

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN TRÁNSITO**

RÓMULO DIMAS GRAMAJO LIMA

GUATEMALA, ABRIL DE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN TRÁNSITO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RÓMULO DIMAS GRAMAJO LIMA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2013

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

TIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

PRESIDENTE:	Lic. Carlos Humberto de León Velasco
VOCAL:	Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
SECRETARIO:	Lic. Héctor David España Pineta

Segunda Fase:

PRESIDENTE:	Lic. Carlos Humberto de León Velasco
VOCAL:	Licda. Mirza Eugenia Irungaray López
SECRETARIO:	Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Abogado y Notario
56304044

Guatemala 24 de marzo de 2006

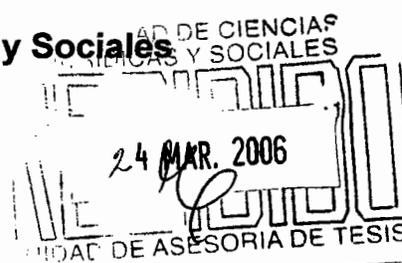
Licenciado

Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho



Licenciado Mejía Orellana:

De conformidad con el nombramiento de fecha veintiocho de octubre del año dos mil tres, como Asesor de Tesis del estudiante RÓMULO DIMAS GRAMAJO LIMA, cuyo título en definitiva se intitula "**LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS EN TRANSITO**", he realizado el asesoramiento de la presente investigación y en su oportunidad, sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, las cuales consideré en su momento eran necesarias para la mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema, la formulación de la hipótesis y su comprobación; en cuanto a la recolección de la información recopilada por el estudiante Gramajo Lima, fue de gran apoyo en su investigación ya que la bibliografía es considerablemente actual.

Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis, fueron acordes y de utilidad para el desarrollo del mismo. Se utilizó el método analítico, para establecer y entender el proceso de la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías en tránsito, aspectos de relevancia jurídica en la comprobación de la hipótesis; el sintético, se encargó



de determinar su regulación jurídica en el país, el deductivo, sirvió para el establecimiento de la ubicación de los lugares donde se observa más la presencia del problema que se plantea.

La contribución científica del trabajo es de importancia, pues el contenido es de interés para la ciudadanía guatemalteca, derivado de que propugna que no se evada el pago de los seguros que permitan la transmisión del riesgo en la referida compraventa; constituyendo el mismo un aporte significativo realizado con esmero por parte del sustentante, estimando que la redacción empleada durante el desarrollo del trabajo de tesis fue la adecuada.

En tal sentido el contenido del trabajo de tesis considero que es muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación ha estado apegado a las pretensiones del autor, en virtud que cumple con los requerimientos científicos y técnicos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados y dentro de la investigación; es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, por lo cual resulta procedente emitir DICTAMEN FAVORABLE, al trabajo de tesis asesorado.

Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda

Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Abogado y Notario

Asesor
Colegiado 4418



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecinueve de julio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **RÓMULO DIMAS GRAMAJO LIMA**, Intitulado: **"LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN TRÁNSITO"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh



Luis Efraín Guzmán Morales

ABOGADO Y NOTARIO

23621922

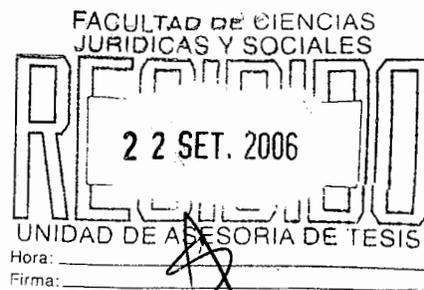
Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Carlos Castro:

Atentamente me dirijo a usted, con el objeto de hacer de su conocimiento que en cumplimiento a la resolución emitida de fecha veinticuatro de marzo de dos mil seis, procedí a revisar el trabajo de tesis del Licenciado Zootecnista RÓMULO DIMAS GRAMAJO LIMA intitulado **"LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN TRÁNSITO"**.

En base a la revisión que he realizado, concluyo:

- En relación al contenido científico y técnico de la tesis, si abarca las etapas del conocimiento científico, puesto que el planteamiento del problema es acorde a los objetivos y a la hipótesis resultante.
- La revisión bibliográfica recopilada es variada, actualizada y congruente al tema en mención.
- Los métodos y técnicas que se emplearon fueron: el analítico, sintético, deductivo, inductivo; así como la investigación documental,



el fichaje, la recopilación y el ordenamiento de datos, las que han servido de apoyo para poder establecer una reforma al Código de Comercio de la República de Guatemala, Decreto Número 2-70.

- Las conclusiones y recomendaciones se relacionan y son acorde al tema del trabajo.

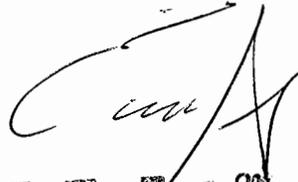
Me es grato indicarle a usted que, el presente trabajo reviste de importancia tanto para el profesional del derecho, especialmente en el campo del Derecho Mercantil, como para los comerciantes nacionales que importan y exportan mercaderías a diferentes países del mundo, llegando a determinar con mucha precisión el momento de la transmisión del riesgo, en la compraventa internacional de mercaderías; propugnando que no se evada el pago de los seguros respectivos en la referida compraventa.

Por lo anteriormente expuesto, el trabajo de tesis me parece interesante y considero que puede ser discutido en el examen público. En consecuencia al llenar los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir DICTAMEN FAVORABLE al trabajo de tesis revisado.

Sin otro particular, me suscribo del usted, atentamente,

Revisor

Colegiado 4700


D. René Ernesto Guzmán Morales
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de marzo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante RÓMULO DIMAS GRAMAJO LIMA titulado LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN TRÁNSITO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh.

[Handwritten signatures and stamps]

Two circular stamps are present: one for the 'DECANATO' (Dean's Office) and one for the 'SECRETARIA' (Secretary's Office), both from the Faculty of Law and Social Sciences, University of San Carlos of Guatemala, Guatemala, C. A.

DEDICATORIA

**A EL GRAN ARQUITECTO
DEL UNIVERSO:**

Que es nuestro Dios, creador y protector de nuestras vidas, de la naturaleza y de todas las cosas conocidas y desconocidas por nosotros.

**A MI AMADA E INOLVIDABLE
MADRE:**

Amalita Lima Rubio, como un homenaje póstumo a su memoria y con mi reconocimiento a su apoyo, sus consejos, e inquebrantable optimismo. Ah, y no olvides Amalita que algún día volveremos a bailar el "Ferrocarril de los Altos".

A SAN JUAN OSTUNCALCO:

Mi bello y muy frío terruño, tierra de mi infancia, de músicos, poetas, de la marimba, del Tum y la Chirimía y de los muebles de ratán y mimbre.

A MI AMADA ESPOSA:

Vilma Arévalo Veras por su apoyo, por nuestro amor y por la dicha de haberla encontrado en la ruta de mi vida.

A TODOS MIS HIJOS:

En especial a Luis Fernando, María Esther y Vilma Alejandra.

A MI QUERIDO NIETO:

José Antonio Zamora Gramajo.

A MI QUERIDO COMPADRE:

Jorge Mario Búcaro Morales, por su amistad, comprensión y apoyo de tantos años. Quien lamentablemente ya inició el viaje hacia el Oriente Eterno.

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA:**

Especialmente a las Facultades de Medicina Veterinaria y Zootecnia y de Ciencias Jurídicas y Sociales por la formación profesional que me brindaron.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Con mucho afecto y profundo cariño



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1 La figura del negocio jurídico.....	1
1.1 Concepto y definición.....	1
1.2 Hecho y acto jurídico.....	3
1.3 Diferencia entre hecho y acto jurídico.....	5
1.4 El contrato.....	6
4.1 Concepto de contrato.....	6
1.5 La compraventa mercantil.....	9
5.1 Definición.....	9
5.2 Caracteres y elementos.....	10

CAPÍTULO II

2 Las condiciones comerciales contenidas en el Convenio de Viena.....	15
2.1 El Convenio de Viena.....	15
2.2 Falta de actualización de la ley nacional.....	20
2.3 Falencias de la legislación guatemalteca para determinar el momento de la transmisión del riesgo.....	23
2.4 Conveniencia de aproximar nuestra legislación interna al contenido de la Convención de Viena.....	25



CAPÍTULO III

3 La transmisión del riesgo.....	29
3.1 concepto técnico jurídico.....	29
3.2 Excepción a la norma general.....	32
3.3 El momento de la transmisión del riesgo.....	40
3.4 Compraventas que no implican el transporte.....	56

CAPÍTULO IV

4. La transmisión del riesgo y el incumplimiento contractual.....	61
4.1. Exoneración de responsabilidad por incumplimiento.....	62
4.2. El incumplimiento esencial.....	68
4.3 Análisis del régimen jurídico de las acciones y derechos del comprador.....	72
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

La compraventa mercantil es la figura contractual que hace efectiva la mayor parte del tráfico comercial, ya que la actividad productiva, canalizada a través del comerciante intermediario, desemboca en el consumidor por medio de la compraventa. Hoy en día, el desarrollo de los medios de comunicación el crecimiento de la industria y de la tecnología y la expansión generalizada de los mercados mas allá de las fronteras nacionales, ha provocado un espectacular incremento del comercio internacional, el cual ha alcanzado unas cuotas de intercambio prácticamente impensables hace unas cuantas décadas. Una de las cuestiones de mayor importancia práctica en el comercio internacional es la de fijar cual de las partes corre con los riesgos por el deterioro o pérdida que sufran las mercaderías 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.

Todo esto sobreviene, debido a que los tratados internacionales que pactan los Estados para integrarse económicamente, como el Acuerdo General de aranceles y Comercio, o el Tratado de Libre Comercio, crea obligaciones para los Estados, pero no generan directamente obligaciones para los particulares de esos Estados. Dicha situación tendrá que superarse mediante la adopción de reglas comunes que rijan los negocios jurídicos que se den en el ámbito de las regiones económicas, con independencia de la nacionalidad de las partes y del territorio nacional donde se concerten o ejecuten.

Al integrar el contenido de la presente investigación, incluí en el Capítulo I, La figura del negocio jurídico, lo relativo a: concepto y definición, hecho y acto jurídico, diferencia entre hecho y acto jurídico, el contrato y la compraventa mercantil; el Capítulo II, Las condiciones comerciales contenidas en el Convenio de Viena, contiene: el Convenio de Viena, falta de actualización de la ley nacional, Falencias de la legislación guatemalteca para determinar el momento de la transmisión del riesgo, conveniencia de aproximar la



legislación interna al contenido de la Convención de Viena, en el contenido del Capítulo III, la transmisión del riesgo incluí: el concepto técnico jurídico, excepción a la norma general, el momento de la transmisión del riesgo, compraventas que no implican el transporte; el Capítulo IV, la transmisión del riesgo y el incumplimiento contractual contiene: Exoneración de responsabilidad por incumplimiento, el incumplimiento esencial, análisis del régimen jurídico de las acciones y derechos del comprador.

La hipótesis propuesta fue: Las reformas al Código de Comercio, relativas a la transmisión del riesgo en los contratos de compraventa, efectuadas a la luz de la Convención de Viena, desarrollará el comercio guatemalteco en relación al comercio internacional.

El objetivo general propuesto fue: Establecer la diferencia entre el contenido del cuerpo normativo nacional con el internacional, en relación a la responsabilidad de a quien le corresponde cubrir el riesgo en el traslado de las mercaderías. Los objetivos específicos fueron: Establecer las ventajas que propone el Convenio de Viena; determinar la mayor cantidad posible de figuras jurídicas en las que cabe determinar y establecer específicamente, a quien corresponde la responsabilidad de asumir el riesgo; Determinar la estructura legal bajo la cual debe desarrollarse la normativa relativa a la transmisión del riesgo.

Los métodos de investigación fueron: el Analítico, sintético, deductivo, inductivo, deductivo y científico de acuerdo a lo recomendado por el consejero de tesis. Las técnicas utilizadas fueron: la investigación documental, el fichaje, la recopilación y el ordenamiento de datos.

Finalmente deseo expresar mi más profundo agradecimiento a la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y a los docentes que me formaron durante mi estudio.



CAPÍTULO I

1. La figura del negocio jurídico

1.1. Concepto y definición

El término negocio jurídico, se debe a la doctrina alemana del siglo XIX. El vocablo *negotium* se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. En tal sentido, no se introduce directamente en la ciencia jurídica, sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; a partir de entonces se empleará la palabra negocio jurídico para nombrar un tipo especial de los actos jurídicos¹.

El concepto de negocio jurídico, construido sobre una voluntad necesaria y suficiente para producir efectos jurídicos, satisface simultáneamente y realiza, con esa simultaneidad, la igualdad formal del derecho, el interés del comerciante comprador y el interés de propietario-vendedor. Sin embargo, es evidente que esta filosofía que exalta la voluntad individual, la fuerza creadora de la voluntad es en alguna medida, una filosofía simulada, no sincera. La voluntad creadora, que la filosofía del negocio jurídico exalta es la voluntad de la clase social que dirige el proceso histórico: La exaltación de la voluntad, como la solo causa suficiente del cambio jurídico, apoya a la burguesía comerciante en su proyecto de la apropiación de los recursos.

¹ Aguilar Guerra, Vladimir, “El negocio jurídico”, Pág. 11



El Código Civil guatemalteco, en su libro V, primera parte, denominado: De las Obligaciones en General, contempla en el título I, la categoría del negocio jurídico, como una categoría ordenante de todo ámbito de la autonomía privada. En este sentido, del Artículo 1251 al 1318 desarrolla la teoría general del negocio jurídico, comprendiendo en consecuencia todo lo relacionado a las figuras de: declaración de voluntad, vicios de la declaración de voluntad, simulación, revocación y nulidad. De este contenido infiero que la teoría de la declaración de la voluntad inspira la estructura de este concepto en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Lo que se justifica ya que el negocio jurídico, como instrumento de la libertad humana, tiene su raíz en la voluntad. Por lo consiguiente no se puede negar el rol que desempeña la declaración de voluntad, como elemento central del negocio jurídico.

Según Betti el negocio jurídico puede definirse como: “La declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos”². Este autor parte del concepto de autonomía privada entendida como poder de autorregulación de los propios intereses, reconocido por el derecho para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre personas privadas: el negocio jurídico es entonces, acto de autonomía privada, acto de autorregulación de intereses privados; el cual tiene naturaleza perceptiva y se manifiesta a través de una declaración o de un comportamiento, los cuales son normas y no manifestaciones del querer interno.

Por su parte el autor De Castro, concibe el negocio jurídico como: “La declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado,

² Betti Galgano, Emilio “Teoría general del negocio jurídico”, Pág. 24

que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”³.

Diez-Picazo, indica que: “El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una verdadera relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar, o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes”⁴.

1.2. Hecho y acto jurídico

El concepto de hecho jurídico es uno de los fundamentales dentro del derecho. De manera general se suele definir como hecho jurídico: “...el conjunto de circunstancias que producidas deben determinar ciertas consecuencias de acuerdo con la ley”⁵. Así pues el hecho jurídico puede ser un acontecimiento natural, absolutamente independiente de la voluntad del hombre, incluyéndose dentro de estos, los fenómenos naturales, que pueden en un momento dado llegar a producir efectos jurídicos. Por lo tanto, son muchos y variados los eventos que pueden constituir hechos jurídicos – el nacimiento de una persona, la muerte, la ausencia, la mayoría de edad, el aluvión, la avulsión etc. –. En consecuencia de tales acontecimientos se producen efectos

³ De Castro y Bravo, Federico, “**El negocio jurídico**”, Pág. 25.

⁴ Diez-Picazo y Ponce de León, “**Teoría del negocio jurídico**”, Pág. 32.

