

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de
Mercaderías**

Abg. Juan Francisco Terán Sunca

Quito - Ecuador

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que se haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

*Abg. Juan Francisco Terán Sunca
Septiembre 22 de 2009*

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de
Mercaderías**

Abg. Juan Francisco Terán Sunca

Tutora: Dra. Carmen Amalia Simone Lasso

Quito – Ecuador

RESUMEN - ABSTRACTO

Desde los inicios de la vida en comunidad, y más precisamente con la evolución de las distintas técnicas mercantiles basadas en el intercambio de productos para la subsistencia, el tema del riesgo se ha visto envuelto como un elemento determinante para el comercio.

En el comercio internacional, debido a sus características, resulta fundamental establecer el momento de la transmisión del riesgo, puesto que es clave para determinar responsabilidades en caso de que un acontecimiento inesperado devenga en pérdida o deterioro de la mercadería materia del comercio.

Este tipo de comercio generalmente se lo realiza entre partes que pertenecen a distintos Estados sujetas a regímenes jurídicos distintos y son justamente estas diferencias las principales causas de los problemas y vacíos al momento de establecer la responsabilidad, derechos y obligaciones de las partes contratantes. Por ende, el establecimiento de un régimen de transmisión del riesgo, representa uno de los elementos más importantes dentro de la compraventa internacional de mercaderías.

Este trabajo busca estudiar el régimen de transmisión del riesgo aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías y por ello, resulta imperativo realizar un análisis de las convenciones que rigen la materia, de la legislación ecuatoriana y del derecho comparado. De igual forma, por su importancia y su proliferación dentro de la compraventa internacional de mercaderías actual, se analizará el régimen de transmisión del riesgo previsto en los Incoterms 2000, así como su validez y eficacia. Finalmente, se analizará la

“autosuficiencia contractual” y la “autonomía de la voluntad”, como nociones o herramientas para solucionar los problemas de transmisión del riesgo.

DEDICATORIA

A mis padres y a mi hermana, por ser más de lo que les pedí y de lo que en algunas ocasiones merecía. Por darme siempre más de lo que necesité y por brindarme todo lo que me hizo falta antes de que pudiera notarlo.

A Doru, Heidi y a mis abuelitos Ion y María, por ser, a pesar de la distancia, el mejor apoyo que podría pedir. Porque no pasa un día sin que sienta su cariño y la necesidad de tenerlos cerca.

A María José, por estar siempre a mi lado. Por ser transparente y derrochar a cada instante una inmensa bondad. Por su dulzura que alegra mis días y por hacer de cada uno de ellos una experiencia inolvidable. Por ser una persona increíble que me ha enseñado lo importante que es sonreír.

A todos porque sé que mis alegrías, son sus alegrías.

Índice

Introducción	8
CAPÍTULO I	12
• La evolución histórica del riesgo.	12
CAPÍTULO II	23
• Riesgos de la contratación comercial internacional de mercaderías.	23
• Estudio doctrinario sobre los mecanismos de transmisión del riesgo. ..	32
CAPÍTULO III	37
• La transmisión del riesgo en las convenciones internacionales.	37
• Los Incoterms 2000.	50
• La Transmisión del Riesgo en los Incoterms 2000.	52
• Características de los Incoterms.	54
• La transmisión del riesgo en la legislación ecuatoriana y en el derecho comparado.	65
CAPÍTULO IV	71
• Autosuficiencia contractual y la autonomía de la voluntad, dentro de la compraventa internacional de mercaderías, como mecanismos de establecimiento de responsabilidad y riesgo.	71

• Diferencias en la transmisión del riesgo cuando se utilizan los convenios internacionales; los Incoterms; o cuando se está únicamente a lo establecido en los contratos autosuficientes y a la autonomía de la voluntad.	79
• Análisis jurisprudencial de la utilización de los Incoterms y la aplicación de la autonomía de la voluntad como formas de establecer un régimen de transmisión del riesgo.	83
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	97
• Documentos electrónicos.	99
ANEXOS	102

Introducción

Desde los inicios de la vida en comunidad, y más precisamente con la evolución de las distintas técnicas mercantiles basadas en el intercambio de productos para la subsistencia, el tema del riesgo se ha visto envuelto como un elemento determinante del comercio.

