

EL INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR Y LA TRANSMISIÓN
DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL
DE MERCADERÍAS*

ÁLVARO R. VIDAL OLIVARES**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

El supuesto de interés es el del vendedor que incumple alguna de sus obligaciones distinta de la de entregar las mercaderías y habiéndose transmitido al comprador, las mercaderías se pierden o deterioran accidentalmente. El incumplimiento del vendedor no afecta los efectos de la transmisión del riesgo y el comprador puede hacer uso de cualquiera de los remedios que la Convención prevé para el caso de incumplimiento de vendedor. Si el incumplimiento es esencial, el comprador podría, bien resolver el contrato, bien exigir la sustitución de las mercaderías. Si se ejercita alguno de estos remedios se produce una especie de reversión del riesgo al vendedor por vía de consecuencia, pero limitada a las mercaderías afectadas

ABSTRACT

The assumption of concern is that the seller who fails to comply with some of the obligations other than the delivery of goods and, the buyer having been notified, the goods get lost or become accidentally deteriorated. The seller's failure to comply does not affect the purpose of the notification of risk, and the buyer can make use of any of the reliefs the Convention foresees for the seller's failure to comply. If the failure to comply is essential, the buyer could either rescind the contract or demand the replacement of the goods. If one of these reliefs is provided, a sort of reversion of the risk to the seller takes place accordingly, but limited to the goods affected by the in compliance, not to the remaining goods, and the seller has the

* El presente trabajo recoge parte de los resultados de la ejecución del Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1030352, cuyo investigador responsable es el autor. Por un error involuntario, el autor no incluyó en el artículo titulado *Efectos particulares de la falta de conformidad de las mercaderías en la compraventa internacional*, publicado en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 26 (2005) 1, pp. 559-593, la referencia a que dicho trabajo recogía los resultados parciales de la ejecución del Proyecto Fondecyt N° 1030352.

** Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección Postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Casilla 4059, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: alvaro.vidal@ucv.cl

por el incumplimiento, no así las restantes; y, el vendedor, tiene derecho a exigir al comprador el abono de cualquier indemnización de daños o prestación que haya recibido de terceros, o la cesión de las acciones o derechos tendientes a ese objeto.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento – Riesgo – Responsabilidad.

right to demand from the buyer payment as damages compensation or services received by third parties, or the transfer of rights intended for that purpose.

KEY WORDS: Incompliance – Risk – Liability.

I. INTRODUCCIÓN

1. En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías¹ se instaura un régimen particular de transmisión del riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías desde el vendedor al comprador, distinto del tradicional de nuestro derecho civil y comercial². El riesgo se transmite al comprador, por regla general con la entrega de las mercaderías³ y desde ese momento el riesgo de su pérdida o deterioro pertenece al comprador, quien deberá soportarlo definitivamente, sin derecho a restitución o rebaja de precio⁴. La regla del riesgo que instala la Convención se explica porque el vendedor ha realizado todo lo que le incumbe según el contrato en lo que concierne a la entrega y las mercaderías han salido de su esfera de control, siendo el comprador el que deba pechar con el riesgo de las mismas en tanto él está en una mejor posición que el vendedor para controlar las mercaderías y asegurarlas.

2. Sin embargo, las obligaciones del vendedor no se limitan a la entrega de las mercaderías, por muy compleja que ésta sea en las compraventas internacionales. El vendedor se obliga, además, a la conformidad de las mercaderías entregadas y a que éstas se encuentren libres de toda pretensión o derecho de terceros. La desviación con relación a estos últimos aspectos del haz obligacional del vendedor, naturalmente se manifestará una vez hecha la entrega o después de ella.

3. En las compraventas internacionales la entrega que prevalece es la indirecta

¹ En adelante: Convención, Viena, Derecho uniforme o CV. Para consultar sus disposiciones se sugiere visitar el sitio <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>

² Para un estudio de régimen de transmisión de riesgo en la Convención, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, en *Ius et Praxis* 8 (Universidad de Talca) 2.

³ En Viena se fijan distintos momentos para la transmisión del riesgo, dependiendo del tipo contractual de que se trate. Así según el artículo 67 (1), si la compraventa implica transporte de las mercaderías –lo que será usual– el riesgo se transmite desde que se ponen en poder del primer porteador; ahora, si se trata de mercaderías que se venden en tránsito, el riesgo pasa al comprador, por regla general, desde la celebración de contrato (art. 68 CV); y en los restantes casos, desde que el comprador se haga cargo de las mercaderías; y si incumple su obligación de recibirlas, desde que el vendedor las ponga a su disposición (art. 69 CV). Cualquiera sea la regla, la transmisión de riesgo presupone la entrega de por parte del vendedor.

⁴ El art. 66 CV dispone: “La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor”.