⁵ Aguilar Guerra, Vladimir, **Ob Cit.** Pág. 8.

jurídicos, conductas que transforman la realidad y que son producto de la naturaleza o resultado de la actividad del hombre.

El acto jurídico, es de gran importancia dentro del campo de lo normativo, ya que es el medio con que cuentan los sujetos de derecho, para establecer entre ellos el tejido infinito de sus relaciones jurídicas. El acto en sentido jurídico, supone un hecho humano producido por voluntad consciente y exteriorizada. Cuando el acto se produce, conforme a las disposiciones del derecho objetivo, su efecto jurídico, es llamado acto jurídico.

Este es el resultado de la conducta del hombre, pero no de cualquier conducta, sino de aquella que intencionalmente se ha querido y buscado, la realización de consecuencias jurídicas que se dan. Los actos jurídicos constituyen declaraciones de voluntad relativas a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica. No se liga a la sola voluntariedad del comportamiento humano, sino al posterior requisito de la llamada voluntad de los efectos. No es suficiente, como el hecho humano en general, que el sujeto haya querido el hecho, para que el efecto jurídico se produzca, es necesario que el sujeto haya querido también el efecto. Por supuesto debo señalar que: en los actos jurídicos interviene la voluntad humana, con la intención de producir los efectos en las normas jurídicas.

1.3. Diferencia entre hecho y acto jurídico.

Debo indicar que el elemento básico que diferencia el hecho y el acto jurídico consiste en que, ambos producen consecuencias en el mundo del derecho, pero solo el acto jurídico es el resultado de la voluntad del ser humano. “Entre todo hecho y acto jurídico existe la diferencia que hay entre el género y la especie. Todo acto jurídico – especie – es también hecho jurídico, – género –”⁶. En efecto: el acto jurídico es un acto voluntario y, por lo tanto, un hecho jurídico humano, lícito, que tiene como fin inmediato producir consecuencias de derecho.

Brebbia por su parte manifiesta: “Los conceptos de hecho jurídico y de supuesto jurídico es el acontecimiento, externo o humano, que se encuadra en el segundo supuesto jurídico descrito por la norma. Supuesto jurídico es el presupuesto o conjunto de presupuestos establecidos en la norma que, configurado, determina la producción de los efectos jurídicos”.

El supuesto jurídico es una hipótesis; el hecho jurídico, un acontecimiento real. De aquí que el primero esté constituido por tipos abstractos de comportamiento, y el segundo, por acontecimientos reales; de donde también surge que el supuesto jurídico está compuesto por un número limitado de notas que no pueden coincidir absolutamente con todos los elementos reales de los hechos descritos, de posibilidades infinitas, que nunca pueden ser captados en su totalidad por la norma. La tarea de subsunción del hecho en la norma consiste precisamente en determinar si aquél reúne las notas

⁶ Llambías, Jorge, “**Tratado de derecho civil**” Pág. 63

esenciales señaladas por la norma – que componen el supuesto jurídico –, aunque contenga otra serie de datos irrelevantes”⁷. En este orden de ideas, el hecho jurídico es ajeno a la voluntad; el acto en sentido jurídico es aquel en el que, de una manera u otra, el ordenamiento se plantea la eficacia jurídica de la voluntad de los particulares. Acto jurídico es un concepto suficiente para englobar tanto el acto jurídico en sentido estricto o acto no comercial y el negocio jurídico.

1.4. El contrato.

1.4.1. Concepto

Originalmente la voz *contractus*, no parece haber poseído un preciso significado técnico jurídico. Etimológicamente, *contractus* es el participio pasivo del verbo *contrahere*, por lo cual designa genéricamente lo contraído. Lo contraído es un negocio o, mas exactamente, una obligación. *Contractus* es, pues, aquella situación que da origen a ese especial *vinculum iuris*, en que la *obligatio subgatio*⁸.

El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 1517, establece que, “Hay contrato cuando dos o mas personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Mientras en que haciendo una comparación el código civil francés, dispone en su artículo 1101:

⁷ Brebbia, Roberto, “Actos Jurídicos”, Pág. 71.

⁸ Betti Galgano, Emilio, **Ob. Cit.**, Pág. 65

“El contrato es una convención por la cual una o mas personas se obligan, hacia otra o varias mas, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

El código civil argentino en su artículo 1137 preceptúa: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Por su parte el código civil italiano, en su artículo 1321 define al contrato de la siguiente manera: “El acuerdo de dos o mas partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídico-patrimonial”.

El código civil portugués, se refiere al contrato en su artículo 641 de la manera siguiente: “Contrato es el acuerdo por el cual dos o mas personas se transfieren entre sí algún derecho o se sujetan a una obligación”.

De las definiciones anteriores, infiero lo siguiente:

- a) Que el puro acuerdo de voluntades no es por sí solo generador de obligaciones; y,
- b) Que la reglamentación contractual no esta compuesta exclusivamente de reglas establecidas. En efecto, la mera voluntad de las partes no genera por sí sola obligaciones jurídicamente exigibles. Aunque una visión apegada a ciertas concepciones éticas vea en el contrato la proyección de la fidelidad a la palabra

dada, el deber de cumplir lo que previamente como deber se ha asumido, dando a la voluntad manifestada en un consenso entre dos o mas personas fuerza suficiente para exigirse jurídicamente el cumplimiento de lo pactado.

Anotado lo anterior, debo indicar que el contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no solo del derecho civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. Contemplado este último como una trama de contratos que los particulares celebran. Para lo cual diré que el derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Por supuesto estimo que las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados contra la libertad de la persona⁹.

Por otro lado el significado institucional esencial del contrato, como lo afirma López y López: "Consiste en ser un acto de autonomía, es decir un acto de autorregulación de los intereses de los particulares¹⁰. o sea autonomía privada contractual, es igual a autolegislación o autodisciplina de los propios intereses, cuyas referencias constitucionales también no son sabidas, al referirse a los Artículos 39 y 40 de Constitución Política de la República, relativos a la propiedad privada y a la libertad de industria, comercio y trabajo respectivamente, lo que supone necesariamente la libertad de iniciativa privada en el campo económico y la libertad a los individuos para constituirse en agentes económicos.

⁹ Díez-Picazo, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Pág. 73

¹⁰ López y López, A. y otros autores, "Derecho civil, Parte General", Pág..294.

1.5. La compraventa mercantil

1.5.1. Definición

La compraventa mercantil es la figura contractual que hace efectiva la mayor parte del tráfico comercial, ya que la actividad productiva, canalizada a través del comerciante intermediario, desemboca en el consumidor por medio de la compraventa. Se puede considerar a este contrato como el motor de la dinámica comercial que a su vez genera otro tipo de vinculaciones: bancarias, de seguros y fianzas, de títulos de crédito, etc.

La compraventa mercantil se encuentra regulada en el Código de Comercio Decreto número 2-70 del Congreso de la República, entre los Artículos 695 al 706. Esta normativa posee la particularidad o característica, que no desarrolla el contrato con la extensión que lo hace el Código Civil; particularidad que también suele observarse en la doctrina, pues los autores la tratan de manera somera y, cuando se extiende, suelen repetir conceptos o razonamientos ya expresados en los textos de derecho civil. Para lograr alcanzar un concepto de lo que es la compraventa mercantil, el código tampoco lo permite, ya que no es fácil, de primera intención, formular una idea de este contrato y señalar la diferencia exacta con la compraventa civil.

Es necesario conocer todo lo regulado por el Código de Comercio para estar en la posibilidad de formular un concepto correctamente válido. De los aspectos principales a determinar, es el hecho de poder asegurar si estamos o no, frente a una compraventa

mercantil. Hay que considerar inicialmente que la compraventa mercantil se da en masa, global y no en forma o de manera aislada, como sucede en el campo civil. Tomando en consideración el contenido de los artículos que regulan la compraventa mercantil, puedo indicar que este es el contrato mediante el cual el vendedor transfiere la propiedad de una mercadería o cosa mercantil al comprador, cuya obligación es pagar el precio.

1.5.2. Caracteres y elementos

La compraventa mercantil es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, principal y traslativo de dominio, cuyos elementos son:

- a) Personales: en la compraventa mercantil son el vendedor y el comprador. Ambos o uno de estos sujetos tiene que ser comerciante y actuando dentro de su actividad empresarial. La obligación del vendedor es entregar la mercadería o mercancías y la obligación del comprador es pagar el precio.

- b) Reales: los elementos reales son: la cosa y el precio. La cosa, son las mercaderías y, el precio la contraprestación a cargo del comprador. Este debe ser real y cierto; real para que el contrato no sea gratuito y cierto, en cuanto a que debe ser determinado o determinable por los contratantes.

c) Formales: la forma del contrato de compraventa varía según la mercadería enajenada. Si se trata de un vehículo automotor, necesariamente se hará a través de escritura pública; si se trata de algún electrodoméstico se puede hacer por documento privado con firmas legalizadas, la compra de una prenda de vestir, por una simple factura y la compra de un refresco es verbal. Por lo tanto no hay una fórmula general; depende del negocio en particular.

1.5.3. Especies de compraventa

En el derecho mercantil se incluyen como especies de este tipo de contrato, algunas figuras que son propias del Código Civil y que aparecen en el tráfico comercial. En el Código de Comercio citado anteriormente, se incluyen aquellas que están relacionadas con los artículos que norman las generalidades del contrato mercantil. Y dentro de esas especies, se citan las siguientes: Venta contra documentos, venta de cosas en tránsito, venta FOB, venta CIF, venta C y F, y otras especies.

Las modalidades anteriores, en su mayoría involucran los términos comerciales internacionales para contratar, en el entendido que, cuando se trata de transacciones de país a país, el significado puede ampliarse para así poder interpretar en su justa dimensión a los contratos. Aunque el presente trabajo de investigación se refiere al comercio internacional de mercaderías en tránsito, no está demás citar que a nivel local pueden darse otras modalidades del comercio, previstas en el Código Civil y que

operan comúnmente en el ámbito del comercio: compraventa al gusto o a prueba, Art. 1799; compraventa sobre muestras, Art.1800; compraventa expresando especie y calidad, Art. 1801; compraventa de cosas futuras, Art. 1805; compraventa con reserva de dominio, Art. 1834 y siguientes.-

1.5.4 El contrato en el sistema del derecho privado.

Para encuadrar al contrato dentro del sistema del derecho privado, hay que hacer un esbozo aunque sea sumario del significado técnico del mismo, relacionándolo con otras instituciones básicas de éste contrato y propiedad: El contrato es un mecanismo de circulación de la riqueza, bien en forma de cosas, bien en forma de servicios, por lo tanto resulta ineludible hacer referencia a la propiedad. En la visión del Código de Napoleón y, en general en los viejos códigos civiles y de acuerdo con la estructura económica de la época codificadora, la riqueza viene representada básicamente por la propiedad de cosas materiales, específicamente inmuebles.

Esta función se amplía hoy considerablemente: la propiedad urbana, la construcción inmobiliaria, la edificación de grandes hoteles, viviendas, complejos turísticos, urbanizaciones y la multipropiedad, solo se mueven a través de nuevas formas de compraventa, arrendamientos especiales, sociedades inmobiliarias, contratos financieros, etc. la figura de los contratos fiduciarios permite dissociar la titularidad dominical y la gestión del patrimonio del propietario.

La prestación de servicios tiene menor importancia y ello lo acusa la sistemática del Código de comercio guatemalteco, que dedica una mayor extensión y una más pormenorizada regulación a los que tienen como objeto la transmisión del dominio o de su disfrute: basta con ver la cantidad y la precisión de las normas dedicadas a la compraventa y a la donación y lo escueto de las que regulan la prestación de servicios y, en general, la inadecuación de los tipos dedicados a una actividad organizada en forma de empresa.

Pero hoy en día, hay que estimar que la situación está altamente alterada, por muchas razones entre las que destacan la emergencia de nuevas formas de riqueza, que no son representadas por cosas materiales, la crecida importancia, aún dentro de éstas, de la cosas muebles y el papel relevante que asumen en una economía mas moderna, las prestaciones de servicios. En estas condiciones, sin perder densidad el contrato como instrumento jurídico de circulación de la propiedad, el contrato mismo es el creador de posiciones jurídicas activas y pasivas que no se pueden fácilmente reconducir al esquema propietario: licencias industriales, opciones sobre inmuebles o acciones, operaciones de intermediación cada vez más complejas, sobre todo en el mundo financiero, circulación de los créditos, y en especial a través de los títulos, valores etc. Ello es causa de la progresiva inadecuación de las regulaciones codificadas a los nuevos fenómenos, con un florecimiento cada vez mayor de los contratos atípicos y de las normas especiales extramuros de los códigos de derecho privado.

La misma conexión entre derecho civil y derecho mercantil se resiente, pareciendo que la opción más de futuro es un nuevo derecho del tráfico económico, de características sensiblemente distintas al nacido en la época codificadora, bajo otros presupuestos económicos y sociales. A este respecto nos informa el doctor Guerra: “La mayor parte de la doctrina extranjera, se pronuncia a favor de la unificación del derecho de obligaciones y contratos, aunque difieran los cauces técnicos propuestos para ello. Con todo, si se modifica la perspectiva y se analiza el derecho positivo guatemalteco, se observa, además, que conviene desdramatizar el tema. En efecto, de un lado el derecho civil es tan poco formalista como el derecho mercantil y protege la seguridad del tráfico casi igual que el Código de Comercio. De igual forma los principios filosóficos que informan los contratos mercantiles, son extraídos de los principios regulados en el Código civil. Se ha afirmado por todo ello, que sería sencillo refundir las escasas especialidades mercantiles dentro de una normativa unificada sobre obligaciones y contratos.

En los países de tradición jurídica anglosajona no cabe plantear en rigor la separación entre derecho civil y derecho mercantil, porque la common law es un ordenamiento general que se aplica a todas las personas y a todas las relaciones jurídicas. La materia mercantil como la civil, está regida por el common law, como ordenamiento general y sujeto a la competencia de los tribunales ordinarios. La flexibilidad y capacidad de adaptación del sistema a las más variadas necesidades hace que no se sienta la necesidad de un derecho especial¹¹.

¹¹ Aguilar, Guerra, Vladimir, **Ob. Cit.** Pág. 50.

CAPÍTULO II

2. Nuevas condiciones de las relaciones comerciales internacionales

2.1. El Convenio de Viena

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, conocida como la Convención de Viena, no es el primer intento de armonizar un código de comercio internacional; sin embargo se encuentra precedido por una historia de esfuerzos de armonización que se remonta a principios del siglo veinte, pues en mil novecientos treinta se crea en Europa, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT; desarrollando su primer proyecto de ley de venta en mil novecientos treinta y cinco y reanudó sus esfuerzos en mil novecientos cincuenta y uno con la producción de un proyecto de código comercial que se distribuyó hasta principios de la década de mil novecientos sesenta.

La primera etapa intermedia que alcanzó éxito, fue en mil novecientos sesenta y cuatro, cuando en la Conferencia de La Haya aprobó se aprobó la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercaderías y la Ley Uniforme para la formación de los contratos. Sin embargo solamente un pequeño número de países ratificaron la Convención de la Haya y su aplicación se redujo estrictamente a los Estados miembros.

A pesar del fracaso parcial de los convenios de La Haya los esfuerzos internacionales para la armonización del derecho de venta seguían generándose; En mil novecientos

sesenta y seis las Naciones Unidas fundó la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, que dió prioridad al establecimiento de un régimen uniforme para el comercio internacional. Los esfuerzos de un grupo integrado por catorce naciones con el texto borrador de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías CNUDMI, que fue deliberado en la undécima sesión de la CNUDMI en mil novecientos setenta y ocho en Nueva York, y luego distribuido entre los gobiernos de los Estados miembros de la ONU para sus opiniones y comentarios. En mil novecientos ochenta, se celebró la Convención de Viena y entró en vigor en 1988. Hoy en día casi sesenta países han adoptado este Convenio Internacional de Mercaderías entre los que son la mayoría de los estados miembros de la Unión Europea – no el Reino Unido –, EE.UU., Canadá, Australia y otras.

