



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Algunos efectos jurídicos de la transmisión de los riesgos en el contrato de compraventa internacional de mercaderías¹

Giseth Tatiana Sánchez Saavedra²

Resumen

En el contrato de compraventa internacional de mercaderías las mercancías recorren grandes distancias en las que pueden estar inmersas en obstáculos que impidan su llegada al destino. La teoría de los riesgos analiza dichos obstáculos como riesgos y deben ser soportados por alguna de las partes contractuales. Generalmente la transmisión de los riesgos concurre con la entrega. Cuando el vendedor entrega las mercancías al comprador a su vez le está transmitiendo los riesgos. La identificación del momento y lugar exacto de la transmisión permite la identificación de la parte que debe soportarlos. Esto varía en cada contrato ya que las partes bajo el principio de autonomía de la voluntad eligen la fecha y lugar que les convenga. Si su contrato está regulado por la Lex Mercatoria y aplican una regla Incoterm, estos regulan específicamente el momento de la transmisión de los riesgos.

Dicha transmisión de los riesgos genera efectos jurídicos que recaen en las partes y en la ejecución normal del contrato. Los que afectan el contrato se manifiestan por la imposibilidad en la que quedan las partes para cumplir sus obligaciones. Los que afecta a las partes cuando incurren en gastos adicionales al reemplazar o reparar las mercancías.

Palabras clave

Compraventa internacional, mercaderías, Autonomía de la voluntad, Lex Mercatoria, Incoterms, transmisión del riesgo, efectos jurídicos, Colombia.

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar el título de abogada de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del doctor Sergio Andrés Fernández Salas, docente de la Facultad de derecho.

² Estudiante en proceso de grado de la facultad de derecho de la Universidad Católica de Colombia identificada con el código estudiantil 2111600 y el correo electrónico gtsanchez00@ucatolica.edu.co

Legal effects of the transfer of risks of the seller to the buyer in a contract for the international sale of goods

Abstract

In the international merchandise sale contract, merchandise travel long distances in which they may be immersed in obstacles that prevent their arrival at their destination. Risk theory analyzes these obstacles as risks and must be borne by one of the contractual parties. Generally, the transfer of risks concurs with the delivery. When the seller delivers the goods to the buyer, he is in turn passing on the risks. The identification of the exact moment and place of the transmission allows the identification of the party that must bear them. This varies in each contract since the parties under the principle of autonomy of the will choose the date and place that suits them. If your contract is regulated by the Lex Mercatoria and an Incoterm rule applies, these specifically regulate the moment of transfer of risks.

Said transfer of risks generates legal effects that fall on the parties and on the normal performance of the contract. Those who assume the contract are manifested by the impossibility in which the parties remain to fulfill their obligations. Those that affect the parties when they incur additional expenses when replacing or repairing the goods.

Key words

International sale, merchandise, Autonomy of the will, Lex Mercatoria, Incoterms, transfer of risk, legal effects.

Sumario

Introducción. 1. Algunas aproximaciones conceptuales relevantes. 1.1. Una aproximación conceptual al Contrato de compraventa internacional de mercaderías. 1.2. Una aproximación conceptual al Principio de autonomía de la voluntad. 1.3. Una aproximación a la Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. 2. Regulación del

contrato de compraventa internacional de mercaderías por la Lex Mercatoria. 3. Incoterms. Reglas de interpretación e identificación de las obligaciones contractuales. 4. Las partes y la obligación de entrega de las mercaderías en el contrato de compraventa internacional. 5. Análisis de la transmisión de los riesgos: Convención de Viena de 1980 e Incoterms. 5.1. Momento y lugar de la transmisión de los riesgos. 5.2. Efectos jurídicos de la transmisión de los riesgos. 6. Conclusiones. Referencias

Introducción

La presente investigación se refiere a la transmisión de los riesgos en la compraventa internacional de mercaderías cuyos efectos jurídicos afectan considerablemente a las partes y al contrato. La transmisión de los riesgos opera en un momento y lugar específicos en los cuales el vendedor le transmite al comprador la responsabilidad total sobre las mercancías. En caso de que sufran algún riesgo (daños, pérdidas, deterioros, problemas jurídicos, aduaneros etc.) que obstaculice la ejecución del contrato, el comprador será quien deba asumir las consecuencias y subsanar el riesgo con la finalidad de que el objeto del contrato se cumpla. Al efectuarse un riesgo, aunque se remedie, el desarrollo normal del contrato siempre se va a ver afectado por los efectos jurídicos que se producen, que no solo recaen en la parte que lo soporta, sino también en la otra parte indirectamente o en el contrato (Cavaller, 2019).

Es de gran importancia desde el punto de vista profesional y académico identificar dichos efectos jurídicos porque su producción es totalmente ajena a las partes y cualquier persona que celebre este tipo de contratos puede resultar afectada. La identificación de los efectos jurídicos permite tomar decisiones antes, durante y después de la producción del riesgo que posibilitan su disminución y subsanación. Esta última es de carácter obligatorio, pues el contratante que esté soportando el riesgo, de acuerdo con la situación, debe enmendarla y en todo caso propiciar el cumplimiento de sus obligaciones so pena de incurrir en un incumplimiento contractual y en el pago de la indemnización por daños y perjuicios (Naciones Unidas, 1980). Desde el punto de vista profesional jurídico y académico otorga a los abogados y a los estudiantes de derecho herramientas jurídicas para la interpretación de casos específicos y sus posibles soluciones jurídicas. Teniendo en cuenta que su interpretación y solución deberá ser acorde con el rol jurídico en el que se actúe

y conforme con la normatividad aplicable para el caso. Esta investigación tiene como objetivos: determinar si la transmisión de los riesgos tiene efectos jurídicos; si los hay, identificar cuáles son y una vez identificados analizarlos para establecer cómo afectan positiva o negativamente a las partes y al contrato. Esto con la finalidad de responder a la pregunta de investigación ¿cuáles pueden ser algunos efectos jurídicos de la transmisión de los riesgos en un contrato de compraventa internacional de mercaderías de acuerdo con la Convención de Viena de 1980 y la Lex Mercatoria?

Para la metodología se implementó un método inductivo³-deductivo⁴ a partir de la revisión documental y doctrinaria. Concretamente, consistió en buscar y analizar textos normativos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 en adelante Convención de Viena de 1980 y textos científicos y académicos en diferentes bases de datos que aportaran una posible solución o hipótesis. Una vez recopilados los textos, se analizaron y se sustentó con la información sustraída la respuesta a la pregunta de investigación.

Con base en lo anterior y como se demostrará a lo largo de esta investigación se concluyó que los efectos jurídicos de la transmisión de los riesgos en el contrato de compraventa internacional son cinco. Dos de carácter subjetivo porque afectan directamente a las partes, estos son el detrimento patrimonial y la exoneración de responsabilidad. Dos de carácter objetivo porque afectan directamente al contrato o negocio jurídico, los cuales son el incumplimiento contractual y la modificación de las obligaciones contractuales. Y uno de carácter mixto porque afecta directamente tanto a las partes como al negocio jurídico y es la extinción de las obligaciones. Indirectamente todos los efectos jurídicos afectan tanto a las partes como al contrato.

³ La inducción se erige como una representación de las ciencias experimentales, sin querer decir con ello que su uso no se puede extender al campo de las ciencias sociales y humanas. Al no silogizar en términos de necesidad se entiende que el método inductivo es imperfecto; su imperfección deriva del número de casos que recoge. De aquí derivan: i) la inducción perfecta, donde en el empleo del método se recogen todos los casos particulares que constituyen la universalidad de la conclusión y; ii) la inducción imperfecta, donde se recogen algunos, pero no todos los casos de la universalidad de la conclusión (Agudelo, 2018).