(art. 31 a CV), que se hace con la intermediación de un tercero, de un porteador terrestre o marítimo y el vendedor cumple poniéndolas a cargo de este último. Ello, desde luego, imprime una mayor complejidad al problema que me ocupa. Ciertamente, no son pocos los casos en que la falta de conformidad existe al momento de la puesta a disposición de las mercaderías al primer porteador y ella se descubre el momento de su recepción en su lugar de destino o sencillamente se manifiesta después. Aquí la tensión entre la posición del comprador y la del vendedor es evidente; el primero se esmerará por justificar que la falta de conformidad existía el momento de la transmisión de riesgo, a lo menos su germen; en cambio, el vendedor, localizará la causa de la falta de conformidad en la ejecución de la prestación del transportista o porteador.

4. Las reglas sobre el riesgo de las mercaderías no ponen fin a los problemas de incumplimiento de contrato, la Convención debe dar unas reglas para el caso que el comprador se vea afectado por cualquiera clase de incumplimiento contractual que sobrentienda la entrega de las mercaderías. En el caso que interesa, la solución se encuentra en el régimen de remedios que la Convención instaura en sus artículos 45; y 74 a 79; y, en particular, para la falta de conformidad, en sus artículos 46 a 51. Quiere decir entonces que si el vendedor incumple sus obligaciones la transmisión del riesgo no constituye un obstáculo para que el comprador igualmente haga uso de los derechos y acciones que el mencionado régimen le reconoce.

5. El problema del incumplimiento contractual y el riesgo se aprecia en toda su dimensión cuando la pérdida o deterioro accidental de las mercaderías tiene lugar después de la transmisión del riesgo, estando las mercaderías, ya en manos del comprador, ya de algún tercero encargado suyo.

6. Cuando el legislador regula los efectos que el incumplimiento del vendedor produce en la transmisión del riesgo, puede disponer, o que el incumplimiento impida la transmisión del riesgo, sin que sea necesario plantear el problema sobre su incidencia en sus efectos⁵; o que pese a dicho incumplimiento la transmisión del riesgo igualmente se produzca, autorizando al comprador para hacer uso de cualquiera de los remedios para ese incumplimiento en particular.

7. La Convención norma especialmente el supuesto en que habiéndose transmitido el riesgo al comprador, resulta que el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial de sus obligaciones. En cambio, guarda silencio para

⁵ Por esta solución opta el legislador del Uniform Commercial Code de Estados Unidos de Norteamérica (en adelante el UCC), en su sección 2-510 (1). En ella se dispone que, si la falta de conformidad es de tal gravedad, como para autorizar al comprador a rechazar las mercaderías, la transmisión del riesgo no se produce. Por su parte, la Ley Uniforme sobre Compraventas Internacionales de la Haya de 1964 (en adelante LUCI) adopta la misma regla que el UCC, aunque no tan nítidamente como este último. El art. 97 (2) LUCI dispone que si el comprador resuelve el contrato, o demanda la sustitución de las mercaderías, la transmisión del riesgo no se produce. La regla en estos dos sistemas es para los casos de un incumplimiento esencial o significativo, no para otros. Es una regla drástica y por ello se la restringe para estos casos más graves. Finalmente, en Uncitral durante la discusión de Viena fue rechazada la propuesta de incluir una disposición que impidiera la transmisión del riesgo cuando el incumplimiento de vendedor fuera esencial, UNCITRAL; Official Records, II, pp. 407-408.

incumplimientos del vendedor de una entidad menor. La norma de interés es la del artículo 70 CV.

8. En este trabajo se busca develar cuál es el alcance de la solución prevista por Viena y su engarce con el sistema de responsabilidad por incumplimiento contractual y los efectos de la transmisión del riesgo de las mercaderías al comprador. Para estos efectos el itinerario será el que sigue. Primero, se examinará la solución dada por el artículo 70 CV; seguidamente, su relación con los artículos 36 y 82 (2), a) CV; y finalmente, se arribará a unas conclusiones.

II. LA SOLUCIÓN ADOPTADA POR LA CONVENCIÓN. EL ARTÍCULO 70 CV

En la CV –apartándose ella de su antecesora LUCI– el incumplimiento de vendedor no obsta la transmisión del riesgo⁶. Efectivamente, su art. 70 dispone: “Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento”. Y en su art. 36 (1) prescribe que el vendedor es responsable por cualquier falta de conformidad que exista al momento de la transmisión del riesgo.

El principio que se consagra es que el incumplimiento del vendedor no impide la transmisión del riesgo y que el comprador tiene abierto el camino para ejercitar los remedios que le reconoce la Convención para ese incumplimiento existente al tiempo de la transmisión del riesgo⁷.