La Convención de Viena se basa sobre el reconocimiento que los Estados parte realizan del reconocimiento de la importancia que tienen los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales; advirtiendo además que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma pacta sunt servanda están universalmente reconocidos; afirmando también que las controversias relativas a los tratados, al igual que las demás controversias internacionales deben resolverse por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional; teniendo presentes los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los

principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades; convencidos de que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados logrados en esta Convención contribuirán a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas enunciados en la Carta, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional; y, por supuesto reconociendo que las normas de derecho internacional consuetudinario continuaran rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de esta Convención.

A través de la Convención de Viena, los Estados parte convinieron en que cada una de las reglas jurídicas son tributarias de una realidad socioeconómica y política, así como de unas circunstancias fácticas que en ningún momento pueden desdeñarse. La descontextualización de un ordenamiento jurídico, la ignorancia de su marco etiológico natural, provoca la pérdida de un importante elemento de comprensión. Por eso el jurista empeñado en el estudio e interpretación de las normas de un cuerpo legal determinado debe tomar en consideración las razones de fondo que justificaron su nacimiento. Esta aproximación metodológica al derecho demuestra ser especialmente eficaz cuando nos enfrentamos a un texto consensuado internacionalmente, sobre todo debido a la secular tendencia de los juristas a acoger con desconfianza cualquier



convenio que no refleje de forma fidedigna los principios o técnicas de sus propios ordenamientos locales.

La interrogante que surge de lo anteriormente anotado, sería que si ya se cuenta con un régimen jurídico que determina la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa, ¿por qué razón habría ahora que adaptarse a una regulación distinta y compleja como la recogida en la Convención de Viena?, ¿Por qué no continuar confiando la regulación de estos problemas al derecho nacional y aparentemente seguro?

Para dar respuesta a las interrogantes anteriores, es necesario conocer las circunstancias últimas que provocaron el nacimiento de las normas sobre el riesgo en la Convención de Viena. Su conocimiento no solo ayudará a entender la existencia del Convenio, sino que facilitará la comprensión de las soluciones legales aportadas y de la metodología técnico-jurídica empleada en la redacción de los artículos del nuevo texto uniforme. Por todo esto, vale la pena previamente explicar las causas que dieron lugar a la creación del capítulo VI de la Convención que se refiere estrictamente a la transmisión del riesgo.

Por lo cual empezaré indicando que la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías es uno de los cuerpos jurídicos internacionales más importantes y vivos que se ha concluido en el campo de la unificación del derecho

sustantivo, regula el problema de la transmisión del riesgo a lo largo de un capítulo decididamente moderno, innovador y complejo.

Las reglas sobre transmisión del riesgo en la Convención de Viena se contienen en el capítulo IV que se dedica exclusivamente a este tema en sus artículos 66 al 70. La Convención fue redactada teniendo en mente la existencia de los INCOTERMS 2000, los cuales establecen una serie de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más usados en el comercio. Se refieren al paso del riesgo, así como a la distribución de los gastos del transporte entre compradores y vendedores; y en algunos casos a la obligación de contratar los seguros.

La transmisión del riesgo envuelve una cuestión sencilla que, sin embargo, resulta muy difícil de responder: ¿quién se hace responsable cuando las mercancías se pierden o deterioran? La respuesta bajo la Convención de Viena es que la pérdida la soporta el comprador cuando los daños o la pérdida de las mercancías se producen una vez que el riesgo se le ha transmitido, a menos que se deba a un acto u omisión del vendedor. La pérdida es económica, ya que las mercancías se pierden, pero la parte que soporta el riesgo no sólo las pierde sino que además ha de pagar el precio de las mismas – aunque las reciba deterioradas o nunca las reciba – o habrá de entregar las mercancías por segunda vez, recibiendo únicamente una contraprestación equivalente a una de ellas. Estas consecuencias se ven en gran medida mitigadas por la circunstancia de que las partes contratarán seguros cubriendo contingencias que den lugar a la pérdida o al deterioro de las mercancías, lo cual no evita que alguien tenga



que pagar esos seguros, ni que la parte que asume el riesgo tenga la carga de tener que reclamar al asegurador.

Como indicaba, la cuestión acerca de quién asume la pérdida o deterioro de las mercancías se contesta mediante el establecimiento del momento exacto en que la transmisión del riesgo se produce. El objetivo de los Artículos 67 a 69 de el Convenio de Viena es precisamente el de determinar ese momento.

2.2. Falta de actualización de la ley nacional

Los códigos creados en el ámbito de una economía prominentemente agrícola y artesanal, de mínimas exigencias productivas y de gran proyección para el consumo directo y nacional, responden a una realidad comercial largamente superada en la actualidad. Hoy en día, el desarrollo de los medios de comunicación el crecimiento de la industria y de la tecnología y la expansión generalizada de los mercados mas allá de las fronteras nacionales, ha provocado un espectacular incremento del comercio internacional, el cual ha alcanzado unas cuotas de intercambio prácticamente impensables hace unas cuantas décadas. Actualmente, en la sociedad de vendedores y compradores, millones de productos se exportan e importan de manera usual y cotidianamente, a lo largo y ancho del mundo, a través de unas complejas operaciones mercantiles que incluyen el transporte, el aseguramiento de las mercancías, etc. La compraventa se compone típicamente de una pluralidad de operaciones en las que

participan una pluralidad de sujetos: vendedor y comprador en primer lugar, pero también comisionarios, transportistas, aseguradores, bancos de financiamiento etc.

La compraventa sigue siendo el instrumento básico mediante el que se produce tal intercambio de mercaderías; es decir el entramado de negocios jurídicos que se desarrollan en las operaciones de importación y exportación del comercio internacional tienen su fundamento básico en el contrato de compraventa, sin el cual aquellos no tendrían razón de existir.

Estimo que, las clásicas normas que regulan la institución de la compraventa se han mostrado obsoletas e inadecuadas para hacer frente a los nuevos problemas que plantea este convenio de Viena, deficiencias que explico a continuación:

- a) El contrato de compraventa que el legislador reguló, se aleja del que hoy en día se utiliza en el tráfico internacional mercantil. La compraventa en plaza, es decir, aquella en la que el comprador se obliga a recoger las mercaderías en el establecimiento comercial del vendedor, es el supuesto arquetipo recogido en el Código de Comercio. Sin embargo, actualmente este tipo de compraventas no constituye más que una situación residual, casi excepcional en el comercio internacional. Hoy en día las compraventas que implican un transporte de las mercaderías – compraventa con entrega indirecta – predominan abundantemente en el tráfico mercantil y, su diferente estructura interna provoca

problemas sui generis difícilmente solucionables en el marco de nuestro actual código.

- b) La cuestión del riesgo en la compraventa internacional es en sí misma mucho más compleja e importante que en la que se desenvuelve en el espacio limitado del territorio nacional. Efectivamente, en la compraventa interna las partes contratan de forma personal en el domicilio del vendedor y, habitualmente, el comprador toma posesión de los bienes de forma inmediata o en un período de tiempo relativamente reducido, por lo que la existencia de los riesgos queda bastante limitada. Ahora bien, puesto que en la compraventa internacional los contratantes se encuentran en dos países diferentes, entre el momento de la perfección del contrato y el de la entrega definitiva de las mercaderías puede transcurrir un largo período de tiempo durante el cual éstas sufrirán la exposición continuada a una serie indefinida de potenciales riesgos fortuitos. Es decir, la posibilidad que las mercaderías se pierdan o dañen a causa de robo, accidente, intervención pública se incrementa muy considerablemente cuando la compraventa viene caracterizada por la nota de internacionalidad.
- c) La complejidad de los medios de transporte empleados para otorgar la posesión de las mercaderías al comprador ha planteado serios problemas en relación a la cuestión de los riesgos. El desarrollo y expansión del fenómeno de la containerización y de los transportes combinados, como la carga y descarga completa o el transporte multimodal, ha modificado radicalmente el escenario del

transporte internacional de mercaderías. En la actualidad no es extraño que los bienes vendidos sean transportados a lo largo de prolongados viajes a través de distintos medios de locomoción, como camiones, trenes, barcos o aviones. Esto, no solamente aumenta de forma importante la posibilidad de que los riesgos acaezcan, sino que provoca desagradables problemas en la determinación del momento exacto de la transmisión de los riesgos.

2.3. Falencias de la legislación guatemalteca para determinar el momento de la transmisión del riesgo

En el derecho comparado es común vincular la transferencia de los riesgos a la verificación del cumplimiento de un determinado evento del curso vital del contrato, básicamente, la transmisión de la propiedad o la entrega de las mercaderías; sin embargo personalmente discrepo de estos criterios por las siguientes razones:

- a) El criterio de la conclusión del contrato aparecen en varios ordenamiento jurídicos como un reflejo de la poderosa regla romana – *periculum est emptoris* –. La doctrina española en su mayoría, opina que la oscura norma recogida en el Artículo 1452 del Código Civil español establece que el riesgo se transmite al comprador desde el momento de la conclusión del contrato. Estimo que esta regla, además de plantear en primer lugar el problema de determinar el momento exacto de la conclusión de un contrato entre partes ausentes, podría provocar resultados injustos. Así, cuando

el contrato ha sido concluido las mercaderías se encuentran el poder del vendedor, por que no tiene sentido atribuir desde ese momento el riesgo de pérdida o deterioro fortuito a la parte que carece del control o acceso directo sobre aquellas; por otra parte, la compraventa internacional normalmente tiene por objeto cosas genéricas, bienes que ni siquiera han sido manufacturados o especificados, y cuyo riesgo debe imputarse exclusivamente al comprador desde el momento de su identificación, no desde la conclusión del contrato.

- b) El criterio de la propiedad otorga los riesgos a aquella parte que tiene la titularidad de dominio de las mercaderías. La Convención de Viena ha rechazado su utilización por varias razones: se trata de un criterio que no tiene en cuenta las exigencias del moderno tráfico internacional de mercaderías, el concepto de propiedad no es el mas indicado, ya que su amplitud y abstracción provoca numerosas dudas, la variedad de los sistemas transmisivos de la propiedad previstos en el derecho comparado constituye un obstáculo insalvable en el proceso unificador, por último parece claro que la cuestión de los riesgos debe plantearse en un plano puramente obligacional – *periculum obligatinis* –, no jurídico-real; o como se afirma: “El problema no reside en determinar que patrimonio debe soportar el riesgo de la pérdida física de la cosa, ya que está claro que ésta perece siempre para su dueño y demás titulares de derechos reales sobre la misma¹². En el mismo sentido, pareciera que la Convención de Viena no tiene en cuenta los efectos reales del contrato de compraventa y, particularmente, el de la propiedad; la disciplina

¹² Diez-Picazo, L. y Ponce De León, **Ob. Cit.**, Pág. 515.

uniforme se centra en los efectos obligatorios del contrato y en particular sobre la obligación de entrega a la que se vincula la transmisión de los riesgos.

- c) El criterio de la entrega contenido en el derecho alemán y en la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de 1964 manifiesta que: “Artículo 97.1 Los riesgos se transmitirán al comprador desde que la entrega de la cosa tiene lugar en las condiciones previstas en el contrato y en la presente ley”. Este criterio ha sido objeto de críticas por las siguientes causas: se trata de un concepto genérico y abstracto que es utilizado en muy distintas normas jurídicas a lo largo del texto uniforme, el criterio provoca graves problemas cuando se pretende traducir de una lengua a otra; el propio principio general de la transmisión del riesgo con la entrega aparece continuamente excepcionado.

2.4. Conveniencia de aproximar nuestra legislación interna al contenido de la Convención de Viena

En este punto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – UNCITRAL – podría haber dirigido sus esfuerzos hacia la búsqueda de un nuevo criterio general mas adecuado y aceptable para la comunidad internacional, como la puesta a disposición de las mercaderías, la asunción de los gastos de transporte y/o contratación de una póliza de seguro, la entrega de los documentos, etc. Sin embargo se puso de manifiesto que el problema de fondo no residía en la posible

insuficiencia de un determinado criterio abstracto, sino en la incompetencia del propio planteamiento metodológico en cuestión.

Como lo indiqué anteriormente, el legislador nacional al redactar la legislación mercantil, recurrió a conceptos jurídicos apriorísticos, abstractos y generales que, a causa de su limitada flexibilidad, difícilmente pueden adaptarse a las cambiantes condiciones de la realidad comercial. Es decir que una norma jurídica elaborada bajo un criterio sintético difícilmente puede otorgar soluciones igualmente válidas para las modalidades que del contrato de compraventa internacional van surgiendo a través del tiempo, su utilización deber ser continuamente excepcionada, dando lugar, tal y como se pone de manifiesto en la Convención de las Naciones Unidas Para el Comercio Internacional, a una situación incongruente en la que la regla general se convierte habitualmente en excepción. Todo lo anteriormente anotado me hace establecer que, es necesario abandonar esta clásica técnica legislativa sustituyéndola por una nueva metodología de elaboración de la norma jurídica en materia de derecho mercantil. La nueva técnica que ha sido adoptada por la Convención de Viena se denomina aproximación tipológica, esto es, técnica tipológica o analítica, y consiste en determinar el paso del riesgo en cada una de las distintas situaciones que la realidad del comercio internacional ofrece. Es decir, en vez de establecer un único criterio jurídico de atribución del riesgo, se describen en la ley detalladamente los supuestos que con mayor frecuencia se presentan en el tráfico mercantil para, a continuación, determinar caso a caso el momento exacto en el comprador comienza a asumir el riesgo. De esta forma, cada una de las situaciones que se pueden dar en la compraventa internacional

contará con una solución propia, coherente y adecuada a la realidad comercial del supuesto de hecho planteado. Esta fórmula subyace en la redacción del Código Comercial Uniforme Norteamericano y a pesar de que en general ha sido muy bien acogida por la doctrina jurídica, no está exenta de problemas. Por un lado, prácticamente imposible que un conjunto de normas legales, por muy detalladas y completas que sean, pueda captar la riqueza de las formas y situaciones en las que la compraventa internacional se desenvuelve. De hecho, ya se ha afirmado que la ausencia de un régimen específico para la transmisión del riesgo en el caso de las ventas múltiples de mercaderías durante el transporte constituye el talón de Aquiles de la Convención de Viena. Por otro lado, la aparición de nuevas formas o variantes de la compraventa internacional provocará de inmediato la obsolescencia del régimen uniforme, que tendrá que someterse continuamente a revisiones constantes.





CAPÍTULO III

3. La transmisión del riesgo

3.1. Concepto técnico-jurídico

Una de las cuestiones de mayor importancia práctica en el comercio internacional es la de fijar cual de las partes corre con los riesgos por el deterioro o pérdida que sufran las mercaderías 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. Por lo general, las partes definen en el contrato cuál de ellas correrá con 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 CIF, FOB, o algún otro comúnmente usado. El término riesgo, a causa de la vaguedad y amplitud de su propio contenido, viene siendo utilizado asiduamente y con muy diferentes sentidos, no solo en el lenguaje común, sino incluso en el propio ámbito jurídico.

Efectivamente puede afirmarse que actualmente la doctrina jurídica contemporánea ha acuñado expresiones como gestión de riesgos, distribución de riesgos, o control de riesgos, que en el fondo no son más que invocaciones imprecisas de un término muy flexible. Los partidarios del método jurídico del análisis económico del derecho utilizan el concepto riesgo para justificar y clarificar ciertas consecuencias derivadas del



incumplimiento del contrato. Afirmando que la finalidad del contrato es la de distribuir entre las partes las diferentes pérdidas y riesgos que pueden resultar de la relación contractual.

