o fuerza mayor (incendio, terremoto, inundación, etcétera) (D 47, 2, 14 pr.: *et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet*).

La regla *periculum est emptoris* parece que fue diseñada en atención a la venta de contado en la cual el perfeccionamiento del contrato coincide con la entrega de la cosa.⁸

Como contrato consensual, la compraventa se perfecciona por el consentimiento sobre precio y cosa. A partir de este momento, por lo general, el comprador asume el riesgo. Esto no presenta dificultad en la venta al contado en la cual el perfeccionamiento del contrato coincide con la entrega de la cosa. Pero hay modalidades de la compraventa en las que el perfeccionamiento del contrato ocurre después de que se ha manifestado el consentimiento, y en las que, por consiguiente, la aplicación de la regla *periculum est emptoris* produce consecuencias particulares.

Esto ocurre cuando la cosa objeto del contrato no se determinó individualmente al manifestarse el consentimiento, por lo que tiene que especificarse posteriormente. La indeterminación de la cosa puede ser por falta del *quid* (por ejemplo venta de una cosa que el vendedor tiene que fabricar) o falta del *quale* (por ejemplo venta de vino que tiene que ser degustado) o falta del *quantum* (por ejemplo venta de cosas fungibles a un precio por cada una de ellas, como la venta de ánforas de aceite, que tienen que ser contadas para determinar el precio total).⁹ En estos casos, la venta se perfecciona en cuanto la cosa se ha especificado, ordinariamente con la anuencia del comprador, es decir se perfecciona cuando la cosa ha sido puesta a disposición del comprador o éste ha tomado posesión de ella.¹⁰

est emptoris, así, p.e. Kaser, p. 652. Haymann, SZ 41 (1920) pp. 44 y ss. en cambio, todavía piensa que el riesgo se transmite con la entrega.

⁷ Evidentemente el vendedor responde de la pérdida o deterioro ocasionado por su culpa o dolo, p.e. debidos a una defectuosa empaquetadura de las mercancías. Problema distinto es el de deterioro por vicios ocultos de la cosa.

⁸ Ver Kaser, p. 552.

⁹ Seckel-Levy, p. 152.

¹⁰ Ver D 18,6,8 pr. Con base en éste y otros textos, Seckel y Levy han afirmado que los clásicos distinguan entre *emptio perfecta* y *emptio contrata*, pp. 149 y ss. Arangio Ruiz, *La compraventa in diritto romano*, II. Nápoles, 1954 (en lo sucesivo se citará esta obra sólo por el nombre de su autor), pp. 259 y ss., sostiene que esa doctrina es justiniana, pero reconoce que hay casos en que el perfeccionamiento del contrato ocurre hasta que se especifica la cosa.

En estos casos la regla sobre el riesgo debe matizarse así *perfecta emptio tione periculum est emptoris*.

En adelante analizaré los casos típicos de venta con perfeccionamiento posterior, y precisamente aquellos casos que pueden presentar analogía con las actuales operaciones internacionales de compraventa, como son: 1) la venta de cosas fungibles que tienen que individualizarse posteriormente, y 2) la venta de cosas por fabricar.

Venta de cosas fungibles que tienen que individualizarse posteriormente

La doctrina romanística coincide en general en que los romanos no conocieron la venta de géneros ilimitados, y que para realizar este tipo de operaciones se acudía al expediente de hacer estipulaciones cruzadas,¹¹ por las que una parte prometía entregar una cantidad de un género, bajo la condición de que se le pagare cierta cantidad de dinero, y la otra prometía pagar esa cantidad de dinero si recibía aquella cantidad de mercancía genérica. D'Ors¹² sugiere que se podía hacer compraventas de géneros indeterminados, si se acompañaban de una estipulación de dar la mercancía. Este punto de vista me parece que conviene tenerlo en cuenta. El sistema de estipulaciones cruzadas es deficiente, pues las acciones de derecho estricto a que da lugar la estipulación no permiten al juez tener en cuenta algunos criterios propios de las acciones de buena fe, muy importantes para el comprador o vendedor, como el pago de intereses moratorios, la indemnización por daño emergente o lucro cesante, etcétera. Por esto parece extraño que los juristas se hubieran conformado con el sistema de estipulaciones cruzadas. Por otra parte, el añadir estipulaciones a un contrato de compraventa era una práctica reconocida; por estipulación el vendedor se hacía responsable ante el comprador de la evicción y de los vicios ocultos de la cosa. La sugerencia de D'Ors puede ser tomada como hipótesis para revisar textos que hablan de la venta de cosas genéricas, como D 16, 1, 35, 5-7, FV 16 y CP 4, 48, 2, y así profundizar nuestro conocimiento sobre estas operaciones, que tuvieron gran importancia, especialmente para las adquisiciones de granos.