La Real Academia de la Lengua Española define el riesgo como la “contingencia o proximidad de un daño”¹. Sin embargo entendamos por riesgo, y como concepto básico para este trabajo, al “daño potencial que puede surgir por un proceso presente o suceso futuro. Es la posibilidad de que un peligro pueda llegar a materializarse”².

El riesgo como elemento primordial de la contratación comercial debe su existencia básicamente al intercambio de productos perecibles y al trato particular que deben recibir éstos, extendiéndose más tarde a las dificultades en lo relativo al transporte y su aplicación en múltiples ámbitos.

La inseguridad en época antigua generada por el número de atracos y hundimientos de embarcaciones de transporte de mercaderías, sumados también a

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición; www.rae.es

² Biblioteca virtual Andina para la Prevención y Atención de Desastres Biva-Pad Colombia; Iniciativa liderada por el Comité Andino para la Prevención y Atención de Desastres (CAPRADE), con el apoyo de la Secretaría General de la Comunidad Andina y la Comisión Europea, a través del Proyecto PREDECAN, además de entidades como OPS, EIRD y CRID; <http://www.bivapadcolombia.org/conceptos.shtml>

los problemas en lo relativo a la responsabilidad sobre las pérdidas que éstos ocasionaban, eran asuntos que debían tratarse en el día a día y que modificaban drásticamente los resultados deseados. Por ello vemos que la consideración del riesgo ha venido desarrollándose y perfeccionándose a lo largo del tiempo, deviniendo además en una categorización bastante simple como es la que divide en riesgos físicos y riesgos morales, ambos de gran relevancia para el desarrollo del presente trabajo, puesto que influyen directamente en la actividad comercial y por ende en la transmisión del riesgo.

Resulta fundamental establecer dentro de la contratación comercial, el momento de la transmisión del riesgo, puesto que es el momento clave para establecer responsabilidades en caso de que un acontecimiento inesperado devenga en la pérdida o deterioro de la mercadería.

Es innegable que el establecimiento de un régimen de transmisión del riesgo es de suma importancia para un correcto desarrollo del comercio, además de existir en la actualidad un sin número de posibilidades y de variaciones, así como una proliferación de contratos atípicos, que han generado grandes obstáculos e importantes vacíos dentro de las distintas legislaciones y formas contractuales.

Es necesario señalar que por “transmisión del riesgo” se hace referencia al momento en que el riesgo de la contraprestación se consolida en el comprador”³.

Con lo antedicho, este trabajo busca estudiar el régimen de transmisión del riesgo aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías y por ello, resulta imperativo realizar un análisis de las convenciones que rigen la materia, de la legislación ecuatoriana y del derecho comparado. De igual forma, por su importancia y su proliferación dentro de la compraventa internacional de mercaderías actual, se analizará el régimen de transmisión del riesgo previsto en los Incoterms 2000, así como su validez y eficacia. También se analizará la “autosuficiencia contractual” y la “autonomía de la voluntad”, como nociones o herramientas para solucionar los problemas de transmisión del riesgo.

Para dar inicio al estudio de los temas mencionados, se realizará una descripción histórica breve con la cual se busca establecer el inicio de la consideración del riesgo como elemento de suma importancia en la contratación comercial, misma que en la actualidad ha generado un desarrollo legislativo y práctico, que busca hacer determinable y previsible un desenlace a divergencias.

Finalmente, es preciso mencionar una característica particular del riesgo, como lo establece el autor francés Peretti-Watel, quién plantea:

³ Francisco Oliva Blázquez; *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías*; ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 44.

“En la actualidad el riesgo se ve delimitado únicamente por nuestra imaginación, ya que en absolutamente todas nuestras acciones y actos de comercio, podemos reconocer un sin número de posibilidades de pérdida o incluso podemos imaginarlos y temerlos; y, con ello buscar seguridad”⁴. Incluso como lo establece Luhmann, “el riesgo no está exento de riesgo”⁵.

Resulta difícil regular todos los aspectos del riesgo inmersos en la contratación comercial, dado que evolucionan constantemente, haciendo de éste un tema complejo, intrigante, de difícil estudio, pero definitivamente necesario.

⁴Patrick Peretti-Watel, *Sociologie du Risque*; ed. Armand Colin 2000; p. 33

⁵ Luhmann Niklas, 1998. *Sociología del Riesgo*. México: Triana Editores; Universidad Iberoamericana, p.270

CAPÍTULO I

La evolución histórica del riesgo.