⁴ El deductivo se presenta como método de investigación en los órdenes de una metodología judicial y como una forma de presentar respuesta a los casos. El empleo del método deductivo obra en la aplicación de teorías, que tienen vocación de generalidad, a casos concretos. Por ejemplo, en Colombia, partiendo del uso de la teoría de la sustitución constitucional, la Corte Constitucional responde al problema jurídico concreto sobre la posibilidad de establecer la figura de la reelección presidencial. El caso, aunque originalmente se mostraba como fácil, permitió pluralidad de respuestas, ya que se encontraba avalado por la tesis de legitimidad democrática (Agudelo, 2018).

Para demostrar la hipótesis anterior, el presente artículo está dividido en 3 secciones. La primera contiene conceptos relevantes para un entendimiento y contexto general del tema. La segunda abarca quiénes son las partes y en qué consiste la obligación de entrega en el contrato de compraventa internacional por estar estrechamente relacionada con el momento y lugar de la transmisión de los riesgos. La tercera que comprende el tema central se divide en dos, la primera determina el lugar y momento de la transmisión de los riesgos en sus diferentes escenarios y la segunda y última los efectos jurídicos de la transmisión de los riesgos.

1. Algunas aproximaciones conceptuales relevantes

1.1. Una aproximación conceptual al Contrato de compraventa internacional de mercaderías.

El contrato de compraventa internacional de mercaderías es el “contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar y transferir la propiedad de unas mercaderías y el comprador se compromete a pagar un precio por ellas y a recibirlas” (Monje, 2015, pág. 23). Esta operación de intercambio se da entre personas cuyos establecimientos de comercio están en diferentes países, por lo cual “está condicionada por una serie de factores, entre otros, las enormes distancias que deben recorrer las mercancías para ser colocadas en los lugares de destino y consumo” (Flint, 2015, pág. 151). Estos factores que condicionan el contrato pueden convertirse en factores de riesgo porque las mercancías al estar más tiempo en transporte quedan expuestas a más imprevistos que impidan su entrega o destino. Al ocurrir algún riesgo como por ejemplo la pérdida o deterioro de las mercancías se debe entrar a examinar cuál de las partes del contrato debe responder por ellas.

La solución a este problema está dada por la conocida doctrinalmente “Teoría de los Riesgos” que según Alzate (2013) “consiste en determinar quién soporta el menoscabo patrimonial que conlleva la pérdida del objeto de una prestación que tiene su causa en otra recíproca como en el caso de la compraventa” (pág. 281). Según esta teoría dicha determinación se establece por el momento y lugar de la transmisión que le hace el vendedor al comprador de dichos riesgos que generalmente pero no en todos los casos coincide con el momento y lugar de la obligación de entrega de las mercancías.

Los anteriores conceptos concuerdan con la noción de compraventa de la Convención de Viena de 1980 que, aunque no la define concretamente, del contenido de sus artículos 30 y 53 que estipulan las obligaciones de las partes se puede inferir. Y así lo ha demostrado la doctrina que no ha encontrado obstáculos para definirla (Martínez, 2019). Es así como “se puede entender por compraventa, a efectos de la CV, el contrato sinalagmático en virtud del cual una parte entrega a otra la propiedad de una mercancía a cambio del pago de un precio” (Martínez, 2019, pág. 142)

1.2. Una aproximación conceptual al Principio de Autonomía de la Voluntad

El Principio de Autonomía de la Voluntad es catalogado como uno de los más relevantes en el Derecho Internacional Privado y para efectos del contrato de compraventa internacional de mercaderías su importancia radica en que las partes tienen la libertad de establecer cualquier regla que satisfaga sus intereses siempre y cuando se sometan a los límites y cargas legales. Tan amplia es la libertad contractual que les concede este principio que tienen la facultad de estipular cualquier cláusula e incluso elegir cualquier ordenamiento jurídico para que regule su negocio y desconocer la aplicación de otros. Las partes pueden decidir la no aplicación de la Convención de Viena de 1980 que es la norma internacional que reglamenta de forma especial este contrato y es vinculante para los países que la ratifiquen, y en su lugar aplicar una norma interna de cualquier país o algún uso o costumbre de la *Lex Mercatoria* considerando siempre las consecuencias o efectos jurídicos que pueden consistir en la creación, concertación, modificación, transmisión, transferencia o extinción de un derecho o una obligación (Castro & Calonje, 2015).

Este principio, además, se complementa con el principio de *pacta sunt servanda* los cuales atribuyen a los contratantes la posibilidad de fijar normas que se convierten en obligatorias al momento de pactarlas. De manera que, en caso del incumplimiento de alguna de ellas la parte afectada puede exigir ante los tribunales judiciales o de arbitramento su respectivo cumplimiento. Sin embargo, se debe tener en cuenta que aquellas normas solo son obligatorias para ellos puesto que tendrán validez y eficacia dentro de los límites de su contrato. También otorga a los contratantes la libertad de modificar figuras o normas contractuales preestablecidas para adaptarlas

a sus intereses contractuales agregando, quitando o modificando cláusulas y condiciones. (Soro, 2016).

1.3. Una aproximación a la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías.

La Convención de Viena de 1980 es la principal norma internacional que regula este tipo de contrato. Se caracteriza por ser una norma de carácter dispositivo, es decir, que las partes bajo el principio de autonomía de la voluntad, como se mencionó, pueden convenir su inclusión o no como regulación del contrato. También pueden decidir aplicarla, pero complementarla, restringirla, anular o modificar alguna de sus disposiciones con base en alguno de los elementos de la Lex Mercatoria, como por ejemplo alguno de sus usos mercantiles como lo son las reglas Incoterms. En relación con esta última idea, una de las características que se debe resaltar de la Convención de Viena de 1980 es que dentro de su mismo cuerpo normativo prevé su propia carencia de disposiciones para ciertas circunstancias, reconociendo así la importancia de la incorporación de los usos y costumbres materializados como efecto de la autonomía de la voluntad al momento de superar las complicaciones en el comercio internacional derivadas sobre todo de la pluralidad de legislaciones (Calderón, 2017).

En este sentido y coincidiendo con Alzate (2013) cuando se regula el contrato por la Convención de Viena de 1980, y a su vez por la Lex Mercatoria al incluir alguno de sus elementos (usos o costumbres), la voluntad de las partes prevalecerá sobre las disposiciones de la Convención de Viena de 1980. Primero porque esta última no abarca todas las circunstancias especiales que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato. Y segundo porque sus prácticas y estipulaciones propias, o lo que es más importante de costumbre, desarrollan de manera puntual la voluntad e intereses de las partes.

2. Regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías por la Lex Mercatoria

El contrato de compraventa internacional de mercaderías puede estar regulado por diferentes instrumentos jurídicos dependiendo de la voluntad de las partes y de sus necesidades. Pueden convenir su regulación con base en el texto normativo de la Convención de Viena de 1980 o con base en los usos y costumbres que abarca la Lex Mercatoria. La implementación de esta última “podría ser aplicada directamente en la relación controvertida independientemente de su recepción por parte del Ordenamiento Estatal y es relevante para la interpretación, la integración de los contratos y la definición del contenido del contrato” (Glitz, 2017, pág. 214)

La Lex Mercatoria puede ser el instrumento que elijan los contratantes para que regulen su contrato. Es un propio derecho regulatorio creado por los particulares sin la intervención estatal ni legislativa, derivada de los usos y costumbres mercantiles. Su fuente o nacimiento está dada por la voluntad de las partes cuando deciden transformar aquellos usos y costumbres o sus prácticas comerciales en derecho obligatorio. (Mansilla, 2017). Su implementación está condicionada a aquellos asuntos o materias en las que los ordenamientos jurídicos estatales lo permiten. Es decir que pueden construir sus propias normas jurídicas en materia de contratos o en el ámbito mercantil siempre que no colisionen con normas imperativas y el orden público, ya que su desconocimiento puede ser causal de rechazo del exequátur del ordenamiento jurídico de un Estado, como por ejemplo el Estado de Colombia según los artículos 605 y siguientes de Código General del Proceso (Feuillade, 2020, pág. 54).