Entendiendo la compraventa de géneros no determinados, de acuerdo con la doctrina que la interpreta como dos estipulaciones cruzadas, el riesgo se transmitiría al adquirente hasta que se hiciera propietario del género, es decir ordinariamente hasta la *traditio* de la cosa. El "vendedor", de acuerdo con la regla de que los géneros no perecen, no podía alegar en su favor para justificar el incumplimiento, la pérdida o deterioro por fuerza mayor, por lo que, para atenuar su responsabilidad, solía prometer la entrega del

¹¹ *Supra*, n. 2.

¹² D'Ors, *Derecho privado romano*, 3a. ed., Pamplona, EUNSA, 1977, § 488 n. 1.

género bajo ciertas condiciones, como la de si llegaran las naves que lo transportaban a puerto seguro.

Como propias compraventas de cosas genéricas o fungibles, la doctrina ha distinguido: A) la venta *ad mensuram*, es decir venta de cosas que tienen que medirse, pesarse o contarse para determinar el precio, y B) venta de géneros limitados, como vino de tal bodega, o trigo de tal almacén.

a. *Venta ad mensuram*

Cuando se venden cosas fungibles señalándose un precio por unidad de medida, por ejemplo un precio por ánfora de vino o por vasija de aceite, la venta se perfecciona, según la escuela sabiniana, en cuanto se hace la medición. Lo mismo ocurre respecto de cosas que se venden por número conviniéndose un precio para cada unidad, por ejemplo ovejas de un rebaño a cierto precio por cabeza: la venta se perfecciona cuando se cuentan las unidades. A estos casos se contraponen la venta de cosas fungibles que se venden en bloque, por un precio global, como todo el vino que haya en una bodega o todo un rebaño, en cuyo caso la venta se considera de cosa específica, perfecta desde que se manifestó el consentimiento, y el riesgo se transmite al comprador inmediatamente (Gayo 10 *ad. ed. prov.* D 8, 1, 35, 6; Ulp. 28 *ad Sabo.* D 18, 6, 4, 1, Mod. 5 *reg.* D 18, 1, 62, 2).

Aun cuando el texto de Gayo no dice que las cosas que se vendan por unidad han de pertenecer a un género determinado (vino de estos toneles, o trigo de tal almacén), los autores han considerado, quizá teniendo en mente la idea de que los romanos desconocen la venta de géneros ilimitados, que el texto contempla ventas de cosas que tienen que individualizarse numéricamente de entre un género determinado. Por esto consideran que en estas ventas ya se conoce el *quid* y el *quale* y que la numeración o medida tiene como objeto, principalmente, la determinación del precio.¹³

Dice Gayo que la compraventa de estas cosas que tienen que medirse o numerarse, fue comprendida por la escuela sabiniana, como si estuviera sujeta a una condición (*quasi sub. . . condicione*), la de que se midan o numeren esas cosas. Esta expresión de Gayo ha hecho que los romanistas consideren esta venta como sujeta a condición suspensiva, y le apliquen, respecto del problema de la transmisión del riesgo, los criterios señalados principalmente por Paulo para la venta condicional,¹⁴ máxime que Gayo no ofrece en ese texto ningún comentario al respecto, siendo que en los § § 4 y 7 habla del problema de transmisión del riesgo en otros casos.

El texto principal sobre la transmisión del riesgo en la venta condicio-

¹³ Seckel-Levy, p. 179, hablan de *Kauf mit Preisbestimmung ad mensuram*. Kaser, p. 553, dice *der Preis. . . durch Messen, Wagen, Zahlen zu errechnen ist*.