El supuesto de hecho clásico de riesgo surge cuando la obligación del deudor de entregar una cosa determinada deviene total o parcialmente imposible por una causa no imputable a él. El problema central que se plantea en ese momento reside en determinar qué efectos tiene en los contratos bilaterales la liberación del deudor de su deber de entregar la específica mercadería sobre la correlativa obligación del comprador de pagar el precio. Es decir, con la expresión transmisión del riesgo, realmente se hace referencia al momento en que el riesgo de la contraprestación se consolida en el comprador.

El texto uniforme despeja cualquier tipo de duda sobre el alcance de la expresión, el riesgo regulado en los Artículos del 66 al 70 de la Convención de las Naciones Unidas Para el Comercio Internacional, es el de la contraprestación, una vez transmitido el riesgo, debe pagar el precio de las mercaderías siempre y cuando la pérdida o deterioro que hayan sufrido no se deba a un acto u omisión del vendedor. Este precepto no es más que la conclusión natural del Artículo 36 de dicha Convención que establece que el vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador. Si las mercaderías ya eran inapropiadas antes de la transmisión del riesgo, el vendedor será responsable y, por ello, el comprador podrá disponer plenamente de todas las acciones o derechos que la



Convención pone a su disposición. El vendedor también responderá por las pérdidas o daños que sufran los bienes como consecuencia de un vicio inherente a las mercaderías, aunque tal deterioro se haya producido con posterioridad a la transmisión del riesgo al comprador. Debe quedar claro que en todos los casos en que el vendedor incumple con su obligación de entregar mercaderías conformes, con independencia del momento en el que dicha falta de conformidad se ponga de manifiesto, nace la responsabilidad del vendedor. Por lo tanto, si la destrucción ha sido causada por un vicio previo de las mercaderías, como el embalaje defectuoso o la baja calidad de los productos vendidos, en ningún caso se plantea el problema técnico del riesgo, sino el de la responsabilidad del vendedor por incumplimiento de su obligación básica de entregar mercaderías inconformes. Previo a abordar la exégesis de cada uno de los preceptos recogidos en la Convención de Viena, es necesario realizar un par de aclaraciones que permitirán comprender el régimen del riesgo en la compraventa internacional.

Hoy por hoy en la actualidad, cuando se concluye un contrato de compraventa internacional de mercaderías que deben transportarse, el vendedor suele entregar al comprador una póliza de seguros endosada a nombre de éste último – venta CIF –. Al contrario de lo que ocurría en el pasado, al comprador le puede resultar indiferente si asume o no el riesgo, ya que, finalmente, la cobertura de la póliza que aseguró las mercaderías durante el transporte le garantizará el derecho a recuperar el precio que ha pagado por los bienes destruidos o deteriorados. El seguro, explica el autor Alonso



Pérez: “hace que hoy la solución de los riesgos preocupe menos¹³. De esta manera, se infiere que, “la figura asegurativa ha introducido un elemento novedoso en el esquema de la transmisión de los riesgos que, en cierto modo, ha modificado su estructura funcional clásica. Efectivamente, el riesgo se ha consolidado como un fenómeno de carga financiera¹⁴ Lo cual significa que esta institución sigue manteniendo su importancia como criterio para determinar cual de los contratantes debe pagar la prima de seguros.

Al ceñirse al significado literal y estricto de estos términos empleados en el precepto, se deduce que la pérdida o deterioro se identifica con la desaparición, menoscabo o defectos físicos sufridos por las mercaderías a causa de eventos fortuitos o imprevistos. Ahora bien, esta concepción puramente material es insuficiente para comprender la rica variedad de situaciones de riesgo que actualmente amenazan a las mercancías en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales

3.2. Excepción a la norma general

La Convención de Viena, recoge en su Artículo 66 un principio generalmente aceptado en los distintos sistemas de derecho comparado, el cual establece que el adquirente soporta el riesgo de destrucción o menoscabo de las mercaderías a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor. Cuando la causa última de la pérdida o

¹³ Alonzo, Pérez, Mariano, **Ob. Cit.**, Pág. 469

¹⁴ Alcover, Garau, G. “**La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil**” Pág. 174

deterioro sea imputable a una acción u omisión del vendedor, parece lógico que deje de gravar sobre el comprador la obligación de desembolsar el precio de las mercaderías, hasta que no se resuelva la cuestión del destino final de la obligación del vendedor. El destino de esta prestación dependerá de las acciones ejercitadas en cada caso por el comprador. Del contenido de este mismo artículo se deduce que, una vez transmitido el riesgo, el comprador puede ejercer las acciones que le competan por la pérdida o el deterioro de las mercaderías debidos a la actividad del vendedor. El problema de la transmisión del riesgo aparece cuando las mercancías se pierden o merman por caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otra circunstancia no imputable a la persona del deudor. Si por el contrario, la pérdida ha sido provocada por el vendedor, este no quedará liberado de su obligación de entregar mercaderías conformes y, por lo tanto, se planteará propiamente un problema de responsabilidad, no de riesgo. O como bien se indica: “En realidad aquí no hay riesgo, sino responsabilidad del vendedor por una conducta causante de daño y a él imputable.”¹⁵

Sin embargo debo indicar que esta norma queda considerablemente opacada ante las nuevas condiciones surgidas en la realidad contractual contemporánea. En el fondo este artículo refleja un modelo de compraventa actualmente superado en la contratación internacional.

Bajo la aparente claridad del Artículo 49 de la Convención, se esconde sin embargo una difícil cuestión que divide la doctrina jurídica: ¿es necesario que ese acto u omisión

¹⁵ Olivencia Ruiz, Manuel, “Manual, derechos y obligaciones del vendedor y transmisión de los riesgos” Pág. 73.

constituya a su vez un incumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato, o, por el contrario, el Artículo 66 de dicha Convención comprende cualquier conducta del vendedor causante de una pérdida o deterioro? Es preciso advertir que, nuevamente la situación planteada genera una polémica en un plano más doctrinal y científico que real, ya que normalmente los actos u omisiones que provocan la destrucción o menoscabo de las mercaderías constituyen a su vez un incumplimiento de una obligación contractual. Por ejemplo, si un envío de ordenadores sufrió graves deterioros durante el transporte debido a las deficiencias de los embalajes utilizados en su protección, se estaría ante un acto u omisión del vendedor que ha provocado el daño – Artículo 66 – y que constituye un incumplimiento de una obligación contractual – Artículo 35 –. No obstante, en los excepcionales casos en los que esto no suceda, la cuestión planteada tendrá una importancia fundamental para determinar cual de los contratantes debe asumir los riesgos de la relación contractual. Según los partidarios de la interpretación restrictiva, la excepción del Artículo 66 se refiere exclusivamente a los actos u omisiones que constituyan un incumplimiento del vendedor de cualquiera de sus obligaciones, principales o accesorias, que derivan del contrato. En caso contrario, el comprador seguirá asumiendo el riesgo de la contraprestación debida, sin perjuicio de la posible responsabilidad extracontractual del vendedor. El argumento básico en el que se sustenta este criterio viene constituido por la lógica conexión entre los Artículos 66 y 36.2 de la Convención. Puesto que este último precepto establece que el vendedor responderá por toda falta de conformidad de las mercaderías ocurrida con posterioridad a la transmisión del riesgo que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones contractuales, podría sostenerse entonces que resulta



incoherente afirmar que en el Artículo 66 se contempla la posibilidad excepcional de que el vendedor responda – una vez transmitido el riesgo al comprador – por las pérdidas o deterioros causados por una acción u omisión no constitutiva de incumplimiento contractual. Desde luego, a simple vista el argumento parece contundente.

Sin embargo, resulta mas adecuada la interpretación extensiva del Artículo 66. Efectivamente sostiene la mayoría de la doctrina que la excepción del citado precepto debe extenderse a cualquier acto u omisión del vendedor, incluso a aquellos que no constituyan incumplimiento de algunas de sus específicas obligaciones contractuales. La interpretación extensiva, parece contar con un importante apoyo de razones justificativas.

La interpretación histórico-legislativa del Artículo 66 de la Convención de las Naciones Unidas Para el Comercio Internacional, demuestra que en ningún momento los redactores tuvieron la intención de restringir el ámbito de aplicación de la excepción. De hecho durante las deliberaciones llevadas a cabo en UNCITRAL sobre el proyecto de Convención, se rechazó una propuesta que pretendía limitar la excepción de la norma general de los actos u omisiones que constituyeran un incumplimiento del contrato. Por otro lado, en los comentarios realizados por la Secretaría se afirma literalmente que: “el vendedor puede causar pérdida o deterioro de las mercaderías por un acto u omisión que no presente un incumplimiento de sus obligaciones en virtud del contrato”. Dicho comentario cita un ejemplo en que se realiza una interpretación

extensiva del Artículo 66. tal es el caso por ejemplo cuando: en una compraventa FOB, el vendedor deteriora las mercaderías en el puesto de descarga cuando está recobrando sus contenedores. Teniendo en cuenta que en ese tipo de ventas el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que los bienes pasan a la borda del barco, una interpretación restrictiva del Artículo 66 obligaría al comprador a pagar el precio de las mercaderías, ya que la conducta del vendedor que provocó el daño no es constitutiva de un incumplimiento contractual. Sin embargo, el Secretariado entiende que en este caso el comprador no estará obligado a pagar el precio establecido en el contrato, sino que tendrá derecho a reducir la cuantía de los daños y perjuicios, calculable en virtud de la legislación aplicable sobre hechos dolosos.

La interpretación extensiva permite otorgar protección a un comprador que, de otra forma, podría estar desamparado en ciertas ocasiones en que el deterioro de las mercaderías tiene lugar como consecuencia de una acción del vendedor no constitutiva de incumplimiento contractual. En este supuesto, el comprador no puede ejercer los recursos que el texto uniforme le ofrece en los Artículos 46 al 52, debido a la ausencia de un requisito clave expresamente exigido por el párrafo 2º. del Artículo 36, que establece que: “la responsabilidad del vendedor provocada por un comportamiento que pueda ser considerado como la violación de una de sus obligaciones contractuales”. Es decir, la única posibilidad que tendrá este comprador será la de no pagar el precio de las mercaderías ex Artículo 66. Alcocer Garau considera que, “la protección del comprador puede lograrse igualmente mediante una interpretación restrictiva del Artículo 66, puesto que en cualquier caso el comprador puede acudir a las reglas

aplicables sobre responsabilidad extracontractual”.¹⁶ No obstante, se opina por otro lado, que: “a nosotros nos parece que hay una diferencia notable en el grado de protección otorgada, ya que mientras la interpretación extensiva atribuye al comprador el derecho a negarse a pagar el precio, la restrictiva le obliga a desembolsar su importe aunque, posteriormente, tenga la posibilidad de demandar judicialmente al vendedor por los daños causados. Teniendo en cuenta que en el ámbito internacional un procedimiento de este tipo suele resultar muy gravoso --- tanto desde el punto de vista económico como temporal -- y complejo -- debido, entre otras cosas, a la incertidumbre sobre el derecho aplicable a la situación planteada --, entendemos que la primera interpretación protege los intereses del acreedor de la prestación de entregar que, no olvidemos, es la parte que no ha incumplido aún ninguna obligación.”¹⁷

La razón de tal distinción parece clara, los redactores de la Convención de Viena pretendieron introducir un régimen especial en el ámbito de la responsabilidad, ya que no tiene sentido hacer responsable al vendedor por un acto y omisión que ni siquiera implique un incumplimiento de algunas de sus obligaciones contractuales.

Extender el supuesto de hecho del riesgo a las pérdidas o daños provocados por una actuación del vendedor que no constituya un incumplimiento contractual, equivaldría a desnaturalizar de forma radical el instituto clásico del riesgo tal como ha venido siendo conocido hasta el momento actual. El problema del riesgo se plantea en todos los sistemas de derecho comparado cuando los bienes objeto del contrato sufren una

¹⁶ Alcover, Garau, Gary. **Ob. Cit.**, Pág. 126.

¹⁷ Oliva, Blásquez, Fidel, “**La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías**”, Pág 67.

destrucción o menoscabo por caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otra circunstancia no imputable al vendedor. Es decir, si el daño es causado por una acción de este último, la cuestión de los riesgos ni siquiera se plantea y todo ello independientemente de que su comportamiento constituya a su vez un incumplimiento de una obligación contractual.

Así pues, la interpretación restrictiva conduce a una aplicación absolutamente novedosa de la disciplina del riesgo. No obstante, nada impide que la Convención de Viena haya pretendido abrogar la concepción histórica del riesgo, pero, teniendo en cuenta la trascendencia que una innovación de tal calibre tendría, creo que los redactores de la Convención la habrían establecido en forma explícita.

Así pues, cualquier acción u omisión del vendedor que haya provocado la pérdida o deterioro de las mercaderías una vez transmitido el riesgo, liberará al comprador de su obligación de pagar el precio. No obstante, si dicho comportamiento fuese a su vez constitutivo de incumplimiento de una obligación contractual, el vendedor, sería el responsable por los daños causados ex Artículo 36.2 y, en consecuencia, el comprador tendría a su disposición todos los medios legales que la convención de Viena le otorga en los Artículos 46 al 52. Finalmente conviene señalar que, si la pérdida o deterioro se ha producido como consecuencia de un acto del vendedor conforme a derecho, como por ejemplo, el ejercicio legítimo de una facultad que le ha sido otorgada legalmente, la excepción no debe entrar en juego. Por ejemplo, si el vendedor retiene las mercaderías en tránsito por resultar manifiesto que el comprador no cumplirá con su obligación de



pagar el precio a causa de su conocida insolvencia – Artículo 71.1 (a) – y, como consecuencia de dicha retención, las mercaderías sufren ciertos deterioros, el comprador seguirá estando obligado a desembolsar el importe total de los bienes adquiridos”.¹⁸ Igualmente, si en el supuesto residual de compraventa en plaza, el comprador no se hace cargo de las mercaderías a su debido tiempo y, en el momento en que el vendedor procede a depositarlas en el almacén de un tercero para asegurar su conservación – Artículos 85 y 86 – éstas sufren un daño o deterioro, el comprador deberá pagar el precio ex Artículos 66 y 69.”¹⁹ “Por el contrario, en las situaciones en las que el vendedor haya actuado de buena fe y con la intención de proteger los intereses legítimos del comprador, pero sin el amparo jurídico suficiente, seguirá siendo válida la excepción. Imaginémonos que un vendedor envía diez mil camisas de una clase determinada y, mientras están siendo transportadas, descubre que las unidades pueden sufrir de un defecto de fábrica detectado en un conjunto de camisas de idéntico modelo fabricadas en el mismo período de tiempo. Con la finalidad de comprobar y subsanar los posibles defectos, el vendedor ordena que los camiones que portan las mercaderías se detengan en un punto intermedio del trayecto, momento en el que las cajas que contienen las mercaderías, son robadas. En este caso, puesto que la actuación del vendedor no constituía el ejercicio legítimo de un derecho, el comprador quedará liberado de su obligación de pagar el precio.”²⁰ Lo mismo ocurrirá si el vendedor evaluó equivocadamente la presunta insolvencia del comprador causante de la detención de las mercaderías.

¹⁸ Alcover, Garau, Gary, **Ob. Cit.**, Pág. 123.

¹⁹ Enderlein, Fritz, Maskow, Ditrich. **Internationale Sales Law**, Pá. 263

²⁰ Neumayer, Karl H., Ming, Catherine, **Conventions de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises**, Pág. 422.