(Estudio de la evolución histórica del riesgo y su delimitación para su aplicación dentro de la compraventa internacional de mercaderías.)

En realidad la idea o consideración del riesgo aparece en estrecha relación con las diversas creencias religiosas. En la antigüedad, se medían las consecuencias y castigos “divinos” por parte de los dioses. Con esta perspectiva, se podría considerar que incluso este tipo de riesgos eran mesurables, pero se alejaban por mucho de lo científicamente cierto, que es lo que ha caracterizado a la cuantificación del riesgo en el ámbito comercial.

En la época antigua y principalmente en imperios reconocidos por su tradición naviera, se empezó a considerar al riesgo como un tema de gran importancia. Es decir, un tema que eminentemente debía ser tratado y resuelto por influir de manera considerable en el desarrollo normal de la actividad comercial.

Demos inicio a una descripción histórica breve, donde se denota la consideración del riesgo como elemento de suma importancia en la contratación comercial, y que nos permita entender el tratamiento del riesgo en la época moderna.

Es pertinente iniciar en Babilonia, situada en la región Mesopotámica (en torno a lo que hoy en día es Irak), civilización que tuvo su apogeo entre el 2.500 AC. y el 539 AC., considerada como punto estratégico comercial, ya que unía el Golfo Pérsico con el Mar Mediterráneo, permitía la interrelación entre Europa, Asia y África, significando que los demás países realizaban sus importaciones y exportaciones en Babilonia. Al tratarse de un punto central de comercio, los comerciantes compartían sus experiencias, así como sus distintas legislaciones que regulaban sus actividades. Recordemos que Babilonia es el lugar de proveniencia del Código de Hammurabi, mismo que contiene 282 artículos y en el que se establecen normas relacionadas con las construcciones navales, medidas de los fletes, las convenciones sobre enrolamiento, y la responsabilidad del transportista⁶.

Fue justamente en Babilonia donde se comenzó a acordar mecanismos para aminorar las pérdidas dadas por infortunios en las actividades comerciales. De este modo, y a manera de ejemplo, los miembros de una caravana asumían de manera conjunta las pérdidas sufridas por uno o varios de sus miembros, ya sea por atracos, destrucción u otros.

De igual forma en la India, se manejaba un amplio comercio exterior, mismo que se encontraba restringido para todas las personas que no pertenecieran a la clase de Veishyas⁷, quienes eran considerados como los mercedores de este tipo de

⁶ *Código de Hammurabi*: Artículos 239, 240, 275, 276 y 277.

⁷ Era considerada como la clase alta conformada por agricultores, industriales y mercaderes

actividad. De igual manera se “contaban con elementos poderosos que favorecían el tráfico, tales como buenos caminos, ríos navegables, peregrinaciones frecuentes, ferias renombradas, mercados surtidos, depósitos mercantiles”⁸. Los extranjeros acudían para proveerse de productos y comercializarlos en sus territorios, a diferencia de los mercaderes de la India quienes permanecían en su territorio, dando con ello lugar a que “el comercio exterior de la India, aunque importante por su cuantía, resultara pasivo por su carácter; siendo de advertir que el marítimo lo hacían principalmente los árabes y el terrestre los chinos”⁹.

Sin embargo, “el concepto de ‘prima de riesgo’ que se manejaba en la India, consistía en un incremento de los intereses a pagar, en caso de transportar las mercaderías por vía marítima”¹⁰. Los comerciantes a más de tener la obligación de contratar un “préstamo”, equiparable básicamente a lo que hoy en día es un seguro, para garantizar sus mercaderías, mismo que debía ser devuelto de manera inmediata en caso de no producirse ningún percance, si optaban por utilizar la vía marítima, debían pagar un interés adicional al “préstamo” adquirido, respondiendo de este modo a una consideración, valoración y cuantificación del riesgo latente.

En la civilización fenicia, se dio un desarrollo en las técnicas navieras, convirtiéndose en “los principales constructores y proveedores de embarcaciones a

⁸ Álvaro de la Helguera y García: *Manual Práctico de la Historia del Comercio*, Edición electrónica gratuita; Barcelona 2006. Texto completo en www.eumed.net/libros/2006.