La Lex Mercatoria ofrece a los contratantes diferentes ventajas. Resuelve problemas propios del comercio internacional y su uso se ha convertido en un derecho reconocido mundialmente. Esta última idea se resalta teniendo en cuenta que hasta hace poco los jueces y árbitros no le daban validez jurídica a las cláusulas contractuales que creaban los contratantes. Surge al margen del Estado por lo cual es un derecho social esencial en la regulación de los comerciantes. También ofrece una profundidad de identidad de casos generales en el área mercantil y adaptación a los cambios comerciales ya que al nacer de los usos y costumbres su regulación se modifica para moldearse a los cambios internacionales mercantiles. Lo cual no se espera de una norma nacional o internacional por sus límites territoriales y políticos (Cándano, 2018). En relación con esta última idea, uno de los organismos internacionales encargado de la actualización de las reglas mercantiles es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional o CNUDMI que

es un órgano jurídico de composición universal dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial y modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional (Uncitral, 2004).

La CNUDMI elabora diversas clases de textos encaminados a modernizar y armonizar el derecho mercantil internacional. En general los textos son de carácter legislativo, como las convenciones, las leyes modelo y las guías legislativas, aunque también se preparan textos de otra índole, como las reglas contractuales, que pueden incorporarse en contratos comerciales y en guías jurídicas (Uncitral, 2004, pág. 2).

La Lex Mercatoria aspira a que los contratantes trasciendan su legislación interna, es decir de su derecho nacional y regulen sus relaciones por el derecho internacional. Para esta finalidad sus elementos como usos, prácticas y principios han sido recopilados por instrumentos internacionales de “derecho suave” para aumentar la seguridad jurídica entre los comerciantes. De sus elementos sobresalen los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio de París, los Principios Unidroit y los Principios Europeos de Derecho de Contratos (Vásquez & Vidal, 2018).

3. Los Incoterms. Reglas de interpretación e identificación de las obligaciones contractuales

Los Términos Comerciales Internacionales o Incoterms son reglas uniformes internacionales de naturaleza contractual, ya que su validez y eficacia depende de la voluntad de las partes una vez deciden someterse a ellas. Son fruto de las prácticas comerciales internacionales que facilitan la interpretación de las cláusulas del contrato. Influyen en las cláusulas de los costos, en las cláusulas de las obligaciones documentales, en las cláusulas que regulan los medios de transporte a utilizar, en la cláusula de la obligación de entrega y en la de la transferencia de los riesgos (Ortega, 2020).

La Cámara de Comercio Internacional (en adelante la CCI) es la institución creadora de los Incoterms. Es un ente privado no gubernamental ya que no está formado por Estados ni persigue objetivos políticos. Es una organización sin ánimo de lucro porque propiamente no persigue beneficios económicos sino facilitar y fomentar el comercio de sus miembros (empresas, multinacionales y profesionales del comercio) y de la comunidad internacional que sí buscan ganancias o beneficios, pero de forma independiente a esta. Su ámbito de actuación es internacional

y agrupa más de siete mil miembros de ciento cuarenta Estados y sigue creciendo. Es un puente entre lo privado y lo público ya que una de sus funciones es crear e implementar instrumentos de cooperación entre cualquier gobierno y los comerciantes para que logren alcanzar sus fines (Cavaller, 2019).

La CCI publicó por primera vez los Incoterms en 1936 y a partir de allí, conforme a la actividad comercial que se ha caracterizado por el dinamismo en sus operaciones, ha actualizado y modificado los términos en varias oportunidades hasta llegar a la versión más actual que son los Incoterms 2020. En esta versión existen 11 términos comerciales clasificados bajo diferentes criterios para facilitarle a los comerciantes su elección y su aplicación. Además, les permite a los contratantes aplicar las cláusulas contractuales e identificar las menores o mayores obligaciones de costes y riesgos tanto para el vendedor como para el comprador. Por ejemplo, cuando el vendedor tiene un mínimo de obligaciones los términos que se utilizan en el contrato son del grupo “E” con el cual el vendedor solo debe entregar las mercancías al comprador en su propio establecimiento de comercio. Cuando tiene mayores obligaciones los términos comunes aplicados son del grupo “D” con el cual el vendedor debe llevar desde su domicilio hasta el domicilio de comprador las mercancías. Esto último teniendo en cuenta que ambos domicilios están en diferentes países (Cavaller, 2019).

De acuerdo con lo publicado por la CCI (2020), los Incoterms son las herramientas comerciales más utilizadas por los comerciantes. Su objetivo principal además de ser instrumentos de interpretación es facilitar las operaciones mercantiles y establecer reglas por medio de las cuales el vendedor y comprador identifiquen sin problema sus derechos, obligaciones y responsabilidades. Su interpretación errónea puede terminar en conflictos, litigios y pérdidas económicas. Por tanto, es vital saber su contenido aplicarlos e interpretarlos de manera correcta para así brindar seguridad a los contratantes.

Para una interpretación correcta y una fácil aplicación la CCI clasificó y agrupó a los Incoterms por letras y por el tipo de transporte a utilizar. La clasificación de las letras permite determinar si el vendedor o el comprador tiene menores o mayores obligaciones. En cuanto al tipo

de transporte, la CCI estableció que los términos FOB⁵, FAS⁶, CIF⁷ y CFR⁸ están diseñados para el transporte marítimo y vías navegables interiores. Los demás para el transporte multimodal⁹. En relación con la agrupación de letras Losada (2018) lo explica de la siguiente manera:

Los términos han sido agrupados en cuatro categorías de letras: C, en donde el vendedor contrata el transporte sin asumir riesgos de pérdida o daño de la mercancías o costos adicionales después de la carga y despacho; D, donde el vendedor soporta todos los gastos y riesgos necesarios para llevar la mercancía al país de destino; E, que es el único término por el que el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador en el local del vendedor, y F, donde el vendedor se encarga de entregar la mercancía a un medio de transporte escogido por el comprador (pág. 713).

De la explicación que da Losada se puede deducir que los términos del grupo “E” exigen del vendedor pocas obligaciones y responsabilidades ya que su obligación consiste en entregar en su propio establecimiento las mercancías al comprador. Mientras que del comprador exige mayores obligaciones y responsabilidades porque este debe encargarse del traslado de las mercancías desde el domicilio del vendedor hasta el destino que tiene programado para aquellas que en todo caso es en un país diferente. Contrario a esto el grupo “D” exige mayores obligaciones y responsabilidades del vendedor quien debe entregar las mercancías en el establecimiento del comprador.

La relevancia de los Incoterms en el contrato de compraventa internacional radica en que estos regulan de manera específica las obligaciones de las partes. Cada modalidad de Incoterm de manera diferente establece el alcance del precio, el momento y lugar de la obligación de entrega de las mercaderías y de la transferencia de los riesgos, quién contrata y paga el transporte y el seguro y qué documentos tramita cada parte y su costo (Losada, 2018).