3.3. El momento de la transmisión del riesgo

3.3.1. Determinación de la transmisión del riesgo

El riesgo consiste básicamente, en la merma patrimonial que ha de sufrir el comprador o el vendedor por el deterioro o pérdida de las mercaderías, sobrevenidos por causas que no sean imputables a un acto u omisión de uno de ellos. Cuando sobreviene el extravío o daño de las mercaderías, es necesario dilucidar cuál fue el motivo que los provocó. Si la causa fue la conducta activa – actos – o pasiva – omisiones – de una de las partes, la pérdida o deterioro tendrá que ser reparada por la parte que resulta responsable del acuerdo estipulado en 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 el primer supuesto, la pérdida o deterioro de las mercaderías se plantea como un asunto de incumplimiento contractual y, en el segundo, como un verdadero caso de atribución de riesgo.

3.3.1.1. Convención de Viena

Los Artículos del 67 al 69 establecen el momento a partir del cual el comprador asume el riesgo de cualquier pérdida o deterioro producido por caso fortuito. Coincide la doctrina jurídica en afirmar que la disciplina de la Convención responde esencialmente

a las exigencias objetivas del tráfico, es decir, a las necesidades de la práctica y de la realidad comercial. Las normas que regulan la transmisión del riesgo responden a preguntas como éstas: ¿quién está en mejor situación para proteger las mercaderías?, ¿quién puede asegurar las mercaderías a un precio más bajo?, ¿quién puede evaluar con mayor facilidad los daños sufridos y reclamar a la compañía aseguradora o, en su caso al transportista?, ¿Qué reglas pueden minimizar los litigios entre las partes? La respuesta a estas cuestiones constituye un test más idóneo para determinar, caso a caso, cuál de los dos contratantes es el adecuado para soportar la carga de los riesgos.

La Convención de Viena elimina, como principio metodológico jurídico previo, cualquier dependencia de la transmisión del riesgo a un criterio o concepto general. El hecho de que en algunos supuestos el comprador asuma el riesgo, Artículo 67.1, en el mismo momento en el que se considera que el vendedor cumple su obligación de entrega, Artículo 31 (a), no significa que los redactores de la Convención de Viena hayan vinculado la transmisión del riesgo a la entrega. Realmente, la coincidencia se debe a que ambos momentos se cruzan en la realidad de la práctica comercial que inspira el régimen del nuevo texto uniforme.

Es posible inferir la presencia de dos criterios que inspiran todo este régimen jurídico: el control y el aseguramiento. Normalmente asume el riesgo aquel contratante que tiene el control de las mercaderías, ya que será el que tenga la posibilidad de asegurarlas en contra los eventos fortuitos, de custodiarlas para evitar que sean dañadas, de reclamar a la compañía aseguradora en caso de destrucción, etc., no obstante, es importante

precisar que, el control es un principio inmanente al régimen jurídico de la transmisión de los riesgos, pero en ningún caso un propio criterio de transmisión.

3.3.1.2. Código de Comercio de Guatemala

Todo lo relativo al Contrato de Compraventa Internacional, lo norma el código citado, en el título II Contratos Mercantiles en Particular, específicamente en el Capítulo I De la compra venta mercantil, del Artículo 695 al 706. Al analizar con mas detenimiento como esta normativa trata lo concerniente a la transmisión del riesgo; de esa cuenta el Artículo 695 se refiere a las ventas contra documentos, refiriéndose así: "...el vendedor cumplirá su obligación de entrega, remitiendo al comprador, los títulos representativos de las mercaderías y los demás documentos indicados en el contrato o exigidos por el mismo..." en el segundo párrafo de este mismo artículo dice: "....Salvo pacto en contrario, el pago del precio deberá hacerse en el momento en que se entreguen los documentos, sin que el comprador pueda negarse a efectuar el mismo, alegando defectos relativos a la calidad o al estado de las cosas a no ser que tenga prueba de ello...." este artículo genera incertidumbre por la inseguridad de la norma, no señala exactamente a partir de cuando se transmite el riesgo, ni a cuenta de quien corre. El comprador queda jurídicamente desamparado, ya que mientras no haya recibido las mercaderías, no puede tener pruebas del estado en que estas se encuentran y que si hubo deterioro, habría que probar si fue por mal embalaje o mal manejo y tratamiento durante el transporte. Referente a los documentos relacionados con las mercaderías, se deberá determinar en ellos las condiciones establecidas en el contrato.

De similar manera se norma lo relativo a las cosas en tránsito, Artículo 696 del Código de Comercio cuando establece: “Si las cosas se encuentran en tránsito y entre los documentos entregados, figura la póliza del seguro de transporte, los riesgos se entenderá a cargo del comprador, desde el momento de la entrega de las mercaderías al porteador, a no ser que el vendedor supiere, al tiempo de celebrar el contrato, la pérdida o avería de las cosas y lo hubiere ocultado al comprador.....”.

Este artículo al igual que el anteriormente citado, también deja sin a protección jurídica al comprador, quien corre todos los riesgos desde el momento que las mercaderías son entregadas al porteador, en estos casos, el vendedor debe ser responsable hasta que las mercaderías son entregadas al comprador, revisadas por éste y comprobar que las mismas no sufrieron ningún deterioro durante el transporte, especialmente cuando lo que se transporta son cierto tipo de alimentos y productos no perecederos, es el vendedor quien tiene que supervisar que todo lo que ha de transportarse, ha sido bien empacado, según las especificaciones del comprador referente al manejo, almacenaje, temperatura, humedad, etc. que de no cumplirse con esto, el riesgo lo sigue asumiendo el vendedor. Y en los siguientes artículos 698, costado del buque FAS; 699, Costo seguro y flete, mantienen la misma concepción de la transmisión del riesgo, la sigue asumiendo el comprador a partir de la entrega de las mercaderías al primer porteador. Los artículos del 700 al 706 del Código de Comercio guatemalteco, Decreto 2-70 del Congreso de la República, que norman también lo relativo a la compraventa mercantil, mantienen el mismo espíritu sin cambios significativos, que protejan al comprador.

Todo lo contrario a como lo norma la Convención de Viena, en sus Artículos del 30 al 52.

3.3.2. La transmisión del riesgo en los contratos de compraventa que incluyen transporte

Son estas las compraventas en que el vendedor tiene la obligación de contratar un transporte para las mercaderías 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 mercaderías.

El primer párrafo del Artículo 67.1 de la Convención de Viena, contempla dos casos de compraventa que implica el transporte: a) cuando el vendedor no está obligado entregar las mercaderías 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 mercaderías; 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 mercaderías. El segundo párrafo del mismo artículo se refiere a un requisito común para que opere la

transmisión del riesgo en ambos tipos de ventas: en el Artículo 67.2 el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas.

El principio general básico de este tema es el Artículo 67.1 de la Convención de Viena, el cual establece que: “Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas a un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercancías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa”. En este caso, el primer transportista se debe interpretar como el punto crítico determinante en la transmisión de los riesgos. La mayoría de las ventas que se llevan a cabo en el tráfico internacional son ubicables en este precepto. Lo que significa que el contrato de compraventa implica el transporte de mercaderías y, habitualmente, el porteador independiente acude al establecimiento mercantil del vendedor para tomar posesión de los bienes adquiridos por el comprador e iniciar el proceso de transporte hacia el lugar convenido.

En estos casos, el primer inciso del artículo 67.1 de la Convención, establece una regla o principio general: el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador. Por lo tanto, el adquirente asume el riesgo de destrucción o deterioro de los bienes durante todo el transporte. La justificación histórica de esta norma se encuentra en el desarrollo de las modernas formas de transporte internacional. La utilización generalizada de los contenedores como medio de transporte más económico, ágil y seguro para enviar las mercaderías



desde un país a otro, ha favorecido el auge continuado del transporte multimodal. Es aquí donde surge la elección de un punto crítico, el cual se justifica de conformidad a las siguientes consideraciones:

- A) El vendedor pierde el control directo sobre las mercaderías desde el momento en que las pone en poder del primer transportista. De acuerdo con el criterio general inmanente en el texto uniforme, carece de sentido seguir gravando al vendedor con el riesgo de destrucción o deterioro de uno de los bienes que han salido de su esfera inmediata de poder de disposición.
- B) Las mercaderías estarán cubiertas por un seguro de transporte, normalmente endosado a favor del comprador. En las ventas documentarias, el vendedor contra el pago de las mercaderías entrega al comprador – a través de la entidad bancaria – el conocimiento de embarque y una póliza de seguro que hacen particularmente eficaz su posición para gestionar la reclamación de daños.
- C) El comprador resulta el más adecuado para constatar los daños de las mercaderías a su llegada y para reclamar a la compañía de seguros o, en su caso, al operador de transporte multimodal o transportista completo.
- D) Se ha destacado que en el caso de transporte multimodal lo más coherente es evitar dividir el riesgo durante el transporte, ya que cualquier intento de escoger un

punto crítico intermedio complicará el régimen del riesgo y, finalmente, será contrario a los intereses del comprador.

Efectivamente, la posibilidad de localizar el momento exacto del tránsito en el que se produjo el daño se hace prácticamente imposible en los supuestos de transporte mediante contenedores, salvo que se trate de acontecimientos notables, identificados y perfectamente localizados en el tiempo. Por todo ello, la elección de un momento distinto para la transmisión del riesgo incrementará considerablemente la litigiosidad.

La solución de la Convención de Viena ha sido acogida en la moderna redacción de los Incoterms mil novecientos ochenta, mil novecientos noventa y dos mil. Los términos comerciales clásicos, como FOB, C&F, CIF, establecen que el riesgo se transmite desde el momento en que las mercaderías sobrepasan el borde del barco. Este punto crítico de transmisión del riesgo, indica Ramberg, “ha perdido todo su significado y se ha vuelto totalmente inadecuado por el desarrollo de las modernas técnicas de transporte. Al dividir las funciones, costos y riesgos entre vendedores y compradores, estos términos obsoletos se convierten en un obstáculo para el desarrollo del comercio internacional contemporáneo. Por todo ello, los nuevos términos registrados, como FCA – Incoterms mil novecientos ochenta – y CTP, CIP – Incoterms mil novecientos y dos mil –, establecen que el comprador soporta el riesgo desde que las mercaderías fueron entregadas al primer transportista”²¹. La transmisión del riesgo desde el momento de la entrega al primer transportista resulta ser un principio generalmente

²¹ Ramberg, Jan, “The transnacional law of internacional comercial transactions”, Pág. 137.

aceptado, no solo por la doctrina internacional, sino incluso en los sistemas de derecho comparado.

El Artículo 67.1 de la Convención pretende que el comprador asuma el riesgo desde el inicio del transporte puesto que el vendedor, desde que puso las mercaderías en poder del porteador, perdió el control directo de las mismas. Ahora bien, si en las condiciones del contrato se exige al vendedor que organice el desplazamiento de las mercaderías, y opta por enviarlas a través de una empresa de transportes dependiente de su organización empresarial y carente de personalidad jurídica propia, la compraventa no implicará el transporte ex artículo 67.1. La razón de esta exclusión es muy obvia: no se ha producido la entrega al porteador propiamente dicha, puesto que el vendedor sigue controlando directamente las mercaderías a través de sus auxiliares, dependientes o empresas subordinadas. Por lo tanto no tiene sentido imputar al comprador los riesgos del transporte en un supuesto en que los bienes adquiridos se encuentran bajo el control del vendedor, ya que este último será el que esté en mejor posición para evitar los posibles deterioros, para evaluar los daños y reclamar a la compañía de seguros, etc. En este caso, entiendo que sería aplicable el Artículo 69.2, lo cual tiene una importante trascendencia para los contratantes en relación a la determinación del momento exacto de la transmisión del riesgo.

Ahora bien en el caso, de que el vendedor no está obligado a entregar las mercaderías al porteador en un lugar determinado, el riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor pone las mercancías en manos del primer porteador para que las conduzca

al comprador. No importa que las mercaderías 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, finalmente por un ferrocarril u otro camión. 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 mercaderías 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 mercaderías 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 mercaderías y el lugar en donde deberán ser recibidas.

En el caso que el vendedor debe entregar al porteador las mercaderías en un lugar determinado, el riesgo se transmite cuando las mercaderías se ponen en poder del porteador en el lugar determinado. Puede afirmarse que Convención, contiene en realidad una sola regla, que en las compraventas que impliquen el transporte, el riesgo

se transmite al comprador cuando las mercaderías se ponen en manos del primer porteador; además, puede plantearse que distingue dos tipos de compraventas que implican el transporte: el de aquellas que lo implican desde el lugar donde están las mercaderías y, el de las que lo implican a partir del lugar intermedio. Sin embargo esa regla no impide que las partes en el contrato que implique 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.

3.3.3. Identificación de las mercaderías

Para que opere la transmisión del riesgo en las ventas que implican el transporte, es necesario que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato – Artículo 67.2 de la Convención –.

Cuando se envían en un mismo transporte mercaderías 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 tres compradores distintos, si las mercaderías llegaran a deteriorarse o perderse, el riesgo, conforme a alguna opinión, deberá distribuirse proporcionalmente entre los tres compradores. En este caso concreto, hay algo muy importante, pues parece que según el planteamiento hecho, el riesgo no se ha transmitido a los compradores pues las mercaderías no

quedaron claramente identificadas, por lo que el vendedor queda obligado a entregar las cantidades completas, si bien puede que quede exonerado de la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la demora en la entrega.

3.3.4. Compraventa de mercaderías en tránsito

El Artículo 68 de la Convención de Viena contempla el caso de la venta de mercaderías en tránsito, que es muy frecuente en el comercio internacional, principalmente respecto de mercaderías amparadas con conocimientos de embarque negociables. A estas reventas, no puede aplicársele la regla del Artículo 67 de la Convención, porque el transportista que las conduce no recibió las mercaderías, como exige ese artículo, para entregarlas al comprador actual. El tema se discute, siguiendo el Artículo 99 de la Ley Uniforme para el Comercio Internacional, que el comprador de las mercaderías en tránsito asumiera retroactivamente el riesgo a partir del momento en que las mercaderías 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, quienes durante las sesiones de la primera comisión, intentaron sustituirla por la norma de que el riesgo se transmitía al momento de la celebración del contrato.

3.3.5. Transmisión del riesgo al momento de la celebración del contrato

La primera frase del Artículo 68 de la Convención, 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 mercaderías: en la primera parte de la travesía, el riesgo es el del vendedor, quien lo asumió como primer comprador de las mercaderías; en la otra parte del trayecto, el riesgo es por cuenta del comprador, quien compró las mercaderías en tránsito sin tener posibilidad, en la mayoría de los casos, de examinarlas; cuando las mercaderías lleguen a su destino, si el comprador descubre que han sufrido algún deterioro o pérdida, va a ser muy difícil precisar en que 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 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.

Cuando se puede determinar con seguridad el momento en que las mercaderías sufrieron el daño y se aplica esta regla, la situación de las partes es la siguiente: el vendedor es responsable de que las mercaderías sean conformes con el contrato al momento del perfeccionamiento del mismo (artículo 36.1) por lo que responde de los deterioros y pérdidas que pudieran haber sufrido las mercaderías hasta ese momento, pero está exonerado de las responsabilidades por los daños y perjuicios si son resultado de un factor ajeno a su voluntad, imprevisible e insuperable (artículo 79); en caso de que conociera el daño o pérdida que habían sufrido las mercaderías y no lo manifestara al comprador, será responsable de la falta de conformidad y, además, de los daños y perjuicios que cause al comprador. (La frase final del artículo 68 se refiere al caso de que el vendedor conozca el deterioro o pérdida de las mercaderías, afecta solo a la segunda frase del artículo).

Por otro lado, también es necesario e importante analizar desde otro punto de vista la interpretación de la frase “conforme al contrato de compraventa”, por lo que se debe hacer referencia al artículo 67.1 de la Convención que establece que “el riesgo se transmite cuando las mercaderías se ponen en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa”. Esta última frase, que fue introducida en la Conferencia de Viena de 1980 plantea arduos problemas interpretativos, tal como se señala anteriormente. Por lo tanto habrá que preguntarse, ¿qué quisieron decir los redactores del Convenio con esta expresión? Algunos autores entienden que el texto uniforme únicamente exige que en el contrato de compraventa

se prevea expresamente que las mercaderías deban transportarse mediante un porteador internacional e independiente.