⁹ (Álvaro de la Helguera y García: *Manual Práctico de la Historia del Comercio*)

¹⁰ Carlos Abel; *Instituto de Prácticas Bancarias y Financieras*; El Contrato Partes y Elementos-Aspectos Técnicos; Historia del Seguro; p.7

las demás civilizaciones de la época, entre las cuales Egipto”¹¹. En sus inicios se dedicaron a la piratería, y posteriormente hubo una proliferación del comercio en toda la región Mediterránea, ya que gracias al desarrollo de sus embarcaciones podían realizar excursiones por el “Atlántico, el Pacífico, el Mediterráneo y el Báltico, el mar Negro y el Rojo, el golfo Arábigo y el Pérsico, que les hicieron conocer muchos países hasta entonces ignorados, con los que entablaron relaciones mercantiles, y que ellos ocultaron con narraciones misteriosas para evitar que otros pueblos se lanzaran a frecuentarlos”¹². Sin embargo, para el año 1000 AC, fueron los griegos, gracias a la influencia directa de los fenicios, los que continuaron con el comercio en el área del Mediterráneo y uno de los mayores avances proporcionados por este imperio, y básicamente por los griegos de la Isla de Rodas, fue la creación de una regulación para la actividad marítima. Dichas normas consistían básicamente en una reglamentación para deshacerse del cargamento de un buque, evitando de esta forma los peligros inevitables propios del mar.

En el Imperio Romano, que se inició en el 200 AC y se prolongó hasta el 500 DC, a pesar de que la historia nos indica que los romanos no eran grandes comerciantes, surgieron múltiples regulaciones que ayudaron a controlar las diversas actividades comerciales. De este modo encontramos que se instauró el concepto de

¹¹ Donald Harden; *Los Fenicios*; ed. Orbis S.A. 1965; p. 139-147.

¹² (Álvaro de la Helguera y García: *Manual Práctico de la Historia del Comercio*)

“Pax Romana”¹³, con el cual se buscaba subsanar la inseguridad de las embarcaciones comerciales y garantizar un cierto grado de crecimiento en su comercio internacional. De igual manera, adoptaron y desarrollaron la regulación marítima de los griegos, llamándola “Lex Rhodia de Iactus” e incorporándola al Digesto. En dicha ley se establecía que de ocurrir una avería, los propietarios de buque y los de la carga debían soportar conjuntamente los gastos y daños ocasionados por acontecimientos que resultaren de un peligro común para la embarcación y la carga. Para nuestro interés, es preciso remarcar que existían sanciones para aquellas personas que ejercían de manera impropia los actos de comercio.

Posteriormente, con la caída del imperio Romano y ya dentro de la época feudal, básicamente con el apareamiento de las ciudades, con flotas navales y con la aparición de las “ferias comerciales”, se dio cabida al concepto del riesgo de pérdida o deterioro. Es precisamente en estas ferias, donde se comienzan a negociar por primera vez pólizas de seguros marítimos, para garantizar al beneficiario contra pérdida y destrucción de la mercancía que se encontraba en tránsito. Es así como aparece el comercio de bienes que se encontraban en otras partes, basándose en

¹³ Pax Romana; se refiere a la política de moderación adoptada en el 27 AC por el emperador Augustos, y culmina en el 180 DC con la muerte del emperador Marcos Aurelio. Es conocida como “la paz por la fuerza”.

descripciones o muestras, de modo de abaratar costos y de evitar los riesgos que el transporte implicaba¹⁴.

En la Edad Media, el comercio se desarrolló bajo los mismos preceptos anteriores, es decir basándose en la navegación y por lo tanto, con un dominio comercial por parte de aquellos que la dominaban. Es el caso de las ciudades de Repúblicas Italianas como Venecia, Génova, Pisa y Florencia, todas éstas caracterizadas por una gran habilidad para negociar y por grandes flotas navieras que les permitían un abundante comercio exterior esparcido entre Oriente y Occidente.

En el norte de Europa, en los siglos XII y XIII, principalmente en la región germánica, se fue constituyendo una asociación de pueblos comerciantes, quienes basaban su comercio en las costas del mar Báltico. Gracias al poderío que esta asociación fue adquiriendo, debido a la cantidad de pueblos que se unieron a la misma, se obtuvieron grandes beneficios comerciales que les permitieron un dominio absoluto. Para el año de 1364, recibieron el nombre de “Liga Anseática”, misma que “ejerció gran presión en la política internacional, pues con sus formidables escuadras y sus atrevidos negociantes, vencieron a Waldemar III de Dinamarca en una sangrienta guerra, ahuyentaron del Báltico las flotas de los

¹⁴ Debido a esta nueva técnica comercial surge la figura del contrato de “Compraventa” que subsiste hasta nuestros días.

terribles normandos, limpiaron los mares del Norte de la plaga de piratas, impusieron el respeto del derecho marítimo a la barbarie de los pueblos”¹⁵.