¹⁴ Arangio, II, p. 272; Seckel-Levy, pp. 184 y ss.

nada es Paulo 33 *ad. ed.* D 18, 6, 8. pr. En este caso hay que distinguir varios supuestos: a) Se cumple la condición y la cosa se pierde o deteriora después de ello; entonces se siguen las reglas de venta sin condición; b) falla la condición y la cosa se deteriora o se pierde, entonces se aplica la regla *res perit domino*, y c) la cosa se deteriora o pierde y luego se cumple la condición; este caso presenta complicaciones que merecen mayor estudio.

Según el texto de Paulo citado, si la cosa perece y luego se cumple la condición, los proculeyanos consideran que el riesgo es del comprador, por la razón de que, cumplida la condición, retrotraen los efectos al momento de celebración de la compraventa. El caso lo asimilan al del vendedor que muere antes de cumplirse la condición y sin embargo, si ésta se cumple, sus herederos quedan obligados como si la venta hubiera sido contraída antes de la muerte (*quasi iam contracta emptione in praeteritum*). Paulo sigue otra doctrina (la de los sabinianos), según la cual si la cosa perece antes de cumplirse la condición, y luego se da ésta, la venta queda resuelta¹⁵ (por falta de objeto), lo mismo que sucede con las estipulaciones o legados condicionales, y se aplica, por consiguiente, la regla *res perit domino*.

Cuando la cosa no se pierde, sino que sólo se deteriora, la compraventa llega a perfeccionarse pues el objeto, aunque deteriorado, existe. Entonces, según dice Paulo, se aplica la regla *periculum est emptoris*, o sea que el comprador tiene que pagar el precio completo aunque recibe un objeto deteriorado. Parece ser que ambas escuelas aceptaban esta conclusión, ya que Paulo no hace mención de diferencia alguna, y que está conforme con el punto de vista proculeyano de retrotraer los efectos al momento de celebración del contrato, y con el punto de vista sabiniano de atender a la circunstancias de si se perfecciona o no el contrato.¹⁶

Aplicando la doctrina sabiniana, que prevaleció a la compraventa *ad mensuram*, resulta que si parece la cosa antes de ser medida, el cumplimiento de la condición se hace imposible, la venta es nula, y el riesgo es el vendedor, por aplicación de la regla *res perit domino*. Pero si la cosa se deteriora antes de ser medida, la condición puede cumplirse y el riesgo será del comprador. Que el vendedor corra con el riesgo por pérdida de la cosa parece justo, en tanto que el cumplimiento de la condición, la medición o numeración de la mercancía depende principalmente de su actividad. Ordinariamente el comprador habrá de contribuir para hacer la medición o cuenta, por lo que si ésta no llega a realizarse porque el comprador no colabora, por ejemplo no asiste o no proporciona el instrumento de medición, el ven-

¹⁵ Seckel y Levy explican, de acuerdo con su distinción entre *emptio contracta* y *emptio perfecta*, que la venta no llega a perfeccionarse, pp. 166.

¹⁶ Estas conclusiones respecto al riesgo en la venta condicional las proponen Seckel y Levy, pp. 164 y ss.; las acepta Arangio, II, p. 262; disiente Kruckmann, SZ 59, pp. 18 y 22.

dedor podrá hacer la medición unilateralmente y transmitir entonces el riesgo de pérdida al comprador.

La doctrina proculeyana sobre este particular no nos es transmitida por los textos, pero cabe suponer que era diferente. Según conjeturas de Arangio¹⁷ la medición no era para esa escuela una condición, de cuyo cumplimiento dependía el perfeccionamiento del contrato, sino una obligación de las partes derivada de un contrato ya perfecto, por lo que el riesgo se transmitía al comprador si él incurría en incumplimiento de esa obligación.

b. *Venta de género limitado*

Los textos sobre esta materia son Gayo D 18, 1, 3, 5, 7; Paulo D 18, 6, 5; Papiniano FV 16, y Alejandro S. CJ 4, 48, 2. Se da esta venta cuando se compra una porción ya cuantificada de un género determinado, por ejemplo, cien ánforas de vino de tu bodega, independientemente de que se establezca un precio, por todo el conjunto o un precio por unidad. Aquí la medición sirve, ya no para determinar cuánto se quiere comprar o cuánto se va a pagar, sino para especificar las unidades que se van a vender.¹⁸