Esta interpretación lata o extensiva, parece en cualquier caso innecesaria, teniendo en cuenta que el artículo empieza con la frase “cuando el contrato de compraventa implique transporte”. A criterio y opinión de OLIVA BLÁZQUEZ, F. “con esta expresión realmente se quiso introducir una excepción al principio general consagrado en el primer inciso del 67.1 de la Convención; el riesgo se transmite con la entrega al primer transportista, salvo que el vendedor no ponga las mercaderías a disposición del porteador conforme a lo previsto en el contrato de compraventa. Es decir, si el vendedor incumple lo dispuesto en dicho contrato, el comprador no asumirá el riesgo desde el momento establecido en el artículo 67.1 citado, sino desde que deba efectuarse la entrega y tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en el lugar convenido, tal y como lo establece el Artículo 69.2.

De esta forma se penaliza al vendedor incumplidor con la carga de soportar los riesgos durante el transporte, asimilándose de esta forma al supuesto de compraventa a la llegada o contrato de destino. No obstante entendemos que esta interpretación estricta debe ser delimitada de la forma que a continuación señalamos: A) Evidentemente, si el incumplimiento del vendedor es el causante de la pérdida o deterioro, la cuestión del riesgo ni siquiera se planteará. Recordemos que en estos casos queda de antemano excluido el problema de los riesgos y surge la responsabilidad del vendedor ex artículo 66 in fine; B) Teniendo en cuenta el contenido específico del artículo cuya exégesis

estamos realizando, parece pacífico que la transmisión del riesgo se condiciona al cumplimiento por el vendedor de lo dispuesto en el contrato de compraventa sobre la cuestión concreta del transporte internacional.

3.3.6. Transmisión retroactiva del riesgo.

El Artículo 68 de la Convención en su segundo párrafo, indica que, la disposición señalada anteriormente 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 mercaderías 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. 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 de la citada convención. Esta frase contiene, 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 palabras.

3.4. Compraventas que no implican el transporte.

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 el vendedor – quien trasladará las mercaderías al lugar convenido, o son compraventas de mercaderías en tránsito, de modo que en materia de riesgo se aplicarán, sobre todo los Artículos 67 y 68 de la Convención de Viena. El Artículo 69 es, entonces, una norma residual, destinada a cubrir los pocos casos de compraventas que no implican el transporte ni son mercaderías en tránsito; contempla dos supuestos 1) compraventas en que el comprador recoge las mercaderías en el establecimiento del vendedor – Artículos 69.1 y 2 – compraventas en que el comprador recoge las mercaderías en un sitio distinto del establecimiento del vendedor.

El principio general en materia de riesgos en la Convención de Viena es que el riesgo corresponde a la parte que está en mejor posición para controlar y conservar las mercaderías; por eso, cuando las partes convienen que el comprador recoja las mercaderías en el establecimiento del vendedor, 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 mercaderías. Si el comprador se hace cargo de las mercaderías en la fecha convenida o dentro del plazo estipulado, la regla es muy clara: el riesgo es del vendedor mientras las mercaderías están en su almacén, y se trasladará al comprador cuando éste se haga cargo de ellas.

El momento decisivo es aquél en que se produce el incumplimiento de la obligación del comprador de recibir las mercaderías. Para que haya tal incumplimiento es necesario, en primer lugar, que las mercaderías estén claramente identificadas, como lo dispone el párrafo 3 de ese artículo, y que el comprador no haya recogido las mercaderías en el tiempo definido en el contrato; si el contrato definía una fecha para la entrega y recepción de las mercaderías, 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 comprador conoció que las mercaderías estaban a su disposición. El caso anterior contempla un efecto, en materia de riesgo, derivado del incumplimiento del comprador de su obligación de recibir las mercaderías. Un caso semejante se da cuando el comprador no cumple con algún acto necesario para que el vendedor entregue las mercaderías, 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.

3.4.1. Compraventas en que el comprador recoge las mercancías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor

Cuando las partes convienen que el comprador habrá de recoger las mercaderías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor y a donde se deberá trasladar éste, esta situación debe distinguirse en ambos casos. Si el vendedor contrata a un

porteador para que traslade las mercaderías a ese lugar, se trata de una venta que implica 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 mercaderías en manos del primer porteador, siempre y cuando, claro está las partes no hayan convenido expresa o tácitamente que el riesgo se transmite en otro momento. Pero si el vendedor traslada las mercaderías 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 de la citada Convención de Viena, y el riesgo será del comprador en el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición dentro del tiempo convenido y el comprador tenga conocimiento de ello.

3.4.2. La reversión del riesgo del vendedor

No obstante que el riesgo se haya transmitido al momento correspondiente, puede suceder que se revierta al vendedor, de modo que él tenga que sufrir la pérdida o deterioro de las mercaderías que no fueran causados por un acto u omisión del comprador. El Artículo 70 de la Convención prescribe cuando 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 – Artículos 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, que el comprador podrá pedir al vendedor que ha incurrido en un incumplimiento esencial, la sustitución de las mercaderías o declarar resuelto el contrato, aunque no se hubieran deteriorado o hubieran perecido. Si el comprador pide la sustitución de las mercaderías, 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 mercaderías nuevas, que sean conformes con el contrato, pero sólo recibirá a cambio las mercaderías deterioradas por efecto de agentes externos a la conducta del comprador.



CAPÍTULO IV

4. La transmisión del riesgo y el incumplimiento contractual

La falta de cumplimiento de las obligaciones del vendedor o del comprador da lugar a que la parte afectada pueda exigirle responsabilidad contractual, con los procedimientos que la propia Convención de Viena dispone. Pero la misma posibilidad de ejercer un recurso, y también el tipo de recurso, que puede usarse, dependen del modo en que se produzca el incumplimiento. Debido a eso, previo de estudiar los recursos que tienen las partes entre si, conviene detenerse a examinar las distintas formas de incumplimiento que prevé la Convención de Viena.

En la citada Convención no hay un capítulo o sección especial sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales, pero da cuenta con varias disposiciones que se refieren a ello, diseminadas en sus diversas partes de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones contractuales.

De acuerdo con la gravedad del daño que produzca la otra parte, la Convención califica el incumplimiento como esencial, Artículo 25; sustancial, Artículo 71, o simple incumplimiento. Complementaria a esta regla de determinar el incumplimiento por el daño objetivo causado a la otra parte, es la regla de limitar la resolución del contrato por incumplimiento a los casos en que se produce un incumplimiento esencial.

4.1. Exoneración de responsabilidad por incumplimiento

El texto establece incumplimiento causado por un impedimento ajeno a la voluntad de la parte obligada de acuerdo al artículo 79, y de incumplimiento causado por la contraparte, según Artículo 80.

Así pues el Artículo 79, establecen su parte conducente los casos en que produce la exoneración de responsabilidad por incumplimiento, el alcance de la exoneración, y las condiciones para hacerla valer.

4.1.1. Incumplimiento causado por un impedimento externo.

a) Casos en que se produce la exoneración de responsabilidad por incumplimiento. Esta contempla dos situaciones: i) cuando la parte obligada no puede cumplir por causa de un impedimento ajeno a su voluntad, Artículo 79.1, y ii) cuando la parte obligada no puede cumplir porque un tercero, con quien ella contrató, no puede cumplir por causa de un impedimento ajeno a su voluntad, lo que provoca, como repercusión, el incumplimiento de la parte obligada, Artículo 79.2.



i) Incumplimiento de la parte obligada.

Opera la exoneración de responsabilidad por incumplimiento de la parte obligada, cuando éste se produce por causa de un impedimento ajeno a su voluntad, imprevisible, inevitable e insuperable. El impedimento debe ser algo no previsto al momento de la celebración del contrato, ya que si su existencia o posibilidad hubiera sido prevista en el momento por la parte que no cumplió se entiende que ella habría asumido el riesgo de obligarse contractualmente en estas circunstancias. Pero el criterio que fija el Artículo 79.1 no es meramente subjetivo. No basta con que la parte que no cumplió demuestre, para quedar exenta de responsabilidad, que ella no previó el impedimento, por ejemplo que no previó una huelga laboral en su fábrica, sino que, además, deberá probar que tampoco lo hubiera previsto una persona razonable. Esto es lo que exige dicho artículo, cuando dispone que deba probarse que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato. Por eso, se puede concluir que el impedimento deber ser, no solo no previsto al momento de la celebración del contrato, sino imprevisible.

Como puede resultar polémico determinar cuándo existe o no un impedimento, y si éste es o no causa del incumplimiento, conviene definir en los contratos una lista de acontecimientos que ambas partes consideran obstáculos exonerantes de responsabilidad. Además de los tradicionales casos de fuerza mayor (terremoto, incendio, inundación, asalto, etc.), se deben considerar los acontecimientos que son producto de decisiones del Estado, también conocidos como actos del príncipe, entre

los que destacan el embargo, confiscación, negación de permisos de exportación, restricciones monetarias, etc., y otros acontecimientos que son resultado de las condiciones socioeconómicas, como escasez de materia prima, huelgas en la propia industria, en empresas de transporte, o proveedores de insumos para la fabricación de las mercaderías, insurrecciones etc.

ii) Incumplimiento de un tercero

Si el incumplimiento del contrato se debe a que la parte obligada encargó total o parcialmente la ejecución del contrato a un tercero que no cumplió, la parte obligada quedará exonerada de responsabilidad, solo si se cumplen las siguientes condiciones: una, que el incumplimiento por parte del tercero pueda considerarse como impedimento ajeno a la voluntad de la parte obligada, con las características antes dichas (imprevisible, inevitable e insuperable); y la otra, que el incumplimiento del tercero se deba también a la ocurrencia de un obstáculo con las mismas características.

La exigencia de que el incumplimiento del tercero sea, para la parte obligada, un impedimento ajeno a su voluntad, imprevisible, inevitable e insuperable, hace recaer en ésta una responsabilidad grande por el incumplimiento de tercero, ya que será responsable si encargó la ejecución del contrato a un tercero que una persona razonable habría previsto que no cumpliría, quizá porque no contaba con la capacidad financiera o técnica adecuada; o será responsable si el incumplimiento del tercero

podía evitarse dándole apoyo financiero oportuno, o si podía superarse encargando con oportunidad la ejecución del contrato a otro que fuera capaz. Esto es algo que debe tomarse en cuenta al momento de hacer un contrato si se prevé que habrá de intervenir un tercero, máxime cuando ese tercero lo impone una de las partes, por ejemplo: cuando un comprador pide que la fabricación de cierta parte de las mercaderías se encargue a un tercero específico que él designa. En este caso, la responsabilidad del vendedor por el incumplimiento del tercero debe aminorarse por el hecho de no haberlo escogido el vendedor, pero no puede excluirse del todo, ya que él lo aceptó.

Ahora bien, la exoneración de responsabilidad en la Convención opera mientras dure el impedimento. Esto significa, que si el impedimento deja de tener efecto, por ejemplo, cuando se suspende una huelga que impedía la producción, la parte obligada debe cumplir cabalmente su obligación como estaba originalmente pactada, y el efecto de la exoneración será eximir de la responsabilidad por demora en el cumplimiento. También puede suceder que mientras opera un impedimento temporal, se produce una nueva circunstancia que viene a constituir otro impedimento a la ejecución del contrato, por ejemplo, que mientras dura la huelga, aumenta el precio de la materia prima a un monto que hace incosteable la producción de las mercancías; en este caso, terminada la huelga, habrá que analizar si el aumento de precio de la materia prima constituye un impedimento que exonere de responsabilidad por incumplimiento del contrato.

Otra cuestión interesante es, si la exoneración de responsabilidad incluye también la cancelación de las cláusulas contractuales en que una parte se obliga a pagar una cantidad en caso de incumplimiento de sus obligaciones; La resolución depende, de si se considera que la obligación de pagar esa cantidad es una obligación contractual o es una obligación derivada de una promesa. Si se considera que es una obligación contractual, no podría aceptarse la exigibilidad de la cantidad prometida en concepto de indemnización preconstituida de daños y perjuicios, por que la presencia del impedimento exonera al vendedor de la responsabilidad por daños y perjuicios; tampoco podría aceptarse la exigibilidad de una cantidad concebida como pena, ya que hacerlo iría en contra de la reciprocidad o buena fe contractual. Pero si se considera que es una obligación derivada, no del contrato, sino de una promesa – que puede constar en el mismo documento que el contrato sin ser materialmente parte de él – entonces sí podrá exigirse esa cantidad, porque la responsabilidad de pagarla no deriva del contrato mismo, sino de la promesa como tal; en ese supuesto, la reclamación de la promesa no se regiría por la Convención de Viena, ya que no es materia de la compraventa, sino por las disposiciones de la ley aplicable relativas a las promesas.

La parte que no cumple alguna obligación contractual por causa de un impedimento ajeno a su voluntad, podrá exonerarse de responsabilidad solo si comunica oportunamente a la otra parte de la presencia del impedimento y la consecuencia que prevé que tendrá en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, tal y como lo establece el Artículo 79-5. Aunque el párrafo quinto del Artículo 79 no señala un plazo

para hacer la comunicación, se entiende que contempla que sea un plazo breve a partir del momento en que la parte obligada conoce la existencia del impedimento, ya que el mismo párrafo determina que la comunicación deberá recibirse dentro de un plazo razonable después de dicho momento. La Convención de Viena no lo dice de manera expresa, pero se entiende que si falta esa comunicación, no se produce la exoneración de responsabilidad, ya que se priva a la parte afectada de la responsabilidad de tomar oportunamente las medidas necesarias para mitigar los daños y pérdidas que se produzcan como consecuencia del incumplimiento. Pero ¿que ocurre si la parte obligada envió la comunicación y ésta no llegó por causa de defectos en el medio de transmisión empleado?, el párrafo 4º. del Artículo 79 de la Convención, en su frase final dice que la parte que envía la comunicación “será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción”. Esto significa que la parte que envía la comunicación es responsable de los daños y perjuicios que causa a la otra parte el no haberla recibido, pero no significa que la falta de recepción impide la exoneración de responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. Por lo anterior, parece que este artículo sigue la regla general establecida en el Artículo 27 de la citada Convención, de que las comunicaciones que se envían las partes, después de formado el contrato, surten el efecto por el hecho de haberse enviado por los medios adecuados, aun cuando no lleguen a su destino. Es decir se aplica la teoría de la expedición, prevista en el Artículo 27 para las comunicaciones posteriores al perfeccionamiento del contrato, y no la teoría de la recepción, prevista en los Artículos 15 y 18.2 de la Convención para las comunicaciones de oferta y aceptación.

4.2. El incumplimiento esencial

El Artículo 70 de la Convención de Viena establece que el comprado podrá ejercer los derechos y acciones de que disponga como consecuencia del incumplimiento esencial del vendedor. Así pues, el precepto, en vez de referirse al incumplimiento de forma genérica, invoca el tipo cualificado de incumplimiento esencial. Marzorati, se refiere a que “El concepto de incumplimiento esencial juega un papel central en la Convención, puesto que es el prerrequisito para encontrarse frente a la nulidad del contrato, y también para el derecho a demandar bienes sustitutivos si los bienes entregados no cumplen con lo estipulado en el mismo.”²²

Se define como incumplimiento esencial aquel incumplimiento que cause a la otra parte un perjuicio tal que prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Por supuesto solamente el incumplimiento que cause un perjuicio grave, puede ser un incumplimiento esencial. Este perjuicio, debe privar sustancialmente a la parte agraviada de sus legítimas expectativas.