Sin embargo, la evolución del tratamiento del riesgo en el ámbito comercial, se vio afectado en la Edad Media con altibajos significativos. Por una parte, hubo la prohibición del Papa Gregorio IX (1230) de realizar préstamos, ya conocidos en la Edad Antigua, tendientes a garantizar el transporte de mercaderías. Nos referimos a aquellos préstamos para el transporte marítimo, sobre los cuales en caso de no ocurrir un infortunio, el beneficiario aparte de devolver lo prestado debía pagar un interés muy alto. Y por otra parte, el apareamiento del contrato de seguro marítimo en Génova en el 1343, representa una valoración directa del riesgo y sin duda un gran avance en la materia, que influyó en las prácticas comerciales en los demás territorios. Uno de los países que más evolucionó en esta dirección fue España, que a partir de 1357 proliferó la utilización de seguros de transporte. Así se refleja en el libro “El Consulado del Mar”¹⁶ de 1494, en el cual se cubría todo aquello susceptible de sufrir detrimento por causa de accidentes del mar, ya fuera en puerto o en tránsito. Para nuestro interés, encontramos que en la parte II, se daba tratamiento, entre otros, al pirateo, convoyes, seguro marítimo y letras de cambio. Cabe señalar y diferenciar que el Consulado del Mar como organismo jurídico-mercantil destinado a resolver las controversias en el comercio marítimo, tiene su

¹⁵ (Álvaro de la Helguera y García: Manual Práctico de la Historia del Comercio)

¹⁶ Es la primera obra que recopila las leyes y costumbres marítimas dispersas de los derechos romano, griego, bizantino, rodio, italiano, francés y español.

origen en el año 1063 en Italia, extendiéndose a Pisa, Mesina, Chipre, Constantinopla, Venecia, Montpellier, Valencia (1283), Mallorca (1343), Barcelona¹⁷ (1347), Perpiñán y Malta (siglo XVII).

No podemos dejar de mencionar al descubrimiento de América como el acontecimiento que inició una etapa de desarrollo comercial superlativo, debido fundamentalmente al aparecimiento de nuevas rutas navieras y comerciales, así como nuevos mercados y fuentes de materias primas. Estas rutas, por sus singulares características, implicaban una alta probabilidad de pérdida y por lo tanto, debía haber una mayor consideración del riesgo, hecho que contribuyó a la ya mencionada proliferación de los seguros de transporte.

A pesar de que en el siglo XIV aparecieron los primeros contratos¹⁸ de seguro, cuyo lazo con la apreciación del riesgo es innegable y directa, al igual que ocurre con múltiples regulaciones a dichos seguros. Es a partir del siglo XVII que surgen las primeras compañías aseguradoras, mismas que realizan una valoración matemática del riesgo en el comercio nacional e internacional. En América Latina, fue a partir de 1543 y gracias a la influencia de naciones europeas, que se comenzó a manejar el concepto del seguro; y, particularmente en Ecuador fue a fines de la Edad Moderna cuando surgió la primera compañía nacional de seguros (1895).

¹⁷ En Barcelona, se mantiene el Consulado del Mar como una parte de la Cámara de Comercio, destinado a resolver los diversos conflictos mercantiles.

¹⁸ En Génova, el 18 de febrero de 1343, apareció el primer contrato de seguro marítimo.

En la Edad Moderna, el desarrollo mercantil fue bastante más independiente en cada país y la dirección que tomó el tratamiento del riesgo se tradujo en una proliferación del uso de contratos de seguros, evidentemente desarrollados, pero sin llegar a un nuevo nivel en cuanto a la valoración del riesgo, como se da en la Edad Contemporánea.