Dice Gayo D 18, 1, 35, 7 que en este caso corresponde al vendedor *omne periculum* hasta que las mercancías se midan y queden especificadas; Paulo D 18, 6, 5 también dice que *donec admetiatur omne periculum venditoris est*. La expresión *omne periculum*, dicen Seckel y Levy¹⁹ comprende el riesgo por pérdida de la cosa y el riesgo por deterioro, y concuerda con lo que dice Papiniano en FV 16: si las ánforas de vino compradas no han sido individualizadas (*corpore non demonstrato*), *nullum emptoris interea periculum erit*. En cambio, Arangio sostiene que *omne periculum* comprende la pérdida por hurto (de la que el vendedor responde por *custodia*) y la pérdida por fuerza mayor.

Según la interpretación de Seckel y Levy, tendríamos que en la venta de unidades que tienen que ser contadas para determinar el precio, el riesgo de deterioro se traslada al comprador desde el momento en que se manifiesta el consentimiento, y antes de la medición; en cambio, en la venta de género limitado, el riesgo se transmite desde que se hace la medición. La diferencia de tratamientos entre uno y otro tipo de venta se debe, según estos autores, a que cuando se venden unidades que han de ser contadas para determinar el precio, se vende una cosa de la cual ya se conoce el *quid* y el *quale*; se trata, dicen ellos, de una venta de cosa específica, en la que sólo falta determinar el *quantum*. En cambio, cuando se hace venta de un género determinado la medición es necesaria para la especificación de la cosa.

¹⁷ Arangio, II, p. 272.

¹⁸ *Idem*, p. 273.

¹⁹ Seckel-Levy, p. 193.

En mi opinión Seckel y Levy se han equivocado al distinguir dos tipos de venta, cuando en realidad Gayo sólo considera una.

En la venta de cosas tales como aceite, vino o trigo que, según dice Gayo (D 18, 1, 35, 5 *init.*) se especifican por su número, peso o medida (*his quae pondere numero mensurave constant*), si se venden a un precio por unidad, la medición, según la doctrina sabiniana que Gayo sigue, perfecciona el contrato. La medición evidentemente sirve, como dicen Seckel y Levy, para determinar el precio, pero también es necesario para especificar las cosas que son objeto del contrato, máxime que se trata de cosas fungibles.²⁰

Seckel y Levy dicen que este tipo de venta se trató por los juristas sabinianos como una venta condicional a efecto de determinar las reglas de traslación del riesgo. Su opinión se funda en que Gayo dice que los sabinianos tenían la venta *quasi sub condicione*. Pero en esta interpretación se da el error de entender la palabra *condicio* en el sentido técnico de un hecho futuro de realización incierta de cuya aparición dependen los efectos del contrato. La palabra *condicio* tiene en las fuentes romanas también otras acepciones:²¹ a veces puede significar una cláusula convenida (por ejemplo en D 14, 2, 10, 1.17, 1, 39) como, me parece, significa en este texto. Los sabinianos dirán, entonces, que la venta se ha convenido con la condición (es decir cláusula) de que las cosas comparadas sean aquellas que sean medidas, pesadas o numeradas; serían una venta, no suspensivamente condicionada, sino perfecta hasta que se determinara específicamente su objeto por la medición. Esta interpretación va más de acuerdo con el sentido literal del texto que dice que la venta se entiende realizada *sub hac condicione. . . ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris. . .*; es decir, que la venta se realiza respecto de aquellos *metretas o modios* que hubiese el vendedor medido (*quos quasve admensus eris* 1).²²

La venta que Seckel y Levy llaman de género limitado (*beschränkter Genuskauf*), y que Gayo trata en el § 7, es en realidad el mismo tipo de venta, en la que la cosa se especifica al medirla, pero tiene la variante de que el precio ya está determinado, sea por unidad, sea en conjunto.²³

²⁰ En el § 6 Gayo trata de la venta de ovejas de un rebaño a un precio por cabeza; la oveja puede ser considerada como cosa específica, pero en el caso está tratada como una fungible, ya que se vende una cantidad de un rebaño.