⁶ En este sentido: ALCOVER GARAU, Guillermo, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional* (1ª ed., Madrid, 1991), p. 260; ROTH, P. M., *The Passing of Risk. Uncitral's First Decade. General Introduction International Sale of Goods*, en *Journal American Comparative Law* (Spring/Summer, 1979), p. 305. Pareciese entender lo contrario: HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales* (3ª ed., Kluwer Law Internacional, Estados Unidos, 1999), §§ 381 y 382. El autor afirma que con el art. 70 CV se alcanza el mismo resultado que con la sección 2-510 (1) del UCC. Sin embargo, después reconoce que, en el supuesto del art. 70 CV, la transmisión del riesgo igualmente se produce. En efecto, da un ejemplo de resolución parcial y sostiene que ésta sólo afectará a las mercaderías no conformes al momento de la transmisión del riesgo y no a las que se dañaron durante el tránsito. (par. 381a). Adicionalmente, declara lo mismo, respecto de la indemnización de daños, afirmando que el comprador sólo puede obtener los daños por las mercaderías no conformes al tiempo de la transmisión del riesgo (par. 381b)). Más adelante, precisa su posición expresando: “el art. 70 meramente dispone que el incumplimiento esencial del vendedor no priva de los remedios disponibles para el comprador en cuanto a ese incumplimiento. Este lenguaje no modifica las reglas de la Convención sobre la transmisión del riesgo. Los riesgos en estos casos se transmiten al comprador [art. 67 (1)] cuando las mercaderías son puestas en poder del primer porteador; el art. 70 meramente dice que cuando el vendedor comete incumplimiento esencial, los artículos sobre el riesgo de pérdida (artículos 67a 69), no privan al comprador de los referidos remedios” (par. 383)

⁷ Principio reconocido expresamente en la sentencia del caso argentino, donde el Tribunal rechaza la pretensión de resolver el contrato, porque el incumplimiento, alegado por el comprador [*falta de conformidad: deterioro de las mercaderías*], no existe al momento de la transmisión del riesgo. En el caso mexicano, el Tribunal declara, refiriéndose al efecto jurídico de la transmisión del riesgo al comprador: “[...] ello no significa que el vendedor queda totalmente liberado de su obligación en cuanto al menoscabo que puedan sufrir las mercancías, al menos que hubiese cumplido con todos los términos y condiciones que se pactaron, pues el vendedor es responsable de cualquier

Quiere decir que, dependiendo del incumplimiento, el comprador podrá: resolver el contrato (art. 49 CV⁸), demandar el cumplimiento específico, en cualquiera de sus modalidades (art. 46 CV⁹), exigir la reducción del precio (art. 50 CV¹⁰) y, en todo caso, demandar la indemnización de daños y perjuicios (artículos 45 (1) b¹¹ y 74 CV¹²), salvo, claro está, que el vendedor pruebe estar

falta de conformidad que exista al momento de la transmisión del riesgo, aun cuando esa falta de conformidad se manifieste después de ese momento, ya que si la falta es después de la transmisión del riesgo, el vendedor será responsable si ésta es causada por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones". [Considerando VII]. Laudo Arbitral de 29 de abril de 1996, dictado por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPROMEX) en la causa número M/21/95. Disponible en Internet en: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2376&dsmid=13356&x=1> (artículo 70 CV).

⁸ "(1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que la incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo (1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado. (2) No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace: a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega; b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable: i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento".

⁹ "(1) El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia. (2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. (3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento".

¹⁰ "Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos".

¹¹ "(1) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá [...] b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77".

¹² "La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización

exonerado de responsabilidad a objeto de liberarse de la obligación de indemnizar (art. 79(1)¹³ y (5)¹⁴ CV).

De cualquier forma, conviene tener presente que el comprador sólo podrá ejercitar estos remedios cuando el incumplimiento sea previo o coetáneo a la transmisión del riesgo. Si sólo se trata de la pérdida o deterioro accidental posterior ya no hay incumplimiento del vendedor, sólo se ha producido la realización de un riesgo que pertenece al comprador¹⁵. La exigencia de la conformidad de las mercaderías y de que éstas estén libres de todo derecho o pretensión de terceros está referida al momento de la entrega y transmisión del riesgo y no a un momento posterior.

Quiero anticipar que ni aun en el caso de incumplimiento esencial la reversión del riesgo no se produce; ella más bien resulta por vía de consecuencia y es, en todo caso, eventual: sólo si el comprador opta por la resolución del contrato o la sustitución de las mercaderías. En las líneas que siguen así lo demostraré.

no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato”.

¹³ “(1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”.

¹⁴ (5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.