En la Edad Contemporánea, con un desarrollo vertiginoso del comercio internacional, se ha evidenciado un avance en cuanto al tratamiento y consideración del riesgo. Se podía predecir que al existir un mayor comercio, aparecerían más conflictos debido a los vacíos en los distintos tipos de contratación, sin olvidar que al hablar de comercio internacional, se hace referencia a aquel que se lo realiza entre partes que pertenecen a distintos Estados y por ende sujetas a regímenes jurídicos diferentes. Estas diferencias jurídicas fueron generando dificultades al momento de establecer la responsabilidad, los derechos y obligaciones de las partes involucradas en una contratación. Específicamente en lo relativo al riesgo, se ha señalado al momento de transmisión de éste como el punto de mayor importancia, y el cual va a determinar el régimen jurídico aplicable, resolviendo de este modo la incertidumbre sobre las pérdidas.

De igual manera, se ha podido constatar una proliferación de la autonomía de la voluntad y la autosuficiencia contractual, como elementos determinantes en una contratación y que están llamadas a solventar o prevenir controversias. Sin embargo,

a nivel mundial se fue evidenciando la necesidad de adoptar normas llamadas a estandarizar las prácticas comerciales y con ello dar al tratamiento de riesgo un carácter de previsibilidad.

Con el crecimiento comercial también surgió la necesidad de un dialogo político, social y económico entre estados; y se fueron desarrollando mecanismos para evitar percances y garantizar ciertos niveles de seguridad, certidumbre y confianza aplicable en todos los ámbitos comerciales.

La necesidad de una unificación jurídica que ayudara a resolver los conflictos mercantiles internacionales, se fue haciendo evidente y por ello surgieron diversas instituciones como el Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado “UNIDROIT” y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional “CNUDMI”. Por otro lado, se produjo el apareamiento de Cortes Internacionales de Arbitraje, como la de la Cámara de Comercio Internacional de París y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Sin embargo, éstas no lograron atender las necesidades emergentes, y por ello tuvieron que aparecer tratados internacionales que regularan las operaciones comerciales internacionales.

Si bien no se pueden prever los accidentes, de una u otra manera se buscó hacer previsibles, al menos, los mecanismos de solución de divergencias. Pese a que nunca se ha alcanzado una perfección, se han ido logrando acuerdos que facilitan una estabilidad comercial. En lo que nos concierne, la necesidad de una regulación

internacional que facilite y estandarice el tratamiento del riesgo era imperativa; y, por ello, entre otras razones, en el año de 1980 surge la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercadería, la cual da un tratamiento especial y minucioso a diversos aspectos de la contratación comercial, y cuyo articulado incluye el tema de la transmisión del riesgo, convirtiéndose en el mayor avance para la materia conocido hasta este momento.

Concluimos este repaso histórico sobre la evolución del comercio, así como también sobre la consideración y valoración del riesgo dentro de la contratación comercial internacional, señalando que sin desmerecer el avance que se ha dado al tratamiento del riesgo en épocas antiguas, es sin duda en la Edad Contemporánea cuando se han logrado desarrollar instituciones e instrumentos que, con el consenso de la comunidad internacional, han resultado bastante eficaces en atención a las necesidades comerciales. El tratamiento del riesgo siempre ha ido de la mano del desarrollo comercial y de sus prácticas, incluyendo a la *lex mercatoria* así como al *soft law*. Se podría decir que ha ido evolucionando y adecuándose a las innovaciones surgidas, en la mayoría de los casos, por la autonomía de la voluntad inmersa en los contratos, misma que al convertirse en costumbre comercial, mediante la repetición y la aceptación, va generando la necesidad de ser normada, lo que finalmente en el tema que nos compete, deviene en textos jurídicos que dan tratamiento al riesgo dentro de la contratación comercial; y, por ende, dentro de la compraventa internacional de mercaderías.

CAPÍTULO II

Riesgos de la contratación comercial internacional de mercaderías.

Como se lo ha mencionado y, tras el repaso histórico realizado en el capítulo anterior, podemos determinar que en todas las actividades del ser humano existen riesgos, y que éstos en su mayoría, resultan cuantificables. No es la excepción el comercio, que por su carácter económico y sus distintas características de desarrollo, implica una necesaria consideración y valoración del riesgo.

En el comercio internacional, en sus distintas formas y principalmente en lo relativo al transporte de mercaderías materia de una contratación, el establecimiento de un régimen de transmisión del riesgo es fundamental, de tal modo que sea factible determinar quién deberá responder por las pérdidas en caso de haberlas.