Gayo, correctamente, dice que esta venta es igual que la de cantidad de cosas de suyo fungibles como vino, aceite, etc.

²¹ *VIR* da cinco distintos significados del término condición.

²² Esta lección concuerda con la que hace D'Ors en su traducción castellana del *Digesto*.

²³ Gayo comienza este § con la partícula adversativa *sed*, con la que señala en contraste respecto de lo dicho en el § anterior. El contraste no es entre venta de cosas cuyo precio se determina al medirse y ventas de género limitado, sino entre la venta de todo

En conclusión, me parece que la venta *ad mensuram*, sea que la medición sirva para determinar el precio y especificar la mercancía, sea que sólo sirva para especificar la mercancía, es una venta que se perfecciona al momento de hacerse la medición, y en la que se transfiere al comprador el riesgo de pérdida o deterioro en ese momento.

c. *Venta de cosas por hacer*

La venta de una cosa que ha de ser producida naturalmente (por ejemplo una cosecha) o la de algo que tiene que fabricarse, se equipara a la venta de una cantidad de un género, la cual tiene que ser especificada. Por consiguiente, esas ventas se perfeccionan también cuando la cosa ha sido especificada y puesta a disposición del comprador.²⁴

En este tipo de ventas de cosas fungibles o cosas por hacer, el riesgo se transmite hasta que se hace la especificación de la cosa. Ordinariamente la medición se hará en presencia del comprador y del vendedor y, en ese caso, la medición coincidirá con la *traditio*; pero si el comprador impide que ésta se haga, por ejemplo no acudiendo al lugar donde ha de hacerse o no proporcionando el instrumento de medición adecuado, entonces el vendedor podrá hacer la medición por sí mismo. Así lo afirman *Cato de agr. cult.* 148, 5 y 6 y Ulpiano D 18, 6, 1, 4.²⁵ El riesgo se transmitirá al comprador a partir de ese momento, pues la cosa ya está especificada y a disposición del comprador, aunque todavía no ha sido entregada.

Si el vendedor incurre en mora para medir, no agrava su situación pues el riesgo ya está a su cargo. Si el vendedor incurre en mora para entregar una mercancía ya especificada, entonces el riesgo deja de ser del comprador y lo sufre el vendedor.

II. *La transmisión del riesgo en la Convención Internacional de Viena*

La Convención se ocupa de este problema en su capítulo IV (artículos 66-70).

El artículo 66 indica que el riesgo que se traslada al comprador es el de pérdida o deterioro que no sean debidos "a un acto u omisión del vendedor". Esto puede entenderse, de acuerdo con la doctrina romanista, así: el riesgo se refiere a la pérdida o deterioro por fuerza mayor, o sea que no se deban a dolo o culpa del vendedor.

La Convención prevé tres casos para la transmisión del riesgo:

un conjunto de cosas (el rebaño del § 6), que es una venta de cosa específica, y la venta de una porción de un conjunto, que es una venta genérica.

²⁴ Seckel-Levy, p. 204.

²⁵ *Idem*, p. 256.

1) Cuando el contrato implique el transporte de mercaderías, el riesgo se transmite cuando el vendedor ponga las mercaderías en poder del primer porteador, siempre y cuando aquéllas "estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo" (artículo 67).

2) Cuando se venden mercancías en tránsito, el principio general es que el riesgo se transmite desde el momento de la celebración del contrato. Esto se explica porque se trata de mercaderías ya especificadas mediante los documentos de embarque. Prevé el texto que 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 transporte", cuando "así resultare de las circunstancias". Esta vaga expresión no permite saber en qué casos concretos puede ello ocurrir, salvo, claro está, el caso de que así fuera convenido por las partes.

Agrega la Convención que aunque el comprador haya asumido el riesgo desde el momento en que las mercaderías se entregaron al porteador, si al momento de la celebración del contrato el vendedor sabe o debe saber que la mercancía ha sufrido pérdida o deterioro, y no lo dice, el riesgo es para el vendedor (artículo 68).