¹⁵ SEVÓN, L., *Passing the Risk (Gefahrenübergang-Risques-Risk)*, en *The 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods*. Lausanne Colloquium of November 19-20, 1984 (Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985), p. 197, § B.2. El principio que rige, en esta materia, es que el comprador tiene a su disposición los remedios del art. 45 CV. Si las mercaderías defectuosas llegan a manos del comprador, en las mismas condiciones en que se hallaban al momento de la transmisión del riesgo, no se plantea ningún problema. Pero si las mercaderías se deterioran durante el camino, uno puede preguntarse si el deterioro es un riesgo del comprador y cuál es el efecto que tiene ese deterioro en los remedios disponibles para el comprador. El autor estima que la solución al problema se encuentra establecida en el art. 70 CV. El riesgo es del comprador. El comprador, puede, en consecuencia, reclamar la reducción del precio (art. 50 CV); o ejercer el remedio de la reparación de las mercaderías conforme el art. 46 (3) CV, pero solamente, en la medida que la falta de conformidad haya existido al tiempo de la transmisión del riesgo. El vendedor estaría obligado a remediar únicamente el defecto existente en ese tiempo, pero no el defecto que ha ocurrido durante el transporte. En el mismo sentido: HAGER, Günter, *Art. 70 CISG, Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods [CISG]*, en SCHLECHTRIEM Peter (ed.), (Second Edition in translation, Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press-Oxford, 1998), párr. 5. “El ejercicio de los remedios queda limitado a la extensión del incumplimiento previo a la transmisión del riesgo. Ello, principalmente, en relación con el remedio de la reducción del precio y la indemnización de daños”; NEUMAYER, Karl & MING, Catherine, *Convention de Vienne sur les contrat de vente internationale de marchandises, Commentarie* (Laussane, 1993), p. 455: “El comprador conserva sus derechos, aunque las mercaderías se hayan perdido o deteriorado, después de haberse transmitido el riesgo, pero no puede valerse de ellos, más que por los defectos que afectaban a aquéllas en el momento de la transmisión del riesgo, los defectos posteriores son de su cargo”.

1. Alcance del art. 70 CV

El tenor literal del precepto, en estudio, limita su ámbito de aplicación al incumplimiento esencial (art. 25 CV), sin embargo, si se recurre a la historia del establecimiento del precepto y se interpreta el precepto en conexión con el del art. 36 (1) CV, necesariamente uno debe inclinarse por la aplicación extensiva del art. 70 CV a todos los incumplimientos del vendedor, tengan o no éstos el carácter de esencial¹⁶.

En el proceso de elaboración y discusión del actual art. 70 (entonces art. 67 del Proyecto de 1978), la Comisión había aprobado la propuesta de extender la aplicación del precepto a todos los casos de incumplimiento; y en el informe de la etapa final de redacción del precepto, se indicaba claramente que así había ocurrido¹⁷. Sin embargo, no se enmienda la redacción del precepto y hoy aparece limitado a los incumplimientos esenciales¹⁸.

De la interpretación de los art. 70 y 36 (1), ambos de la CV, se infiere que la transmisión del riesgo al comprador no le priva del ejercicio de los remedios que le reconoce la CV si el vendedor incumple alguna de sus obligaciones contractuales, incluso cuando el incumplimiento se descubra o sea manifiesto después de haberse verificado dicha transmisión. Para la norma no tiene relevancia alguna la gravedad del incumplimiento, da igual si se trata de un incumplimiento esencial

¹⁶ A favor de la extensión analógica del precepto: BERNSTEIN, Herbert & LOOKOFSKY, Joseph, *A compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods* (USA, 1997), p. 80. “La regla del art. 70 se aplica exclusivamente a los casos de incumplimiento esencial. Si el incumplimiento no es esencial, éste debe aplicarse por analogía, por lo que una pérdida o daño accidental de las mercaderías no privará al comprador de los remedios ordinariamente disponibles tales como daños o reducción proporcional del precio”. En el mismo sentido: HEUZÉ, Vincent, *Vente internationale* (Paris, 1992), § 379; ENDERLEIN, Fritz & MASKOW, Dietrich, *Art. 79 CISG, International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods* (New York, 1992), Art. 70, § 2, p. 281. En contra: HERBER & CZERWENKA, *Art. 70, Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationem vom 11 April 1980 über den internationalen Warenkauf* (Munich, 1991), párr. 4; UNCITRAL, Secretariat Commentary, Art. 82, § 1, p. 66; OBERMAN, Neil Gary, *Transfer of Risk from Seller to Buyer in International Commercial Contracts: A Comparative Analysis of Risk Allocation under the CISG, UCC and Incoterms* (LL.M. Thesis Université Montréal, Canadá, 1997); trabajo publicado en Internet en: <http://www.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>, pp. 23-24. El autor, interpretando literalmente el precepto, afirma que el art. 70 CV se aplica exclusivamente a las situaciones de incumplimiento esencial.

¹⁷ UNCITRAL, *Report on Tenth Session (1977)*, Annex I (A/ 32/17) 149, § 555 [donde el art. 82 era numerado 68]; y UNCITRAL, *Tenth Session, Committee of the Whole I, Summary Record of the 29th Meeting*, 10 de junio de 1977, (A/CN.9 (X)/C.1/S.R.29), § 20-28.