Puede constituir incumplimiento esencial, por parte del vendedor, no solo la falta de entrega de las mercaderías, sino también la falta de la conformidad de las mismas, la demora en la entrega o la entrega parcial, si produce un perjuicio con las características anotadas. Por parte del comprador, puede serlo, además de la falta de

²² Marzorati, O.J., **Derecho de los negocios internacionales**, Astrea, Buenos aires, 1997,2^a. Edición actualizada y ampliada, pág. 95.

pago del precio, su demora en hacerlo, la negativa de recibir las mercaderías o su demora en recibirlas.

La parte que con el incumplimiento de sus obligaciones ha ocasionado un perjuicio grave a la otra, puede rechazar la responsabilidad de haber cometido un incumplimiento esencial, si demuestra que no previó tal resultado y que tampoco lo hubiera previsto, una persona razonable de la misma condición y en igual situación. La previsibilidad del resultado viene a ser, así, una condición para que exista ese tipo de incumplimiento. La previsibilidad del resultado debe juzgarse con dos criterios, uno subjetivo y el otro objetivo. El primero es que la propia parte que incumple efectivamente no haya previsto el resultado; y el segundo es que tampoco lo hubiera previsto una persona razonable. La combinación de ambos criterios permite que no pueda excusarse una parte que, por negligencia o torpeza no previó el resultado que causaba con su incumplimiento. Debe señalarse que el criterio objetivo no es el de una persona razonable en abstracto, sino de una persona de la misma condición, que la parte que incumple, esto es, que tenga la misma profesión, semejante experiencia, misma cultura, lengua, raza, edad, religión, y colocada en la misma situación, es decir ante un contrato de la misma importancia, en semejantes condiciones del mercado, de clima o de estabilidad política etc.

El Artículo 70 de la Convención de Viena determina que si el vendedor comete un incumplimiento esencial, el hecho de que se haya transmitido el riesgo no impide que el comprador pueda ejercer los derechos y acciones que tiene a su favor. Así pues, de

acuerdo con la interpretación literal de las palabras empleadas en la redacción, el incumplimiento esencial es un requisito fundamental para que el comprador conserve sus derechos. Entonces ¿qué ocurre cuando el incumplimiento no es esencial? Podría deducirse a contrario sensu, que en esos casos el comprador queda privado de los recursos que le otorga la misma Convención frente al vendedor incumplidor, el cual se vería de esta forma exonerado de cualquier tipo de responsabilidad. Esta interpretación no me parece muy aceptable debido a que en un primer plano, la interpretación conduce a un resultado injusto, porque el comprador, además de soportar el riesgo por la pérdida o deterioro fortuito, sería penado con la privación de los derechos y acciones que la Convención de Viena le otorga para reaccionar ante los incumplimientos del vendedor, - mora o falta de conformidad de las mercaderías -. La interpretación es incoherente con el principio establecido en el Artículo 36, según el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo, aun cuando solo se manifieste después de ese momento.

A este respecto se indica que “No tiene ningún sentido y carece de cualquier tipo de explicación que el vendedor quede liberado de sus obligaciones en el caso de incumplimiento no esencial por el simple hecho de que se haya transmitido el riesgo, mientras que en el caso de incumplimientos graves tal efecto exoneratorio desaparece.”²³

²³ Heuzé, Vicent, **La vente internationale de marchandises, Droit uniforme**, Pag. 241.

El sentido jurídico contenido en el Artículo 70 no es la de excluir su ámbito de aplicación a los supuestos de incumplimiento no esencial. Tomando en consideración el Artículo 97.2 de la LUCI, se ha señalado que la finalidad original del precepto era la de establecer que la reversión del riesgo solo es posible en el caso de incumplimiento esencial, porque solo en estos supuestos se pueden ejercer las acciones que provocan la transmisión retroactiva del riesgo al vendedor, esto es, la resolución del contrato y la sustitución de las mercaderías en caso de pérdida total. Por lo tanto, el agregado en el texto del adjetivo esencial, vendría a ser una reminiscencia de la LUCI, mantenida con la finalidad de aclarar el supuesto concreto de la reversión del riesgo.

Así pues estimo que todos y cada uno de los argumentos que se enumeran anteriormente para defender las virtudes de la separación del problema de los riesgos respecto a las medidas e reacción frente al incumplimiento del vendedor siguen siendo válidos con independencia de que dicho incumplimiento sea esencial o no.

Considero que aunque el sentido de las palabras utilizadas sea demasiado estricto y provoque inevitables dudas, podría creerse que la única interpretación posible es la amplia. Por lo tanto cuando el vendedor incurra en un incumplimiento no esencial el comprador soportará los riesgos de las mercaderías perdidas o dañadas fortuitamente según lo establecido en los Artículos 67 al 69, pero podrá ejercer los derechos y acciones que la Convención de Viena le otorga en relación a este tipo de incumplimiento, esto es la reducción del precio, de acuerdo al Artículo 50, la reparación

de las mercaderías contenida en el Artículo 46.3 y la indemnización de daños y perjuicios según los Artículos 74 y siguientes.

4.3. Análisis del régimen jurídico de las acciones y derechos del comprador

En la compraventa internacional, el principal motivo de incumplimiento del vendedor suele ser la falta de conformidad de las mercaderías entregadas. Para esto basta analizar detenidamente la incipiente jurisprudencia que se ha creado en diez años de aplicación de la Convención de Viena, para comprobar que un gran número de litigios han surgido a causa de que los bienes recibidos por el comprador eran inadecuados respecto a la cantidad o la calidad pactada en el contrato. No obstante, el incumplimiento del vendedor también puede consistir en la demora en la entrega.

Teniendo en cuenta la mayor frecuencia e importancia del primer supuesto, se deberá prestar más atención a la falta de conformidad de las mercaderías. En cualquier caso, el juez, el árbitro o, en general, el intérprete del nuevo derecho uniforme, tendrá que determinar de forma concreta si la entrega de las mercaderías no conformes o fuera del plazo o fecha convenida puede ser calificada como un incumplimiento esencial.

Frente a la mora o a la falta de conformidad de las mercaderías entregadas, el comprador tiene la facultad de ejercitar los remedios que la Convención de Viena pone a su disposición, con independencia de que siga soportando el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías dañadas en forma fortuita. Seguidamente se analizarán los derechos y acciones que tiene el comprador frente al vendedor incumplidor,

distinguiendo entre los remedios comunes a cualquier incumplimiento contractual, y aquellos mas radicales propios del incumplimiento esencial. No obstante se debe advertir que en ese punto no se pretende realizar una completa exégesis de los preceptos que regulan los derechos y acciones del comprador ya que esto excedería los objetivos planteados en ese trabajo de investigación. Por esta razón, el presente estudio se limitará a aclarar los aspectos de cualquiera de estos remedios que tengan interés concreto en relación al problema de la transmisión del riesgo.

4.3.1. Los remedios más comunes a cualquier incumplimiento contractual

Existen tres remedios a los que el comprador puede recurrir, independientemente de la calificación concreta del incumplimiento del vendedor:

- a) la reducción del precio;
- b) la reparación de las mercaderías; y,
- c) la indemnización de daños y perjuicios

En determinadas circunstancias, puede ocurrir que a causa de las fluctuaciones del mercado, del alza generalizada de precios, etc. el comprador decida aceptar una serie de mercaderías defectuosas. El Artículo 50 le garantiza en cualquier caso la rebaja del precio de los bienes adquiridos. Explica Bonell que, “se trata de un remedio, particularmente eficaz, cuando el error cuantitativo o cualitativo cometido por el

vendedor sobre las mercaderías, no asuma una proporción tal que no deje al comprador otra salida que la de rechazar la prestación total y solicitar un nuevo cumplimiento, o, incluso, la de resolver el contrato.”²⁴

Ahora bien el citado precepto establece que: “podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían al momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato”. Es decir, la rebaja se limita a aquella parte de las mercaderías que no fueran conformes desde un principio. El comprador no puede solicitar una reducción del precio de los bienes cuya disconformidad no se originaria, esto es, de aquellos que se hayan deteriorado de forma fortuita una vez transmitido el riesgo al comprador. Por lo tanto, la reducción del precio impide la reversión del riesgo al vendedor.

En segundo lugar, cuando se han entregado mercaderías no conformes, el vendedor tiene derecho a solicitar su reparación de acuerdo al Artículo 46.3. La doctrina ha destacado que en este caso puede constatarse una situación complicada. Es de suponerse que cuando el vendedor está reparando los bienes devueltos por el comprador éstos son robados del taller donde se encuentran, a pesar de que aquél había actuado diligentemente tomando todas las medidas que eran necesarias para garantizar la seguridad de dichos bienes. ¿Quién asume el riesgo de pérdida durante el período de tiempo en que el vendedor realiza la reparación? En este caso el riesgo

²⁴ Bonnell, M.J. “**El modelo del common law y la nueva convención sobre venta internacional**”, Pág. 264.

debería pasar al vendedor cuando el comprador declarara el contrato resuelto. Sin embargo TUNC, “considera que el riesgo no pasa al vendedor de forma retroactiva, porque el comprador, al solicitar la reparación de las mercaderías ha aceptado y debe soportar el riesgo desde la aceptación²⁵ Actualmente, la mayoría de la doctrina también señala que el riesgo lo debe soportar el vendedor siempre que el comprador decida ejercer su derecho a resolver el contrato o a sustituir las mercaderías. Por otra parte se afirma que, “aunque los bienes vendidos se hayan dañado por caso fortuito, realmente éste se ha producido a causa de una previa violación de los acuerdos contractuales por parte del vendedor, y, por consiguiente, éste debe asumir los riesgos por analogía de la regla establecida en el artículo 66 in fine.”²⁶ En definitiva, no parece justo penalizar con la carga de los riesgos al comprador que, con la finalidad de mantener la vida de la relación contractual, ha escogido la reparación de las mercaderías. En los casos de incumplimiento esencial, el comprador podría haber acabado con la relación obligatoria mediante la resolución del contrato.

4.3.2. Los remedios propios del incumplimiento esencial. La Resolución y la sustitución.

Los derechos anteriores tienen una nota en común: el comprador sigue soportando el riesgo de las mercaderías dañadas o perdidas fortuitamente, es decir, tiene la obligación de pagar su precio, aunque las reciba deterioradas o simplemente ni siquiera

²⁵ Tunc, André. “La transmisión de los riesgos en la ley uniforme”, Pág. 102.

²⁶ Oliva, Blásquez, **Ob. Cit.**, Pág. 245

llegue a poder recogerlas. Sin embargo, los remedios específicos que la Convención de Viena pone a disposición del comprador frente al incumplimiento esencial del vendedor, ofrecen la posibilidad de transmitir de nuevo el riesgo al vendedor. No obstante, que el alcance de la sustitución es más limitado que el de la resolución.

a) La sustitución.

Cuando un comprador adquiere un conjunto de bienes determinados y, sin embargo, recibe mercaderías de una cantidad o calidad inferior o diferente a la pactada, habitualmente ejercerá su derecho a resolver el contrato si el incumplimiento del vendedor puede ser calificado como esencial. Ahora bien, en determinadas circunstancias no está claro que al comprador le convenga ejercerla facultad resolutoria. Así, cuando las mercaderías vendidas sólo son fabricadas por el vendedor con el cual se ha contratado, o cuando dicho vendedor es el que las produce con mayor calidad o de forma más económica, el comprador puede tener interés en pedir mercaderías sustitutivas, manteniendo de esta forma la vida de la relación contractual bilateral. Por ello, el Artículo 46.2 establece que cuando las mercaderías no sean conformes al contrato, el comprador puede exigir la entrega de otras en sustitución de aquéllas, siempre y cuando la falta de conformidad constituya un incumplimiento esencial. Algunos autores afirman genéricamente que la sustitución provoca la transmisión del riesgo al vendedor. "No obstante que el riesgo se haya transmitido al comprador en el momento correspondiente, puede suceder que se revierta al vendedor, de modo que él tenga que sufrir la pérdida o deterioro de las mercaderías que no

fueron causados por un acto u omisión del comprador. El Artículo 70 de la Convención de Viena prescribe cuando 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 de riesgo, contempladas en los artículos 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, que el comprador podrá pedir al vendedor que ha incurrido en un incumplimiento esencial la sustitución de las mercaderías o declarar resuelto el contrato, aunque se hubieran deteriorado o hubieran perecido. Si el comprador pide la sustitución de las mercaderías, 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 mercaderías nuevas, que sean conformes con el contrato, pero sólo recibirá a cambio las mercaderías deterioradas por efecto de agentes externos a la conducta del comprador. Si el comprador declara resuelto el contrato, la reversión del riesgo significa que el vendedor debe devolver el precio recibido e indemnizar los daños y perjuicios que acarreo su incumplimiento, y recibirá la mercadería deteriorada o, si hubiera perecido, no recibirá mercadería alguna.

Al revertirse el riesgo al vendedor, éste debe soportar el deterioro o pérdida que hayan sufrido las mercaderías durante la travesía, y también los que pudieran sufrir estando

en poder del comprador, por ejemplo, los causados por un incendio en el almacén del comprador.

El Artículo 70 de la Convención de Viena, debe leerse en relación con el Artículo 82, que trata sobre la restitución de las mercaderías que debe hacerse en caso de que el comprador resuelva el contrato o pida mercaderías sustitutas. En principio el comprador debe, en ambos casos, devolver las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico al que tenían cuando las recibió, excepto si se han deteriorado o periclitado por una causa que no sea imputable a un acto u omisión suyos, como sucede cuando las mercaderías se deterioran o perecen durante la travesía. Parece que el contenido de los dos artículos es el mismo, pues si el Artículo 82 autoriza al vendedor a resolver o exigir mercaderías sustitutas cuando sólo puede devolverlas deterioradas o no puede devolver mercadería 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 un principio correspondería al comprador, puede plantearse, ya no como una reversión del riesgo al vendedor – lo cual supone una previa transmisión del riesgo al comprador, que luego se revierte al vendedor –, sino también como el resultado de no haberse traspasado nunca el riesgo al comprador.