⁵ Free On Board - Franco a bordo (con indicación del puerto de carga)

⁶ Free Alongside Ship - Franco al costado del buque (con indicación del puerto de carga)

⁷ Cost, Insurance and Freight - Coste, seguro y flete (indicando puertos de destino)

⁸ Cost and Freight - Coste y flete (indicando puertos de destino)

⁹ En cuanto a sus características tecnológico- operativas, el transporte multimodal, intermodal o combinado, puede ser definido como la utilización de dos o más modos de transporte para el traslado de una misma carga desde el origen hasta un destino, lo que se realiza debido a razones económicas o porque las condiciones físico-geográficas así lo imponen (Murillo, 2014)

4. Las partes y la obligación de entrega de las mercancías en el contrato de compraventa internacional

El contrato de compraventa internacional tiene un elemento subjetivo que corresponde a las personas que lo celebran. Pueden ser personas naturales que tengan la capacidad de contratar o personas jurídicas que contratan a través de sus representantes legales con la correspondiente autorización o poder. Estos sujetos pueden contratar entre ausentes o entre presentes. En el contrato existen dos partes, el vendedor quien debe entregar las mercancías conforme a lo estipulado en el contrato, transferir su propiedad y entregar los documentos correspondientes al comprador quien deberá recibirlas y pagar su precio. Una característica de los sujetos en este contrato es que el vendedor y el comprador tienen sus domicilios o establecimientos en Estados diferentes. El ordenamiento del Estado aplicable debe haber ratificado la Convención de Viena de 1980 en caso de que decidan aplicarla. Incluso pueden regular el contrato aplicando el ordenamiento jurídico de un tercer Estado, por ejemplo, el Estado donde hayan firmado el contrato (Morales, 2017).

En cuanto a las obligaciones principales y de relevancia para el tema en estudio se debe decir que el vendedor sea persona natural o jurídica tiene la obligación de entregar las mercancías en la cantidad y calidad especificada en el contrato con su respectiva factura comercial y los documentos que prueben dicha calidad y cantidad. El comprador por su parte debe abonar el precio y pagar su totalidad en las fechas o plazos estipulados. Igualmente, al recibirlas tiene la carga de examinarlas o hacerlas examinar en caso de que las reciba algún porteador. Esto lo debe hacer para determinar que sean adecuadas y conformes al contrato y así poder notificar al vendedor en el tiempo razonable que fija la ley su falta de conformidad. So pena de tener que responder por ellas, aunque su falta de conformidad sea responsabilidad de vendedor. Estas son obligaciones básicas de cualquier compraventa, pero en este caso muy importantes por trascender en la transmisión de los riesgos como se comprenderá más adelante (Cabrera, 2020).

En relación con el momento de la entrega y recibimiento de la mercancía puede ser pactado por las partes en una cláusula del contrato con un plazo o un día exacto. En cuanto al lugar, este puede ser definido a través de la aplicación de una regla Incoterm mediante el cual se identifique con exactitud el lugar de entrega. Al respecto Flint (2015) afirma que:

El vendedor deberá entregar las mercaderías en el lugar estipulado en el contrato. Cuando se use una cláusula particular bastará con indicar el nombre de una ciudad o puerto, pero en otro caso habrá que señalar con precisión el lugar exacto de la entrega. Si éste no se especifica en el contrato, las normas del derecho aplicable a la compraventa determinarán dónde deberán entregarse las mercaderías. Por lo general, el lugar de entrega será el establecimiento del vendedor a menos que las mercaderías tengan que transportarse. En tal caso, será el lugar en que reciba las mercaderías el primer porteador independiente (pág. 161).

5. Análisis de la transmisión de los riesgos: Convención de Viena de 1980 e Incoterms

La transmisión de los riesgos está prevista tanto en la Convención de Viena de 1980 (artículo 66 a 69) como en los Incoterms. Por lo cual las siguientes secciones se analizarán bajo los dos supuestos teniendo en cuenta que la aplicación de cada uno dependerá de las partes. Empezaremos definiendo la transmisión de los riesgos como “el momento en que la responsabilidad de las mercaderías y los gastos correspondientes pasan del vendedor al comprador” (Flint, 2015, pág. 160). Por tanto, la transmisión de los riesgos se encarga de delimitar desde una perspectiva espacio – temporal la responsabilidad del vendedor y del comprador. De tal forma que el vendedor es responsable de la integridad y existencia de las mercancías hasta el lugar y fecha en que haya acordado con el comprador para entregarlas, momento desde el cual dicha integridad y existencia serán responsabilidad del comprador. Es importante mencionar que el riesgo de las mercaderías no se refiere únicamente a la pérdida o deterioro sino a cualquier evento externo a la voluntad de las partes que imposibilite la entrega total o parcial o de conformidad de las mercaderías. Al respecto López Carlos & López Esperanza (2018) afirman que:

aunque los Incoterms y la Convención de Viena únicamente hacen referencia a riesgos de pérdida o daño, los comentaristas de la Convención de Viena entienden que habrá que tener en cuenta otros supuestos, como robos, embargos o restricciones a las importaciones o las exportaciones (algunos de los cuales pueden estar excluidos de la póliza de seguros) (pág. 272).

5.1. Momento y lugar de la transmisión de los riesgos.

Atendiendo las estipulaciones de la Convención de Viena de 1980 por regla general el momento y lugar de la transferencia de los riesgos es el mismo del momento y lugar de la entrega de las mercancías. Pero hay circunstancias en las que la transferencia de los riesgos se da en un momento y lugar diferente al de la entrega. Aquellas excepciones casi siempre están previstas por los Incoterms que son reglas que abarcan diferentes circunstancias. Cavaller (2019) por ejemplo explica que son “reglas que resultan más precisas que la Convención de Viena de 1980 ya que se ocupan única y exclusivamente de delimitar de la manera más precisa posible el lugar de la entrega que conlleva la transmisión del riesgo” (pág. 115). En cualquier caso, las partes de conformidad con sus costumbres mercantiles decidirán en qué momento y lugar entregarán las mercancías. Pueden decidir que coincida con el momento y lugar de la transmisión de los riesgos o que estos se transmitan posterior o anterior a la entrega. (López & López, 2018).

El momento y lugar de la transmisión de los riesgos puede variar de la siguiente manera: cuando en el contrato incluyen el Incoterms EXW¹⁰ el vendedor tiene la obligación de poner a disposición del comprador las mercancías en su domicilio. Es ese momento y lugar el comprador recibirá las mercancías y asumirá los riesgos. Cuando pactan términos del grupo F la entrega también concurre con la transferencia del riesgo. Pero a diferencia del grupo E, el vendedor transmite los riesgos cuando entrega la mercancía ya identificada al primer porteador¹¹ designado por el comprador. Por su parte cuando estipulan incoterms del grupo C, el vendedor debe contratar el transporte, pero no asume riesgos de pérdida por hechos ocurridos después de la carga o despacho. Es decir que, aunque el vendedor es responsable de contratar el transporte para trasladar las mercancías, una vez carga esta última en el barco o avión, por ejemplo, el comprador empieza a asumir los riesgos. Esto último se explica porque la propiedad de las mercancías pasa al comprador cuando se emite el documento de conocimiento de embarque. Momento en el cual el comprador puede vender las mercancías estado en navegación a un tercero. Por lo que es lógico que en caso de la ocurrencia de un riesgo sea el comprador quien responda por ser el propietario y responsable de las mercancías.

¹⁰ Ex Works – En fábrica.

¹¹ Persona que asume la obligación de realizar el transporte de mercancías en nombre propio con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos (Real Academia Española).

Aunque el vendedor asume el transporte hasta el Estado de destino la transmisión del riesgo se produce en el Estado de salida de la mercancía y no en el lugar de destino de esta. La entrega puede realizarse ya sea al primer porteador (CPT¹², CIP¹³) o bien en el lugar de embarque (CFR y CIF). En estos casos el riesgo se transmite en una fase temprana de entrega de la cadena de transporte (Cavaller, 2019).

En los términos D la transmisión del riesgo se da en momento diferente al momento de la entrega porque aun implicando transporte el contrato, la mercancía solo se revisa en el puerto o lugar de destino en el cual se transmite los riesgos. Esto significa que el lugar designado se refiere a aquel hasta donde el vendedor debe pagar el transporte, es decir hasta el país de destino o del comprador. Pero la entrega se hace en el país de origen o del vendedor (Alzate, 2013).