¹⁸ ROTH, P.M., *The Passing of Risk*, cit. (n. 6), p. 305. Sobre el particular, el autor expresa que la solución obvia era eliminar la expresión “esencial” del precepto –refiriéndose al art. 82 del Proyecto de Convención de 1978–, siendo, en efecto, precisamente ésta la intención de Uncitral. Agrega que, probablemente, no se trata más que de un error, o equivocación, que espera pronto sea corregido. Consecuente con lo expresado, Hager, sostiene que la circunstancia de que el art. 70 confiere prioridad a las reglas sobre el incumplimiento solamente cuando hay incumplimiento esencial, es meramente un error de redacción del precepto. HAGER, Art. 70, cit. (n. 15), párr. 3-5^a.

o de uno que no lo sea¹⁹.

Viene a reforzar esta tesis el propio art. 45 CV, norma que cuando enumera los remedios para el comprador en caso de incumplimiento del vendedor, no hace distinción en orden a si el riesgo se le ha transmitido o no; ni menos sobre si después de haberse producido, el riesgo se realizó o no. Tampoco la hace en lo que concierne a la gravedad del incumplimiento. Para el precepto lo que interesa es que el vendedor haya incumplido alguna de sus obligaciones, incluso sin importar si ese incumplimiento está, o no, amparado por una causa de exoneración (art. 79(5) CV).

Si el incumplimiento es esencial, o no, permitirá definir para el caso concreto los remedios disponibles para el comprador; si lo es, el abanico se amplía comprendiendo, incluso, la resolución del contrato y la sustitución de las mercaderías.

En consecuencia, pese al tenor literal de la norma, ella se aplica cualquiera sea el incumplimiento del vendedor, sin importar si es, o no, esencial.

2. *Supuesto de artículo 70 CV*

Entonces, el supuesto del art. 70 CV es el que sigue: el vendedor incumple alguna de sus obligaciones y ocurre cualquiera de los presupuestos de la transmisión del riesgo descritos por los artículos 67 a 69 CV.

Este es el supuesto legal, sin embargo, la doctrina agrega, la pérdida o deterioro accidental posterior de las mercaderías. Se requiere, entonces, además, la realización del riesgo sin vinculación causal con el incumplimiento del vendedor. En realidad, este requisito adicional se justifica porque mientras no se realice el riesgo de las mercaderías no se presentará problema alguno. En todas las hipótesis de incumplimiento del vendedor que presuponen la entrega de las mercaderías, el comprador ejercerá los remedios asociados después de que la transmisión de riesgo se produzca. De otra forma la disposición sobraría.

Es importante considerar que el deterioro o pérdida de las mercaderías posterior a la transmisión del riesgo no debe tener por causa el incumplimiento del vendedor; si es así prevalecerá por especialidad el art. 66 *in fine*, sobre el art. 70 CV. El

¹⁹ Con una interpretación análoga a la nuestra: CAFFARENA LAPORTA, Jorge, *La transmisión del riesgo* (artículos 66-70 CV), en DIEZ-PICAZO Y PONCE LEÓN, Luis (director y coordinador) *La Compraventa Internacional de Mercaderías, Comentario de la Convención de Viena* (Madrid, 1998), p. 558. El comentarista expresa que el texto del precepto podría hacer pensar que en caso de incumplimiento no-esencial del contrato, los derechos del comprador podrían verse afectados si las mercaderías se han perdido, o deteriorado fortuitamente, tras haberse transmitido el riesgo. Más concretamente, que con base a dicho precepto podría afirmarse que en estos casos no cabría el ejercicio de dichos derechos de parte del comprador, con lo que el vendedor quedaría exonerado de toda responsabilidad. Esta interpretación a sensu contrario del precepto no es admisible, choca con los términos del art. 36 CV y conduce a un tratamiento diferente, con relación a los riesgos de los distintos tipos de incumplimiento, esencial y no esencial, que no encuentra justificación alguna. Por tanto, ante un incumplimiento no-esencial la transmisión del riesgo al comprador se produce igualmente, acorde las reglas de los artículos 67 CV y siguientes, pero ello no será óbice para que el comprador pueda ejercitar, por ejemplo, la acción de reducción del precio, debiendo tenerse en cuenta el estado de las mercaderías al momento de la transmisión del riesgo y no después de producido el accidente que causa el deterioro o pérdida.

primer precepto, precisamente, dispone sobre los efectos de la pérdida o deterioro causados por la acción u omisión del vendedor, esto es, no accidentales.

Para ilustrar el supuesto del art. 70, me permito ofrecer el siguiente caso hipotético. El vendedor entrega unas mercaderías que no son conformes al contrato (art. 36 (2) CV), cuyo riesgo se transmite al comprador cuando ellas son puestas a disposición del porteador, para su traslado al primero y la falta de conformidad constituye incumplimiento esencial del contrato (art. 25 CV). Durante el viaje, las mercaderías sufren un deterioro accidental, dañándose el cincuenta por ciento de la carga completa.