3) En todos los demás, casos, el comprador asume el riesgo "cuando... se haga cargo de la mercancía", pero si no lo hace a su "debido tiempo", cuando la mercancía se ponga a su disposición o incurra en mora de recibir (artículo 69). Este precepto requiere comentario.

Poner a disposición la mercancía supone identificarla claramente (artículos 69-73) y avisar al comprador (artículos 69-72). Como la mayor parte de las mercaderías son cosas fungibles, identificarlas equivale a especificarlas, y lo ordinario es que la especificación se haga con la aprobación de ambas partes. Cuando, quizá sea lo más común, el vendedor haga la especificación (artículos 65-72) debe informarle al comprador para que éste, en un plazo razonable, exprese su conformidad o haga una especificación diferente. El momento en que ambas partes están conformes con la especificación, o el momento en que haya vencido el plazo para que el comprador exprese su disconformidad, me parece que es el momento en que las mercaderías "están a disposición" del comprador, y que a partir de entonces, salvo pacto en contrario, el comprador incurre en mora de recibir si no se hace cargo de ellas. O sea que el riesgo se transmite, por regla general, cuando queda hecha la especificación de las mercancías.

Si corresponde al comprador hacer la especificación, en el momento en que la hace, las mercancías "están a su disposición" y debe hacerse cargo de ellas, salvo convenio en contrario. Entonces también el riesgo se transmite, por regla general, al especificar la mercancía. Si el comprador incurre

en mora para hacer la especificación, el vendedor la hace unilateralmente, y a partir de ese momento traslada el riesgo al comprador.

III. *Aplicación de la doctrina romanista al régimen de la Convención de Viena*

En el derecho clásico la regla *perfecta emptio periculum est emptoris* se aplica respecto de ventas de cosas fungibles, en el momento en que éstas se especifican por peso, número o medida. A partir de entonces, el comprador asume los riesgos de pérdida y deterioro, independientemente de la responsabilidad que tenga el vendedor por vicios ocultos o defectos dolosos o culposos en la entrega de las mercancías. Cuando se venden cosas fungibles en conjunto, como un almacén o una bodega, la venta es de cosa específica, y por tanto el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que se expresa el consentimiento. Estas reglas operan, se entiende, siempre que no haya pacto expreso.

El régimen de la Convención de Viena puede explicarse, en lo esencial, con la misma doctrina. Cuando el contrato implica el transporte de la mercancía, ésta queda especificada cuando se entrega al primer porteador, y a partir de ese momento *periculum est emptoris* (artículo 67). Cuando se venden mercancías en tránsito, es como si se vendiera una cosa específica (o un almacén, como dicen algunos textos del *Digesto*), y por consiguiente a partir de que se celebra el contrato, *periculum est emptoris* (artículo 68).

Cuando la venta no implica transporte, ni es mercancía en tránsito, dice la Convención que el riesgo se transmite cuando el comprador se hace cargo de la mercancía, o cuando se pone a su disposición si incurre en mora de recibir, pero, como se ha visto, esos momentos coinciden, por lo general, con el momento en que se especifica la mercancía, por lo que cabe afirmar que también en estos casos al especificarse la mercancía *periculum est emptoris*.

En este último supuesto puede ocurrir que la mercancía quede especificada, pero que se convenga que la recepción de la misma se hará posteriormente. En este caso, según la doctrina clásica, el vendedor corre el riesgo de robo o daño causado por un tercero, en virtud de la responsabilidad por custodia, y el comprador asume el riesgo de fuerza mayor. En el régimen de la Convención la solución es diferente porque se deja al vendedor todo riesgo, hasta que el comprador se haga cargo de la mercancía o incurra en mora. Esto puede considerarse una excepción por pacto a la regla de que especificada la mercancía, *periculum est emptoris*.

El caso previsto en el artículo 68 de la Convención de que el comprador de una mercancía que fue puesta en manos del porteador, "cuando así resultare de las circunstancias", no me parece que encuentre explicación en la doctrina romanística, salvo el caso en que hubiera un pacto expreso.

En general, considero que la regla clásica *perfecta emptioe periculum est emptoris* vale para explicar el régimen respectivo de la Convención de Viena.

Jorge ADAME GODDARD