Este momento y lugar de la transferencia de los riesgos también varía cuando el contrato implica o no transporte o si las mercancías se venden en tránsito. En estos casos, cuando el contrato implica transporte, ocurren dos circunstancias. Primero, cuando implique transporte, pero el vendedor no esté obligado a entregar las mercancías en un lugar determinado “el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa”. (Naciones Unidas, 1980) Segundo, cuando implique transporte, pero el vendedor esté obligado a entregar las mercancías en un lugar determinado, “el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar” (Naciones Unidas, 1980). Es decir que, a diferencia de la anterior, el riesgo se puede transmitir cuando se pongan en poder del segundo, tercer o cualquier otro porteador, según corresponda el lugar designado.

Cuando las mercancías se venden en tránsito la transmisión del riesgo se materializa una vez las partes celebren el contrato o desde el momento en que las mercaderías se pusieron en poder del porteador, siempre y cuando el vendedor no tuviese o debiese haber tenido conocimiento de la ocurrencia de la pérdida o deterioro de la mercancía (Flint, 2015).

¹² Carriage Paid to – Transporte pagado hasta.

¹³ Carriage and Insurance Paid – Transporte y seguro pagados hasta.

Cuando el contrato no implique transporte ni las mercancías se vendan en tránsito la Convención de Viena de 1980 en su artículo 69 explica que el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías y si no lo hace a su debido tiempo desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición teniendo en cuenta que no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas o revisadas de conformidad con el contrato (Naciones Unidas, 1980).

5.2. Efectos jurídicos de la transmisión de los riesgos.

Una vez identificadas las partes y sus obligaciones y determinando en qué momento y lugar se producen los riesgos, podemos determinar también qué parte del contrato, si el vendedor o comprador tiene que soportarlos. Lo que faltaría analizar es: cuáles son esos efectos jurídicos que se generan en el negocio jurídico, en las obligaciones y en cada una de las partes.

Para empezar, la Convención de Viena de 1980 en su artículo 66 establece que 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. En este caso la Convención de Viena de 1980 hace referencia cuando el comprador es quien asume el riesgo, sin embargo, puede ocurrir lo contrario. En tal caso, el vendedor tendrá que reponer o reparar las mercancías por su cuenta para responderle con su obligación de entrega al comprador. En ambos casos las partes deben asumir costos adicionales que generan un desequilibrio contractual por detrimento patrimonial a causa de esa pérdida o deterioro de las mercancías, lo que nos lleva a nuestro primer efecto jurídico como veremos a continuación (Naciones Unidas, 1980).

5.2.1. Desequilibrio económico contractual por detrimento patrimonial de la parte que soporta el riesgo por causa de la pérdida o deterioro de las mercancías

Primero debemos analizar el alcance de la expresión pérdida o deterioro toda vez que esta se debe comprender en un sentido amplio por las diferentes circunstancias que pueden producir el detrimento patrimonial. Al respecto Vidal & Oviedo (2016) afirman que:

La expresión “pérdida o deterioro”, debe entenderse en su sentido amplio, abarcando no sólo la destrucción física, sino también su extravío o robo y cualquier otra contingencia de hecho o jurídica que impida su recepción por parte del comprador. El deterioro comprende defectos materiales y jurídicos de las mercaderías, como la merma de ellas o la traba de un embargo o medida precautoria (pág. 171)

La solución en el caso de deterioro o pérdida de la mercadería la da la teoría de la transmisión del riesgo que en este caso es controversial porque se encamina a equilibrar la ejecución del contrato, pero no el detrimento que sufren las partes. Su solución es subordinada a que el vendedor o el comprador soporte el perjuicio económico sin que puedan exigir alguna compensación. De tal forma que altera en gran medida el postulado del equilibrio contractual de las partes en relación con sus prestaciones económicas (Cadena, 2012).

Si el riesgo lo soporta el vendedor tendrá que entregar otra en sustitución de la pérdida. Si lo soporta el comprador tendrá que pagar el precio sin recibir la cosa. Las prescripciones normativas se orientan al preciso momento a partir del cual la pérdida o el daño fortuito de la cosa no liberan al comprador de pagar el precio, y cómo desde este instante la pérdida de la cosa sólo perjudica al comprador, pues el vendedor no pierde su derecho al precio, y el comprador por tanto se encuentra obligado a pagarlo, es desde allí que el comprador soporta el riesgo, que es por tanto el de su transmisión desde el patrimonio del vendedor al patrimonio del comprador. (Alzate, 2013, pág. 282)

Ante cualquier circunstancia es importante determinar la causa del detrimento patrimonial porque si su ocurrencia tiene origen en la actividad voluntaria del vendedor o del comprador, las mercancías perdidas o dañadas deberán ser reparadas o reemplazadas por la parte que llevó a cabo dicha actividad voluntaria y no por quien esté soportando el riesgo así ya se lo haya transferido a la otra parte. En esta eventualidad se entiende que el riesgo nunca se transmitió al comprador, sino que siempre se mantuvo en cabeza del vendedor si se establece que este último es el responsable de que las mercaderías sufrieran menoscabo o detrimento en su cantidad o calidad. Sin embargo, para que el comprador pueda alegar la responsabilidad del vendedor tiene la obligación de notificar

la falta de conformidad de las mercancías a aquel so pena de asumir los riesgos y por ende el detrimento patrimonial (Cadena, 2012)

En cuanto al plazo para hacer la respectiva notificación de la falta de conformidad, la Convención de Viena de 1980 en su artículo 39 establece que este deberá ser razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto, y a más tardar, dos años contados desde la fecha en que las mercancías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual (Naciones Unidas, 1980). Por ejemplo, “si el vendedor conocía o debía conocer el deterioro de la mercadería y no lo hubiera comunicado al comprador, el riesgo lo asume el vendedor al constituir un claro incumplimiento del contrato por entregar mercaderías no conformes” (Cavaller, 2019, pág. 134).

5.2.2. Incumplimiento contractual

El incumplimiento contractual se define como aquella situación generada cuando la parte deudora frente a una obligación deja de cumplirla total o parcialmente y se genera en diferentes circunstancias. Puede generarse por un hecho externo que generalmente se conoce como fuerza mayor o caso fortuito y se caracteriza porque su causa es ajena a la voluntad de las partes. En este caso el hecho externo hace referencia al riesgo producido. Puede tener su origen por la voluntad de las partes es decir cuando el deudor por voluntad no cumple con sus obligaciones frente a lo cual se entraría a examinar la actitud del incumplido. Puede generarse el incumplimiento por cumplir la obligación, pero de forma tardía o con mora. En cada evento de incumplimiento se genera efectos jurídicos diferentes (Fayos, 2018).

Para algunos doctrinantes la transmisión del riesgo está estrechamente ligada al incumplimiento contractual. Entendiendo su relación porque una vez se genere el riesgo, es decir, la pérdida o deterioro de la mercancía el vendedor queda imposibilitado para cumplir con su obligación de entrega. Incurriendo así en un incumplimiento contractual. Compartiendo esta doctrina se determina como segundo efecto jurídico de la transmisión de los riesgos el incumplimiento contractual. Referente a esto Vidal y Oviedo (2016) afirman que:

la cistg no mira el problema del riesgo desde el objeto de la obligación de entrega –la cosa, sino que se centra en la obligación misma y en el eventual incumplimiento que puede producir la realización del riesgo; y, también, en la incidencia que tal realización produce en la posición del comprador, en orden a si el daño de las mercancías constituye o no incumplimiento de contrato –con las consecuencias que se deriven de uno u otro supuesto. (pág. 157).