Según lo explicado arriba, el comprador podrá ejercer cualquiera de los remedios cuyo presupuesto sea precisamente una falta de conformidad que constituya un incumplimiento esencial, incluidos la resolución del contrato y la sustitución de las mercaderías. En lo que concierne a los otros remedios, ellos se limitarán al incumplimiento (falta de conformidad) y no se extenderán al daño subsecuente de las mercaderías. Por ende, si la falta de conformidad da derecho a reducción del precio, ésta se circunscribirá a la diferencia de entre el valor de las mercaderías entregadas y el precio del contrato, sin considerar el valor de las mercaderías deterioradas (riesgo accidental de cargo del comprador). Lo mismo, respecto del remedio de la indemnización de daños.

III. RELACIÓN DEL ARTÍCULO 70 CV Y LOS REMEDIOS DE QUE DISPONE EL COMPRADOR

El supuesto del artículo 70 CV y los remedios de que dispone el comprador.

Se ha dicho que en el supuesto del art. 70 CV el comprador puede ejercitar cualquiera de los remedios procedentes según el incumplimiento del vendedor y las circunstancias concretas. El comprador optará por aquél o aquellos remedios que más convengan a su interés contractual. El art. 45 ofrece un catálogo de los remedios que puede ejercitar el comprador.

Para los efectos de este trabajo cobra especial relevancia el supuesto en que el comprador opta, sea por la resolución del contrato (art. 49 CV), bien por la sustitución de las mercaderías no conformes (art. 46 (2) CV). Ambos remedios proceden cuando el incumplimiento esencial según el art. 25 CV²⁰ y para su ejercicio se requiere observar oportunamente unas cargas de comunicación por parte de acreedor²¹.

²⁰ En el caso de la resolución, hay casos en los que si bien el incumplimiento no es esencial, igualmente ella procede; me refiero a aquellos casos en los que el comprador concede un plazo suplementario para cumplir o subsanar el incumplimiento y el vendedor, o no cumple o subsana dentro de tiempo; o, derechamente, declara que no lo hará. La actitud rebelde del deudor es suficiente para abrir paso a la resolución. Así las cosas, la concesión de un plazo suplementario podría estimarse como un remedio de comprador que le sirve para preparar el camino para una ulterior resolución en caso que el vendedor no cumpla o subsane su incumplimiento.

²¹ Sobre las cargas de comunicación en el sistema de remedios de la Convención de Viena, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro Rodrigo, *La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile 18 (2005) 2, pp. 55-81.

Sin embargo, el ejercicio de estos remedios queda sujeto a una exigencia común adicional, la del artículo art. 82 (1) CV. De acuerdo al precepto el comprador pierde el derecho a resolver el contrato, o a exigir la entrega de mercaderías sustitutas, cuando le sea imposible restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido.

Si se atiende al propio supuesto de la norma del art. 70 CV, que como se ha explicado, sobrentiende la realización posterior de riesgo, sólo cabría concluir que al comprador le estaría privado ejercer los remedios aludidos, pudiendo recurrir sólo los restantes.

Es claro que en el supuesto objeto de análisis—como una consecuencia natural de la realización del riesgo—al comprador no le será posible restituir las mercaderías en los términos del art. 82(1) CV. Empero, esta regla reconoce excepciones y una de ellas es la del art. 82 (2), letra a), que dispone que el párrafo (1) no se aplicará cuando la imposibilidad de restituir las mercaderías, o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido, no fuere imputable a un acto u omisión suyas²².

Consecuentemente, si la realización del riesgo es accidental, en el sentido que no sea a causa de un acto u omisión del propio comprador, éste igualmente podrá resolver el contrato, o exigir unas mercaderías sustitutas, dándose lugar a los efectos extintivos y restitutorios de la resolución y sustitución de las mercaderías [art. 81], excepto en lo que concierna a la restitución de las mercaderías al vendedor en un estado idéntico al que se recibieron.

La regla del art. 82 por vía de consecuencia revierte el riesgo de las mercaderías al vendedor²³, quien en último término deberá pechar con las consecuencias de su realización, pese a que según los artículos 66 y siguientes, el riesgo se había traspasado al comprador. La justificación de esta solución está en el propio incumplimiento contractual de vendedor.

¿Qué consecuencia se sigue de aplicar el art. 82 (2), a) CV? La reversión del

²² Se advierte que, en los casos en que no concurra alguna de las excepciones previstas en el art. 82 (2), el comprador no queda privado de protección, ante el incumplimiento del vendedor, sino que tiene abierta la posibilidad de ejercicio de cualquiera de los otros remedios de que disponga. Efectivamente, el art. 83 CV declara que, cuando comprador haya perdido el derecho a declarar resuelto el contrato, o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas, éste conserva todos los demás derechos y acciones que le correspondan conforme al contrato y a la presente Convención. Esta disposición reconoce al comprador el *ius variandi*, autorizándole a cambiar de pretensión, optando por el ejercicio de otro remedio.