El planteamiento de reversión parece también mejor que el de no transmisión, porque permite que el comprador que resuelve el contrato o exige la sustitución de las

mercaderías que se deterioraron durante la travesía, pueda cobrar de la compañía de seguros la indemnización correspondiente, la cual deberá restituir al vendedor o cederle su derecho a reclamar la indemnización de la compañía de seguros. De esa 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 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 mercaderías que él quiere adquirir, pero no tiene por qué correr con los riesgos de mercaderías 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 de la Convención de Viena. Cuando hay entrega de mercaderías, el incumplimiento puede ser esencial, porque las mercaderías no sean conformes con el contrato o porque la entrega haya sido tardía. Cuando la falta de conformidad de las mercaderías constituye un incumplimiento esencial, el comprador puede revertir el riesgo al vendedor, exigiendo mercaderías sustitutas, conforme al Artículo 46-2, o declarando resuelto el contrato, conforme al Artículo 49 de la citada convención. De todo 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 dicho que el Artículo 70 constituye un impulso para declarar la resolución del contrato o

exigir la sustitución de las mercaderías cuando estas se han dañado o perdido durante la travesía. La afirmación señalada anteriormente sobre que la sustitución provoca la transmisión del riesgo al vendedor, es parcialmente correcta, ya que tan solo en un supuesto concreto la sustitución produce la reversión de los riesgos; cuando las mercaderías perdidas o dañadas fortuitamente son además defectuosas. Efectivamente, el Artículo 46.2 de la Convención limita la sustitución a aquellas mercaderías que no fueran conformes originariamente, esto es, antes de la transmisión del riesgo, el citado artículo utiliza la expresión aquellas, refiriéndose por lo tanto a las mercaderías que no fueren conformes al contrato. Por lo tanto, si ninguna de las mercaderías dañadas de forma casual cumple con los requisitos de conformidad exigidos en el contrato y el comprador solicita su sustitución, queda liberado de la obligación de pagar el precio de este conjunto de bienes con los que el vendedor pretendía originalmente satisfacer su obligación de entrega. Así pues, puede afirmarse que en ese caso el riesgo lo soporta el vendedor, que en virtud de la sustitución dejará de recibir la contraprestación debida por las mercaderías dañadas de forma fortuita. Sin embargo el comprador deberá desembolsar en todo caso el precio de las mercaderías conformes – ya que ninguna de ellas puede ser objeto de sustitución – incluso cuando estas hayan sido deterioradas causalmente, siempre y cuando dichos daños se hayan producido una vez transmitido el riesgo, por lo cual, puede afirmarse que el comprador sigue soportando válidamente el riesgo. En definitiva, el comprador solo dejará de asumir el riesgo en relación a las mercaderías no conformes que a su vez hayan sufrido un deterioro inimputable a los contratantes. Se ha afirmado con razón que puede ocurrir que el ejercicio del derecho de sustitución no implique

atribución de riesgo alguno para el vendedor, como por ejemplo, cuando las mercaderías perdidas o deterioradas sean todas conformes al contrato y ninguna de las no conformes haya sufrido ningún daño.

b) La Resolución

El adquirente de mercaderías no conformes puede declarar resuelto el contrato ex Artículo 49.1 (a), siempre que dicha falta de conformidad constituya un incumplimiento esencial. La resolución del contrato libera al comprador de su obligación de pagar el precio o, en caso de que ya hubiera adelantado parte del precio debido, le garantiza la posibilidad de exigir el reembolso de las cantidades pagadas. Esta figura resulta especialmente importante respecto a la cuestión de los riesgos, puesto que implica que el comprador queda automáticamente liberado de su obligación de pagar el precio de todas las mercaderías, esto es, tanto de las no conformes como de las conformes, y con independencia de que unas u otras hayan podido ser dañadas fortuitamente. Por lo tanto, al contrario de lo que ocurre en la sustitución, los efectos de la resolución se extienden incluso a las mercaderías originalmente conformes que han sufrido una pérdida o deterioro, con posterioridad al momento en que se produjo la transmisión del riesgo – incluso después de que éstas estuvieran en poder del comprador –, y a causa de una circunstancia inimputable a los contratantes. Tiene razón Audit cuando afirma que: “esta consecuencia es contraria a la política de la Convención en materia de riesgos, ya que la parte que carece del control directo sobre las mercaderías acaba

soportándolos.”²⁷ También se ha señalado que la norma no es razonable, ya que el vendedor no es el más adecuado para asegurar y reclamar a la compañía de seguros.

Sin embargo, tanto los antecedentes legislativos, como la propia voluntad de los redactores de la Convención de Viena, reflejada en los comentarios al proyecto, sugieren que los efectos extintivos en la resolución se extienden a la totalidad de las obligaciones recíprocas de las partes.

Así pues, partiendo de la configuración del riesgo como Preisgefahr, puede afirmarse válidamente que cuando el comprador resuelve el contrato, el vendedor pasa a asumir el riesgo de las mercaderías deterioradas casualmente. De hecho se ha afirmado que este artículo pretendía desde su origen permitir la resolución del contrato y la transmisión del riesgo con carácter retroactivo. Ahora bien, la existencia de “retroactividad” del riesgo en el supuesto de resolución ha suscitado alguna polémica entre los juristas. La mayoría afirma que cuando el comprador resuelve el contrato de compraventa, el riesgo se transmite retroactivamente al vendedor. Efectivamente, el comprador asume el riesgo desde el momento establecido en los artículos 67 al 69 o desde cuando se haya previsto en el contrato, pero, si ejercita el derecho de resolución, queda liberado de su obligación de pagar el precio, incluso respecto a las mercaderías dañadas por caso fortuito, por lo que el riesgo pasa a ser soportado íntegramente por el vendedor. Sin embargo, algunos autores entienden que no debe hablarse de “efecto retroactivo del riesgo”. Según Alcover Garau: “el riesgo no se retrotrae en ningún

²⁷ Audit, Bernard, **La venta internacional de mercaderías** Pág. 93.

momento, ya que el comprador no se ha liberado de pagar el precio por el ejercicio de las acciones que le competen contra tal pérdida o deterioro, ya que le están vedadas, sino por las que le corresponden por el incumplimiento esencial del vendedor.”²⁸

Aunque parece que técnicamente hablando la matización del autor español es correcta, se entiende que en el fondo se trata de una cuestión terminológica, de un mero conceptualismo carente de trascendencia práctica. La doctrina que estudia la figura de la resolución del contrato en el marco general de la transmisión del riesgo, frecuentemente se detiene en analizar las relaciones de los Artículos 70 y 82 de la Convención. En el Comentario al proyecto de Convención se señalaba que el Artículo 82 constituye una excepción al párrafo 1) del Artículo 67. Este último establece que el comprador perderá el derecho de resolver el contrato cuando le sea imposible sustituir las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido. Así pues, mientras el Artículo 70 garantiza al comprador el derecho de resolver el contrato, el Artículo 82.1 supedita el ejercicio de dicha facultad a la posibilidad de restituir las mercaderías. Ahora bien, ¿por qué habría de ser el Artículo 70 una excepción al Artículo 82.1? Considero que, este último precepto no obstaculiza en lo absoluto la posibilidad de que el comprador resuelva el contrato, por dos razones:

a) porque la situación descrita en el párrafo 1º. del Artículo 82 sólo se dará cuando las mercaderías se pierdan mientras eran poseídas por el comprador, es decir, con posterioridad al momento de su entrega. Así se dice que: “El precepto habla de la imposibilidad de restituir las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en las hubiera recibido. Esta última frase indica que el momento clave utilizado como

²⁸ Alcover, Garau, **Ob. Cit**, Pág.262.

referencia del estado de las mercaderías es el de la recepción, por lo que puede afirmarse que el problema solo surge cuando el deterioro fortuito se produce en un momento posterior al de la entrega, es decir mientras están en poder del comprador.”²⁹ Teniendo en cuenta que las principales situaciones de riesgo se constatan cuando las mercaderías se encuentran en tránsito, puede comprenderse el carácter mas bien marginal del supuesto; b) porque incluso si este caso se llega a dar en la realidad, el párrafo 2 (a) del mismo artículo garantiza el ejercicio del derecho a la resolución, en cuanto que establece que el párrafo precedente no se aplicará, a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituir las en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que el comprador las hubiere recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste. Por lo tanto, el comprador conserva la posibilidad de resolver el contrato aunque no pueda restituir las mercaderías destruidas por caso fortuito.

Por otra parte, ha declarado Alcover Garua que el Artículo 70 es inútil y superfluo, “ya que a los mismos resultados se llegaría si se omitirá éste a la vista del Artículo 82.2. a).”³⁰ Es cierto que este precepto reconoce implícitamente que el derecho del comprador a resolver el contrato – y por lo tanto la posibilidad de revertir el riesgo sobre el vendedor – sigue siendo válido siempre y cuando la destrucción o daño que hayan sufrido las mercaderías no le sea imputable. Sin embargo considero que la utilidad del Artículo 70 está fuera de toda duda, en cuanto sirve para aclarar de forma específica una cuestión bastante discutida y oscura per sé. Si el problema de las relaciones entre el incumplimiento del vendedor y la transmisión del riesgo tuviera que deducirse de una

²⁹ Oliva, Blásquez, **Ob. Cit.**, Pág. 252.

³⁰ Alcover, Garau, **Ob. Cit.**, Pág. 263.

serie de preceptos desvinculados sistemáticamente del capítulo IV, el panorama especialmente complejo de los riesgos se complicaría aún más. Por lo tanto, al menos a efectos puramente formales, creo se debe considerar como adecuado el Artículo 70 de la Convención de Viena. Se anotó anteriormente que el comprador puede ejercer sus derechos frente a cualquier tipo de incumplimiento del vendedor. Por lo tanto, cuando éste incurre en mora, aquél puede resolver el contrato siempre que el retraso en la entrega pueda considerarse como un incumplimiento esencial. Ahora bien, existe un supuesto de resolución por mora regulado en el Artículo 49.1.(b) que puede plantear algunos problemas. Este precepto reconoce la posibilidad de que el comprador resuelva el contrato aún cuando el retraso en la entrega no pueda considerarse como un incumplimiento esencial, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador Artículo 47.1, o, si declarara expresamente que no efectuarán la entrega dentro de dicho plazo. Por lo consiguiente, cuando a causa de la mora del vendedor el comprador concede un plazo suplementario de entrega y transcurrido dicho plazo aquél sigue incumpliendo su obligación, o reconoce que nunca cumplirá, podrá resolver el contrato validamente, imputando los posibles riesgos de pérdida o destrucción a dicho vendedor. En consecuencia, se está ante un supuesto en el que sin haber incumplimiento esencial se produce la reversión del riesgo a través de la resolución del contrato.

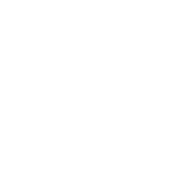
Finalmente la totalidad de la doctrina ha alertado sobre el comprador a cumplir con la contraprestación, al menos respecto a las mercaderías conformes. Evidentemente, la aplicación excesiva del derecho a resolver resulta contraria al principio de conservación

del contrato inherente en la Convención de Viena. Sin embargo, no se puede olvidar que este peligro de utilización indiscriminada queda reducido considerablemente en virtud de las estrictas condiciones exigidas para que el remedio radical pueda ser utilizado. Por un lado, es necesario que el incumplimiento sea calificado como esencial, y, por otro lado, que el comprador actúe diligentemente a la hora de solicitar la resolución. Respecto a este último aspecto, la Convención de Viena limita temporalmente el ejercicio de la facultad resolutoria estableciendo que, el comprador perderá su derecho a declarar el contrato resuelto si no lo hace dentro de un plazo razonable después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento, como la manifiesta el Artículo 49.2. Aunque la expresión plazo razonable, es demasiado discrecional y se presta a arbitrariedades interpretativas, parece claro que este plazo debe determinarse caso a caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada contrato, como la calidad de las mercaderías vendidas, su tipo, cantidad, etc en esta forma, se contrarresta eficazmente la posibilidad de que el comprador pueda intentar resolver el contrato de compraventa intempestivamente y por razones de pura conveniencia personal.



CONCLUSIONES

1. La Ley Uniforme para el Comercio Internacional, propuesta por la Convención de Viena, inviste de certeza jurídica al estudio mercantil de la compraventa, favoreciendo como consecuencia lógica el incremento y desarrollo de las relaciones comerciales internacionales.
2. A través de la Convención de Viena de 1980, se ha logrado inyectar una dosis importante de seguridad jurídica y certidumbre en las relaciones comerciales a nivel internacional; situación que los comerciantes guatemaltecos, no han logrado alcanzar.
3. El Código de Comercio guatemalteco fue creado en el ámbito de una economía prominentemente agrícola y artesanal, de mínimas exigencias productivas y de gran proyección para el consumo directo y nacional, responde a una realidad comercial largamente superada en la actualidad; a través del desarrollo de los medios de comunicación, el crecimiento de la industria y de la tecnología así como la expansión generalizada de los mercados más allá de las fronteras nacionales, por lo que ya no cumple con los requerimientos del comercio internacional.





RECOMENDACIONES

1. Corresponde al Organismo Legislativo, velar porque el contenido de las reformas al actual Código de Comercio, sean desarrolladas de acuerdo a la luz de la Ley Uniforme Para El Comercio Internacional, propuesta por la Convención de Viena, a fin de generar mayor certeza jurídica para el tráfico comercial de otros países con Guatemala.

2. Que el Estado de Guatemala a través del Poder Ejecutivo se adhiera como signatario de la "CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, HECHA EN VIENA EL 11 DE ABRIL DE 1980.

3. Es importante y necesario reformar los artículos que regulan lo relativo a la **Compra Mercantil** del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República. Siendo los artículos siguientes:
 - Segundo párrafo del Artículo 695, Ventas contra documentos.
 - Artículo 696, Cosas en tránsito.
 - Artículo 697, Libre a bordo FOB.
 - Artículo 698, Costado del buque FAS.
 - Artículo 699, Costo seguro y flete CIF.
 - Artículo 701, Obligaciones del comprador CIF.
 - Artículo 702, Riesgo en la compraventa CIF.



- Artículo 704, Costo y flete.

Deberá agregarse que: ...“el comprador asumirá los riesgos de la compraventa mercantil, luego de haber identificado plenamente, revisado y comprobado que las mercaderías objeto de la compra, reúnen las características pactadas, no sufren pérdidas ni deterioro alguno y aceptarlas a su entera satisfacción, de lo contrario, el riesgo lo seguirá asumiendo el vendedor....”



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir **El negocio jurídico** Editorial Serviprensa,
cuarta edición, Guatemala, 2004

ALCOVER GARAU, Gary **La transmisión del riesgo en la compraventa
mercantil**, Editorial Civitas, tercera edición, Madrid, 1998.

ALONZO PÉREZ, Mariano **El riesgo en el contrato de compraventa**, Editorial
Montecorvo, primera edición, Madrid, 1972.

AUDIT, Bernard **La venta internacional de mercaderías** Convención de las
Naciones Unidas Paris, 1980.

BETTI GALGANO, Emilio **Teoría general del negocio jurídico** Editorial Estado
Nuevo, segunda edición, Barcelona, 2001

BONNELL, Magorth **Il modelo del common law y la nueva convención sobre
La venta internacional**, Editorial Pizza, primera edición, Milano, 1980

BREBBIA, Roberto **Hechos y actos jurídicos** Editorial Astrea, Segunda
edición, Buenos Aires, 1979.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico **El negocio jurídico** Editorial Civitas, S. A.
Tercera edición, Madrid, 1995.

DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN **Teoría del negocio jurídico**, Editorial
Alfil, tercera edición, Madrid, 1999.

DIEZ-PICAZO, y PONCE DE LEÓN **Fundamentos del derecho civil patrimonial**
Volumen I, Editorial Torre Blanco, Cuarta edición, Madrid, 1993

ENDERLEIN, Fritz y Maskow Ditrich **Internationale Sales Law**, (S/Ed);
(s/ed.), Iowa, 1999



GUADIOLA SACARRERA, Enrique **La Compraventa Internacional y los INCOTERMS**, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, cuarta edición, Barcelona, 1988.

HEUZÉ, Vicent. **La vente international de merchandises, Droit uniforme**, Editorial GLN Joly, tercera edición, París, 1992,

LÓPEZ LÓPEZ, Á. y otros autores **Derecho civil: parte general** Editorial Universidad de Deusto, Departamento de Publicaciones (s/ed), Valencia, 1992.

MARZORATI, O.J. **Derecho de los negocios internacionales**, Editorial Astrea, Buenos aires, segunda edición, Buenos Aires, 1997.

NEUMAYER, Karl y Catherine Ming **Conventions de Vienne sur les contrats de vente internationale de merchandises** Lausanne, Washington, 1993.

OLIVA BLÁSQUEZ, Fidel, **La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías**, Editorial Pirámide, segunda edición, Santiago de Chile, Chile 2000..

OLIVENCIA RUIZ, Manuel **“Manual, derechos y obligaciones del vendedor y transmisión de los riesgos”** Editorial UNAM, segunda edición, México, 2001.

TUNC, André **La transmisión de los riesgos en la ley uniforme**, Anuario de Derecho Civil, (S/Ed.); (s/ed.), Italia, 1958



Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente 1986

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código de Comercio, Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, 1970.

Tratado de Libre Comercio RD-CAUSA. (República Dominicana-Centroamérica y Estados Unidos). Congreso de la República, 2004.