Frente a este tema existen dos supuestos. Primero, cuando la producción del riesgo se genera después de su transmisión, es decir, cuando los está soportando el comprador hay cumplimiento contractual por parte del vendedor por tanto el comprador debe pagar el precio así las mercancías se hayan perdido o deteriorado. Excepto cuando el riesgo sea causado por acción u omisión del vendedor caso en el cual será este último quien deba responder así ya haya transmitido los riesgos. Segundo, cuando la producción del riesgo se genera antes de su transmisión al comprador el vendedor en cualquier circunstancia debe responder con su obligación de entrega de las mercancías. Si las mercancías se dañaron debe por su cuenta y riesgo repararlas o si perdieron debe reemplazarlas. En estos eventos al manifestarse el riesgo se manifiesta también el incumplimiento contractual porque aquel impide el cumplimiento de las obligaciones del contrato. Los riesgos generados como la pérdida de las mercancías o los daños son absorbidos por la teoría del incumplimiento contractual sin que interese la falta de imputabilidad de las partes (Vidal & Oviedo, 2016).

5.2.3. Modificación de las obligaciones contractuales preestablecidas.

Al haber incumplimiento en este caso por la producción de los riesgos las partes gozan de derechos y acciones no judiciales para solucionar los imprevistos y/o equilibrar el contrato. Siempre y cuando la parte que los invoque no sea quien soporte el riesgo. Como consecuencia de este primer efecto y con la finalidad de equilibrar el contrato y su ejecución se genera otro efecto jurídico que es la modificación de las obligaciones contractuales preestablecidas. En relación con esto Arnau (2016) afirma que:

la obligación nace para ser cumplida, no obstante, en ocasiones entre el nacimiento y la extinción de la obligación se pueden producir vicisitudes que implican cambios o modificaciones en las mismas, esas modificaciones de la obligación pueden establecerse por voluntad de las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad y/o circunstanciales (pág. 61).

La modificación de las obligaciones tiene lugar por los remedios de los que gozan las partes para superar las vicisitudes o riesgos generados. Remedios que son reconocidos por la Convención de Viena de 1980 en su artículo 45 y siguientes y 61 y siguientes (Naciones Unidas, 1980). Las modificaciones que puede sufrir las obligaciones del contrato cuando el comprador incumple por soportar un riesgo son las siguientes:

- a. **Plazo suplementario:** Esta modificación consiste en que el vendedor puede concederle un plazo superior al comprador para pagar el precio de las mercancías. La modificación radica en que el plazo o la fecha iniciales para pagar las mercancías cambia ya sea por aumento en el plazo o pactar una nueva fecha. (Art. 63).

- b. **Suspensión del contrato:** Consiste en que el vendedor puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones cuando sea manifiesto que el comprador no va a cumplir sus obligaciones ya sea por la imposibilidad que le genera un riesgo para cumplirlas o por otra circunstancia como la propia voluntad. En estos casos el vendedor debe notificarle tal decisión al comprador y si este último garantiza su cumplimiento el vendedor debe cumplir sus obligaciones conforme al contrato y optar por otro remedio como por ejemplo un plazo suplementario (Flint, 2015).

Por otro lado, las modificaciones que pueden sufrir las obligaciones del contrato cuando el vendedor incumple por soportar un riesgo son las siguientes:

- a. **Sustitución de las mercancías:** El vendedor debe sustituir las mercancías, es decir, entregar otras mercancías en las mismas condiciones y cantidades estipuladas en el contrato cuando el comprador así lo exija. El comprador deberá comunicar al vendedor la petición

de sustitución dentro de un plazo razonable. Esta modificación tiene lugar solo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato. Es decir, afecta el objeto principal del contrato (Art. 46).

- b. **Reparación de las mercancías:** En este caso el comprador exige del vendedor la reparación de las mercancías cuando estas han sufrido un menoscabo o daño. (Art. 46)
- c. **Plazo suplementario.** El comprador puede otorgar al vendedor un plazo mayor u otra fecha razonable para que lleve a cabo las actividades encaminadas a cumplir con su obligación de entrega. Por ejemplo, el vendedor necesitará un plazo suplementario de entrega en el cual pueda reparar o sustituir las mercancías. (Art. 47).
- d. **Rebaja en el precio.** Cuando todas o algunas de las mercancías sufren algún menoscabo o cuando algunas, pero no todas las mercancías se pierden, el comprador puede decidir recibirlas y rebajar el precio de ellas de forma proporcional. Siempre y cuando el vendedor no subsane el riesgo caso en el cual deberá pagar la totalidad del precio pactado inicialmente en el contrato (Art. 50).

Es de suma importancia tener en cuenta que una vez transmitido los riesgos al comprador este no puede solicitar ningún remedio o acordar alguna modificación a menos de que el riesgo sea por causa del vendedor. Vidal & Oviedo (2016) al respecto dan el siguiente ejemplo:

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

necesarias, cobrando relevancia la pretensión de cumplimiento específico (art. 62 cisg) y la resolución del contrato (art. 64 cisg) (pág. 172).

5.2.4. Exoneración de responsabilidad

En relación con el efecto jurídico de la exoneración de responsabilidad debemos aclarar de antemano que esta exoneración gira entorno al pago de la indemnización por daños y perjuicios. Este efecto jurídico lo analizaremos bajo el artículo 79 de la Convención de Viena de 1980 que es una norma de atribución y de exoneración de responsabilidad al consagrar un régimen de responsabilidad objetiva que se produce de manera automática con el incumplimiento. La norma abarca la producción de la responsabilidad por incumplimiento como regla general y los supuestos en los que a pesar de haber incumplimiento no hay responsabilidad por daños (Vidal O. Á., 2005).

El numeral 1 del artículo 79 consagra que:

una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no 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.

Este numeral lo analiza Oviedo Albán (2004) explicando que:

si la pérdida se debe a una causa extraña, caso fortuito o fuerza mayor, ocurrida en un momento que va entre el perfeccionamiento del contrato y la entrega material de la cosa, deberá preguntarse por cuál de las partes debe asumir esa pérdida, si el vendedor o el comprador, y, además, indagar por la suerte de las obligaciones de cada una de ellas. Igualmente deberá tomarse partido por el momento en que el riesgo será trasladado del vendedor al comprador. Como se advierte, es una aplicación de la teoría de riesgos, que consiste en determinar cuál es el sujeto que debe asumir las consecuencias patrimoniales resultantes de la inejecución de las obligaciones extinguidas en virtud de la pérdida de su

objeto, cuando tal inexecución tiene su origen en un caso fortuito del cual el deudor no es responsable” (pág. 197)

En cuanto al numeral 3, según el cual la exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento, se entiende como una:

exoneración normalmente de carácter temporal, mientras persistan las consecuencias del impedimento, lo que se traduce en el tiempo necesario para obtener nuevas mercaderías sustitutas idóneas para el cumplimiento o para corregir los deterioros. Si a pesar de tratarse de mercaderías fungibles tales consecuencias resultan razonablemente insuperables, habida cuenta de las circunstancias del caso, los efectos de la pérdida o deterioro se asimilan al caso de mercaderías únicas o específicas, (Vidal & Oviedo, 2016, pág. 174)

Por último, en relación con el numeral 5, el cual estipula que 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, hace referencia a los remedios que dan lugar a la modificación del contrato frente al incumplimiento de alguna de sus obligaciones, los cuales explicamos en el capítulo anterior, pero para dejar clara la idea, acudiremos a la explicación de Vidal Olivares (2005) el cual dice lo siguiente:

La distinción entre la responsabilidad por daños y los otros remedios por el incumplimiento se explica sobradamente porque: a) el impedimento exoneratorio del artículo 79 no extingue necesariamente la obligación y ello justifica la subsistencia de los remedios de cumplimiento específico, en cualquiera de sus modalidades [cumplimiento forzado, sustitución y reparación de las mercaderías defectuosas]; de la reducción del precio, y el ejercicio de la facultad resolutoria, y b) en la Convención de Viena de 1980 el presupuesto de hecho de la exoneración sigue siendo el "incumplimiento contractual", con el añadido de que su causa ha sido un impedimento fuera del control del deudor. Al concurrir el presupuesto común a todos los remedios, el único que se excluye es el de los daños, por expresa disposición del artículo 79 (pág. 66).