²³ Se debe tener presente que en el Código Civil español, en materia de acciones edilicias, el art. 1488 ofrece una solución diversa a la prevista en la CV, porque en ella no se priva al comprador de la acción estimatoria, o de rebaja del precio, cuando la cosa viciada [*vicio redhibitorio*] se pierde, por culpa suya. El art. citado dispone: “Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse”. Esta misma disposición la encontramos en el Código Civil chileno, específicamente, en el art. 1862, que reza: “Si la cosa viciosa ha perecido después de perfeccionado el contrato de venta, no por eso perderá el comprador el derecho que hubiere tenido a la rebaja del precio, aunque la cosa haya perecido en su poder y por su culpa”. Relacionando la norma del Código civil español con la disposición de la CV: CAFFARENA LAPORTA, Jorge, cit. (n. 19), p. 554.

riesgo por vía de consecuencia de que se habla, no es completa, su alcance está limitado al remedio ejercido por el comprador con relación al incumplimiento anterior, o coetáneo, a la transmisión del riesgo. Por ejemplo, si la resolución es parcial, o la sustitución se refiere sólo a algunas de las mercaderías –las no conformes al tiempo de la transmisión (art. 51 CV)– si las restantes mercaderías se pierden o deterioran, después de haberse transmitido el riesgo, la norma aplicable será la del art. 66 CV, esto es, es el comprador quien debe soportar la pérdida o deterioro, sin derecho a la reducción del precio, o a su restitución por las mercaderías afectadas. En el caso hipotético propuesto, el cincuenta por ciento de las mercaderías restantes, aquellas conformes al contrato, se pierden o deterioran sin que respecto de ellas el comprador pueda intentar restituirlas, resolviendo el contrato en esa parte o exigiendo la restitución de tales mercaderías.

No obstante lo dicho, lo dispuesto por el art. 82 (2) a) y el hecho que el art. 70 se refiera, única y exclusivamente al incumplimiento esencial del vendedor, lleva a sostener a algunos autores que el referido art. 70 ordena la reversión del riesgo al vendedor²⁴. Esta afirmación no es correcta y no lo es porque el precepto simplemente reconoce que la transmisión del riesgo y su realización accidental no privan al comprador del ejercicio de los remedios por el incumplimiento del vendedor anterior o coetáneo a dicha transmisión, incluido el de la resolución de contrato o la sustitución de las mercaderías, en cuyo caso tendrá aplicación la regla del art. 82 (2), a) CV.

Si el art. 70 CV dispusiera la reversión del riesgo al vendedor, significaría que cuando concurre su supuesto, debiere entenderse que el riesgo jamás se transmitió al comprador y, consecuentemente, no soportaría riesgo alguno de las mercaderías. En lo que interesa a este trabajo, querría decir que el comprador podría ejercitar dirigirse en contra de vendedor, tanto por sus incumplimientos anteriores o coetáneos a la transmisión del riesgo, como por cualquiera pérdida o deterioro, aunque accidental, posterior a la referida transmisión. En el caso hipotético anterior, el comprador no sólo tendría derecho a la indemnización de los daños causados por la falta de conformidad existente al momento de la transmisión del riesgo, sino también a los que se deriven de la pérdida o deterioro accidental de las mercaderías durante el viaje; y en el caso de remedio de la sustitución, ella no sólo comprenderá las mercaderías no conformes, sino también las últimas²⁵. Esto mismo se extendería al remedio de la rebaja de precio del art. 50 CV.

²⁴ Entre otros: ROTH, P.M., *The Passing of Risk*, cit. (n. 6), p. 303; ADAME GODARD, Jorge, *El contrato de compraventa internacional* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, N° 153, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994), p. 330; GARRO, Alejandro Miguel - ZUPPI, Luis Alberto, *Compraventa internacional de mercaderías* (Buenos Aires, 1990), p. 251.

²⁵ Cfr. ALCOVER GARAU, Guillermo, cit. (n. 6), pp. 262-263: El autor afirma que el hecho que el riesgo se haya transmitido al comprador, no impide la resolución del contrato, o la sustitución de las mercaderías fundado en el incumplimiento esencial del vendedor. La consecuencia práctica, es la misma, pero el comprador no se ve liberado de pagar el precio por la pérdida o deterioro posterior, sino por el incumplimiento esencial del vendedor, por lo tanto, no ejerce las acciones que le competen en virtud de la pérdida o deterioro, las que le están vedadas por aplicación del art. 66 CV, es decir, como consecuencia de la transmisión del riesgo. El riesgo no se retrotrae en ningún momento.

En el supuesto del art. 70 CV, el comprador es libre para ejercer el remedio que más le convenga; y si opta por la resolución o la sustitución, se produce una especie de reversión de riesgo limitada a las mercaderías afectadas por la falta de conformidad existente al tiempo de la transmisión del riesgo y no se extiende a aquellas que se hayan deteriorado o perdido accidentalmente después de ese momento. Esta llamada reversión por vía de consecuencia, es simplemente uno de los efectos que produce la resolución o la sustitución según las normas que reglan, en general, tales efectos.

La solución del art. 82 (2) a) CV viene a romper objetivamente el equilibrio contractual en perjuicio del interés del vendedor, quien ve extinguido su derecho a exigir el precio de las mercaderías o queda obligado a su restitución, recibiendo a cambio, cuando mucho, unas mercaderías deterioradas. En respuesta a esta falta de equilibrio que se aprecia y con el fin de evitar el enriquecimiento injustificado del comprador a costa del vendedor, el art. 84 (2) CV le impone la obligación de abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías, o de una parte de ellas cuando le sea imposible restituir la totalidad, o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiese recibido.

Es posible, de este modo, a partir del 84 (2) CV, construir una especie de *commodum representationis* a favor del vendedor, de manera que dentro de “los beneficios que haya obtenido (el comprador) de las mercaderías” se comprendan toda clase de indemnizaciones pagadas por una compañía de seguros, o un tercero responsable (por ejemplo, el transportista); y los derechos o acciones de que sea titular para su cobro²⁶. El vendedor, entonces, tiene derecho a exigir a su comprador que le abone el importe de la o las indemnizaciones que haya percibido, o que le ceda los derechos o acciones de que sea titular con relación a las mercaderías perdidas o deterioradas.

Se trata de un remedio excepcional de que dispone el vendedor cuando concurre el supuesto previsto por la norma y que actúa en sede de los efectos de la resolución del contrato o de la sustitución de las mercaderías. Se habla de una especie de *commodum representationis*, porque éste no coincide con el remedio general que se reconoce al acreedor, en caso de imposibilidad del cumplimiento específico de la obligación, propio de los sistemas de Derecho civil²⁷.

²⁶ En la doctrina, así lo reconoce expresamente, al comentar el art. 70 CV, con relación al art. 82 (2) a) CV, refiriéndose al derecho al pago de la indemnización del seguro. ENDERLEIN & MASKOW, Art. 70, cit. (n.16), § 2, p. 281. Y, en general, comentando el art. 84 (2) CV, afirmando que en este precepto se contempla un supuesto de “*subrogación*”, en el sentido que el beneficio se subroga en las mercaderías y distinguiendo entre *commodum ex re* y *commodum ex negotiatione*: LESER, Hans G. Art. 82 CISG, en SCHLECHTRIEM Peter (ed.), *Commentary on the UN Convention the International Sale of Goods (CISG)* (Second Edition in translation, Translated by Geoffrey Thomas, Clarendon Press, Oxford, 1998), § 23-28.

²⁷ En el Código Civil chileno, el *commodum representationis* consiste es un remedio en virtud del cual el acreedor ante la impracticabilidad del cumplimiento específico, puede reclamar de su deudor la cesión de todos los derechos y acciones que éste tuviese contra terceros, en razón del objeto de la prestación debida. Esta cesión no opera de pleno derecho, sino que es menester que el acreedor la reclame, como pretensión en el juicio respectivo (art. 1677 del Código civil) Se

IV. CONCLUSIONES

a) En la CV el incumplimiento del vendedor no impide la transmisión del riesgo al comprador, ni efectos jurídicos de su realización, salvo en el caso en que, por vía de consecuencia, cuando el comprador resuelva el contrato o demande la sustitución de las mercaderías, se produzca una especie de reversión del riesgo al vendedor.

b) La transmisión del riesgo sólo supone agotada la entrega de las mercaderías, sin que se entiendan cumplidas las restantes obligaciones del vendedor

c) Cualquier incumplimiento –sea o no esencial según el art. 25 CV– existente al momento de la transmisión del riesgo hace responsable al vendedor y autoriza al comprador para ejercer cualquiera de los remedios que le reconoce el art. 45 CV.

d) Si el incumplimiento es esencial y el comprador opta por la resolución del contrato o la sustitución de las mercaderías, el comprador no quedará obligado a la restitución de las mercaderías en idéntico estado al que las recibió.

e) El vendedor deberá restituir el precio o se extinguirá su derecho a exigirlo y tener derecho a lo sumo a la restitución de unas mercaderías dañadas. En este caso se reconoce al vendedor una especie de *commodum representationis* para exigir al comprador que le abone cualquiera indemnización que haya recibido por las mercaderías o la cesión de los derechos y acciones de que sea titular en contra de terceros.

[Recibido el 12 y aceptado el 28 de junio de 2006].

hace presente que este último precepto pone este remedio a disposición de las partes, inclusive cuando no se ha extinguido la obligación]. Cfr. con PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid, 1993), p. 1043; y en *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid, 1991), pp. 1727 y ss. El autor defiende que, dentro del Código Civil español, el acreedor dispone del “*commodum representationis*”, como remedio ante la imposibilidad del cumplimiento. El supuesto de hecho de este remedio es que el cumplimiento específico sea imposible.