5.2.5. Extinción de las obligaciones.

La extinción de las obligaciones en la teoría de los riesgos como dijimos en capítulos anteriores es irrelevante porque la extinción de la obligación por la producción de un riesgo que imposibilita total o parcialmente su ejecución no tiene cabida ya que la obligación en cualquier circunstancia subsiste. Por esta razón las partes siempre deberán cumplir con sus obligaciones so pena de entrar en un incumplimiento contractual que genere daños y perjuicios. (Vidal & Oviedo, 2016). Sin embargo, puede llegar a ser un efecto jurídico cuando las partes deciden aplicar al contrato una norma nacional que consagre la extinción de las obligaciones como consecuencia de la fuerza mayor o caso fortuito o lo que es lo mismo de un riesgo.

Por ejemplo, si una de las partes tiene su domicilio en Colombia y junto con la otra parte acordaron regular el contrato bajo las leyes colombianas en caso de que se genere un riesgo la obligación puede extinguirse si lo regula el Código Civil. Alzate (2013) lo explica de la siguiente manera:

En Colombia esta teoría varía dependiendo del tipo de compraventa, civil o mercantil, lo que trae innumerables problemas casuísticos que no se referirán sólo a la compraventa internacional, aunque sí con mayor complejidad en ella, pues se plantea la necesidad distinguir el ámbito de aplicación, no entre dos regímenes, sino entre tres. Y es que no debe perderse vista que la Convención de Viena de 1980 no excluye como materia de su aplicación, ni a los contratos civiles, ni a aquellos celebrados por no comerciantes, sin perjuicio de las ventas de consumo que sí se encuentran excluidas. Por lo tanto, un operador jurídico que se encuentre frente a la teoría de los riesgos en un contrato de compraventa internacional de mercaderías en el que una de las partes tenga su establecimiento en Colombia deberá determinar cuál aplicar (en defecto de las estipulaciones contractuales) entre las normas de la Convención de Viena de 1980, las normas del Código Civil o las normas del Código de Comercio (pág. 282)..

De manera conclusiva en el código civil colombiano el riesgo por la pérdida de la cosa recae en el comprador y es por esto, que en caso de pérdida de la cosa debida, se extingue la obligación, a diferencia del Código de Comercio en el que el riesgo recae en la persona del

vendedor, y en el evento de presentarse pérdida de la cosa, la obligación no se extingue sino que se transforma, debiendo entregar el vendedor, el equivalente en dinero (Alzate, 2013, pág. 282).

6. Conclusiones

¿Cuáles pueden ser algunos efectos jurídicos de la transmisión de los riesgos en un contrato de compraventa internacional de mercaderías? Para responder a la pregunta deben ser precisados dos aspectos relevantes. Primero, que la simple transmisión de los riesgos que le hace el vendedor al comprador en el momento y lugar pactado genera el efecto jurídico de la responsabilidad. Consiste en que una vez el vendedor le transmite los riesgos al comprador, el vendedor deja de ser responsable de todo lo que le pueda ocurrir a las mercancías, mientras que el comprador empieza a asumir dicha responsabilidad. Sin embargo, y este es el segundo aspecto, la simple transmisión de esa responsabilidad no altera el negocio jurídico ni perjudica a las partes a menos de que se produzca el riesgo. De tal forma que la teoría de la transmisión de los riesgos y sus efectos obtiene relevancia dentro del contrato porque parte de la base de que se ha producido un riesgo. Partiendo de estas enunciaciones, aquí solo interesa responder a la pregunta cuáles pueden ser algunos efectos jurídicos de la transmisión de los riesgos en el contrato de compraventa internacional cuando se ha producido un riesgo, teniendo en cuenta que en estos casos se evidencia una afectación que recae en las partes y en el contrato.

Por tanto, bajo este análisis se identificaron cinco efectos jurídicos que pueden afectar directa e indirectamente a las partes y al negocio jurídico los cuales pueden concurrir o excluirse entre sí. Los efectos jurídicos identificados son: el detrimento patrimonial, incumplimiento contractual, modificación de las obligaciones contractuales, la exoneración de responsabilidad y la extinción de las obligaciones.

En cuanto al detrimento patrimonial se estableció que es un efecto jurídico que perjudica directamente a la parte del contrato que está soportando el riesgo. Cuando el vendedor no ha transmitido el riesgo al comprador o cuando no ha efectuado la obligación de entrega de las mercancías en caso de que estas concurren, debe soportar el riesgo. En tales circunstancias si las

mercancías se pierdan, se deterioran o se dañan el vendedor por su cuenta y riesgo deberá reemplazarlas o repararlas; devolver la totalidad del dinero, cuando el comprador decida resolver el contrato; o devolver parte del dinero cuando entregue una cantidad menor de mercaderías ya sea porque la otra cantidad se perdió o se dañó, o cuando las mercancías las entregue reparadas lo que disminuiría su valor. En estos eventos estaría incurriendo en gastos superiores y no previstos que le causan un detrimento patrimonial.

Cuando es el comprador quien está soportando el riesgo, es decir, cuando el vendedor ya se los transmitió, en caso de que las mercancías sufran alguna alteración o pérdida, no puede el comprador exigir la devolución del dinero si efectuó algún pago por las mercancías ni tampoco excusarse en la producción del riesgo para no pagar. Igual que el vendedor incurre en gastos adicionales e imprevistos que le causan un detrimento patrimonial porque estaría pagando por mercancías dañadas o que ya no existen según el riesgo generado.

La producción de cualquiera de los riesgos altera la ejecución del contrato impidiendo que las partes puedan cumplir con normalidad sus obligaciones. A menos que logren subsanar el riesgo antes del tiempo previsto o pactado para cumplirlas, lo cual es muy difícil teniendo en cuenta todos los factores que influyen en el contrato. Cuando no se logra este último cometido, la producción del riesgo origina el efecto del incumplimiento contractual porque la parte afectada queda imposibilitada para cumplir con sus obligaciones. Ya sea porque el riesgo le impide entregar las mercancías conforme al contrato. Por ejemplo, en el caso de que se deterioren, se dañen o se pierda una parte de la cantidad estipulada. Porque el riesgo le impida entregar las mercancías en el plazo o fecha pactada. Por ejemplo, para la reparación o reemplazo de las mercaderías se necesita tiempo adicional. Si por condiciones climáticas el transporte no llega a destino en la fecha pactada. En este efecto del incumplimiento contractual se estableció que recaer directamente en el contrato porque perturba su ejecución. En la parte que soporta el riesgo porque fuera de su voluntad incurre en un incumplimiento contractual y debe llevar a cabo todas a aquellas operaciones adicionales que remedien la situación. Y en la otra parte porque la perturbación de la ejecución esperada del contrato puede causarle alteraciones en costos, horarios, transporte, contratos con terceros, ventas etc. Según la destinación que el comprador planea darle a las mercancías.

Del incumplimiento contractual por la ocurrencia de un riesgo surgen dos efectos jurídicos adicionales. La modificación de las obligaciones contractuales y la exoneración de responsabilidad. La modificación de las obligaciones es un efecto que a su vez remedia los riesgos que causaron el incumplimiento contractual. A diferencia de la regulación interna que le dan algunos países a este tipo de situaciones (extinción de las obligaciones por fuerza mayor y caso fortuito) en el derecho internacional no hay lugar a la extinción del contrato, obligando a las partes en todo caso cumplir con sus obligaciones contractuales. Por tanto, cuando se produce el incumplimiento contractual por la producción de un riesgo, la parte que lo soporta, con consentimiento de la otra, debe remediar la situación con la finalidad del cumplir en todo caso el objeto del contrato. La Convención de Viena de 1980 estipula en su cuerpo normativo este efecto como los remedios del comprador y del vendedor ante un incumplimiento contractual. Permitiendo que las partes opten por modificar las condiciones de las obligaciones con dicha finalidad. Por ejemplo, pueden pactar un plazo mayor, otra fecha de entrega, reducir el precio, reducir la cantidad de mercancías a entregar, entregarlas y recibirlas con deterioros o daños o con alguna reparación o suspender el contrato. En estas circunstancias el negocio jurídico se altera porque las obligaciones iniciales se modifican.

Por otro lado, se estableció que, aunque por regla general el incumplimiento contractual da cabida a la indemnización por daños y perjuicios, cuando el incumplimiento es producto o es un efecto de la ocurrencia de un riesgo ajeno a la voluntad de las partes, la parte que incumple queda exonerado de la responsabilidad de pagar dicha indemnización. Esto se fundamenta en que el riesgo lo imposibilita de cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, nunca lo exonera del cumplimiento de estas. Una vez transcurrido el plazo suplementario o el tiempo razonable para que subsane el riesgo sin que se cumpla con las obligaciones, habrá no solo incumplimiento contractual, sino que se deberá pagar la sanción por daños y perjuicios.

Por último, en cuanto al efecto de la extinción de las obligaciones que es el único efecto que no concurre con ninguno de los anteriores, se estableció diferentes aspectos relevantes. Por regla general bajo el ordenamiento jurídico internacional privado (entiéndase como normas internacionales, *Lex Mercatoria*, principios *Unidroit* etc.) no se extingue el contrato por la producción de un riesgo ajeno a las partes. Sin embargo, cuando los contratantes bajo el principio de autonomía de la voluntad deciden regular el contrato con normas nacionales que estipulen lo

contrario, el contrato internacional puede extinguirse por la producción del riesgo. Como ocurre en el ordenamiento jurídico civil colombiano que estipula la extinción de las obligaciones cuando la cosa debida perece, se destruye o desaparece.

REFERENCIAS

- Agudelo, O. (2018). *La pregunta por el Método: Derecho y metodología de la investigación* (Primera ed.). (U. C. Colombia, Ed.) Bogotá D.C.
- Alzate, O. M. (2013). Los incoterms, el contrato de seguro y la compraventa internacional de mercaderías: La transferencia del dominio y del riesgo en el contrato de compraventa internacional y los incoterms, y su relación con el interés asegurable y la cobertura del seguro. (U. S. Aquino, Ed.) *Revista Principia Iuris*(19), 269-324. Recuperado el 2020, de <https://ucatolica-leyex-info.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/articulo/detalle/los-incoterms-el-contrato-de-seguro-y-la-compraventa-internacional-de-mercaderias-la-transferenci->
- Arnau, M. F. (2016). *Lecciones de derecho civil II: obligaciones y contratos* (Vol. I). D - Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions. Obtenido de <https://elibro-net.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/es/lc/ucatolica/titulos/51617>
- Cabrera, C. A. (2020). *Manual de uso de las reglas Incoterms 2020*. (M. books, Ed.) Recuperado el 2020, de <https://elibro-net.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/es/lc/ucatolica/titulos/130338>
- Cadena, A. W. (2012). La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista Diálogo de Saberes*(37), 27-48. Recuperado el 2020
- Calderón, M. E. (2017). Aplicación normativa de la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho*(22), 37-60. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6070286>
- Cándano, P. M. (2018). La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21(41), 149-162. Obtenido de DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3335>
- Castro, J., & Calonje, N. (2015). *Derecho de obligaciones. Aproximación a la praxis y a la constitucionalización* (Primera ed.). (U. C. Colombia, Ed.) Bogotá D.C.: JUS PRIVADO. Obtenido de <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/el-derecho-de-obligaciones/pubData/source/derecho-obligaciones.pdf>
- Cavaller, V. M. (2019). *En valor jurídico de los incoterms en el contrato de compraventa internacional de mercancías: ley aplicable y competencia judicial internacional*. Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, Barcelona. Recuperado el 2020, de https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/668111/MCV_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- CCI. (2020). *Incoterms*[®]. Cámara de Comercio Internacional. Recuperado el 2020, de <https://www.iccspain.org/incoterms-2020-2/>
- Fayos, G. A. (2018). *Derecho civil: Manuel de derecho de obligaciones y contratos*. Dykinson E-book. Obtenido de <https://elibro-net.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/es/lc/ucatolica/titulos/59060>
- Feuillade, M. C. (2020). *Derecho internacional Privado. Parte general*. Astrea. Obtenido de <https://www-astreavirtual-com-ar.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/reader?b=0098600>
- Flint, B. P. (2015). La compraventa internacional. *Revista de Actualidad mercantil*(4), 151-175. Obtenido de <https://www-metarevistas-com.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/Record/oai:revistaspucc:articleojs-14960>
- Glitz, F. (15 de marzo de 2017). Lex mercatoria: ¿orden jurídico autónomo? *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 5(9), 196-223. Recuperado el 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5981201>
- López, C., & López, E. (2018). La transmisión del riesgo en la veta CIF. *Revista Actualidad jurídica - Uría Menéndez*(49), 263-278. Recuperado el 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6810812>
- Losada, F. (2018). *Derecho del Transporte* (1 ed.). Astrea. Obtenido de <https://www-astreavirtual-com-ar.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/panel.php?b=0090200>.
- Mansilla, M. E. (2017). *Derecho internacional privado*. (I. Editores, Ed.)
- Martínez, W. F. (11 de abril de 2019). Régime jurídico aplicable a la compraventa internacional en Colombia. *Revista de Derecho*(52), 138-163. Recuperado el 2021, de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/11194>
- Monje, D. (2015). *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisonomía*. (Primera ed.). (U. C. Colombia, Ed.) Bogotá D.C.: JUS PRIVADO. Obtenido de <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/el-contrato-de-compraventa/pubData/source/El-contrato-de-compraventa-consensual.pdf>
- Morales, V. P. (2017). Compraventa internacional de mercaderías. *Revista Lex Mercatoria*(7), 83-90. Recuperado el 2020, de <https://revistas.innovacionumh.es/index.php/lexmercatoria/article/view/545/896>
- Murillo, J. (2014). *Transporte multimodal de carga en el contexto colombiano*. Universidad de Santander - UDES, Bucaramanga. Obtenido de <https://repositorio.udes.edu.co/bitstream/001/3018/1/Transporte%20multimodal%20de%20carga%20en%20el%20contexto%20colombiano.pdf>
- Naciones Unidas. (1980). *Convención de la Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*. Norma internacional. Recuperado el 2020, de <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

- Ortega, G. A. (2020). El valor jurídico del INCOTERM "EXW", a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 27 de junio de 2019. *Revista Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(1), 645-656. Obtenido de <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5211>
- Oviedo, A. J. (Diciembre de 2004). La transmisión de riesgo en e contrato de compraventa. Derecho colombiano y comparado. (P. U. Javeriana, Ed.) *Revista Vniversitas*(108), 192-223.
- Real Academia Española. (s.f.).
- Soro, R. O. (2016). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Reus. Recuperado el 2020, de <https://elibro-net.ucatolica.basesdedatosezproxy.com/es/lc/ucatolica/titulos/100497>
- Vásquez, F., & Vidal, Á. (enero - junio de 2018). Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la lex mercatoria. *Revista de Derecho Privado*(34), 233-275. Recuperado el 2020, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6368540>
- Vidal, O. Á. (2005). Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. *Revista de Derecho (valdivia)*, XVIII(1), 55-88. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100003
- Vidal, O. A., & Oviedo, A. J. (julio-diciembre de 2016). Riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional. Una aproximación desde el incumplimiento y los remedios del comprador. (U. E. Colombia, Ed.) *Revista de Derecho Privado*(31), 153-185. doi:<http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.06>