Antes de iniciar con las distintas clasificaciones del riesgo, es preciso señalar que no todos los riesgos son transmisibles y para el presente trabajo se considera que la transmisión se produce en el riesgo de deterioro o pérdida de la mercadería materia de la compraventa internacional. Los demás riesgos que se mencionarán, responden factores que deben ser considerados porque modifican el cumplimiento de lo acordado por las partes.

En la teoría del riesgo, encontramos una clasificación bastante básica, misma que mencionamos en la introducción de este trabajo, y que nos será de gran utilidad

para determinar la responsabilidad de los sujetos de una contratación. La distinción entre riesgos físicos y riesgos morales; los primeros, entendidos como aquellos “inherentes” a la mercadería; y, los segundos, como aquéllos que “se asientan en la naturaleza humana”¹⁹, y permiten establecer la responsabilidad de las partes.

Dentro de los riesgos físicos y en lo relativo a la contratación comercial, podría considerarse a la edad, clase y estado del vehículo (nave, buque, tren, etc.). De igual manera podría considerarse la ruta que se emprenderá, así como la vulnerabilidad de la mercadería y su embalaje, entre muchos otros factores.

Otros riesgos físicos considerables serían los relativos a los fenómenos naturales, ya sean éstos incendios, inundaciones, huracanes o cualquier otro que afecte de manera directa el estado de la mercadería a transportar o afecte el transporte en si mismo.

Ahora bien, dentro de los riesgos morales se encontrarían aquellos que responden a una conducta humana y, por lo tanto, el fraude, la negligencia, el dolo, entre otros, quedan inmersos en esta categoría.

En definitiva, esta clasificación resulta bastante simple y relativa, ya que en un sin número de situaciones se pueden mezclar tanto riesgos físicos como riesgos morales, e incluso puede resultar una tarea extremadamente compleja el determinar

¹⁹ Carlos Abel; *Instituto de Prácticas Bancarias y Financieras*; El Contrato Partes y Elementos-Aspectos Técnicos; Historia del Seguro; p.7

cuál de ellos es el que prima y establece la responsabilidad de resarcimiento. Podríamos decir que el elemento dirimente es la posibilidad de cuantificación. Es decir, el riesgo físico es siempre medible, mientras que el riesgo moral no, y en el mejor de los casos se tratará de hacer una aproximación al costo de las pérdidas pero innegablemente será irreal.

A manera de ejemplo:

En el caso de un incendio en un buque que transporta productos textiles, existe un riesgo físico cuantificable siendo este el valor del buque, el valor de la mercadería y siempre podrá ser medido. Pero resulta imposible determinar el valor del riesgo si se tratare de un incendio provocado de manera intencional o culposa. Es decir el riesgo moral resulta indeterminable e inmedible debido a que resulta de una conducta humana imprevisible e incorrecta.

Por otra parte queda claro que dependiendo del tipo de contrato y los elementos que éste conlleve, involucrará distintos riesgos. Fundamentalmente en lo relativo a la modalidad del transporte, es donde se pondrán en evidencia el mayor número de riesgos cuantificables. Dicho de otro modo, el riesgo está inmerso en todas las actividades comerciales, pero al pactarse distintos medios de transporte, ya sea marítimo, aéreo, terrestre, o cualquier medio innovador, las consideraciones y valoraciones del riesgo varían.

Otro elemento imprescindible dentro de la consideración del riesgo es justamente el producto o mercadería a ser comercializada, puesto que el cuidado

particular que cada una de ellas requiere, aumenta o disminuye el riesgo medible. Podríamos establecer otra clasificación que viene a complementar la antes mencionada. Es así como Lascarro clasifica los riesgos de la contratación comercial como propios y externos.

Los riesgos propios son los que están relacionados con la clase de mercaderías, ya sea éstas perecederas o imperecederas. Dentro de los riesgos propios, “para el caso de las mercancías perecederas, existe el riesgo de maduramiento, descomposición y/o cambio de características, que dependen en forma directa de factores como cosecha, temperatura, humedad, manipulación, entre otros”²⁰; “para el caso de mercancías imperecederas, los riesgos propios dependerán o estarán ligados a su condición de fragilidad y delicadeza”²¹.

Es así como no resulta igual comercializar con rosas que hacerlo con vigas de acero. Las rosas por sus características deben ser transportadas en un tiempo determinado, en condiciones de temperatura, embalaje, humedad, entre otras, que les permitan llegar al destino en condiciones óptimas para su comercio. Por ello, su transporte generalmente se lo realiza por vía aérea y en contenedores refrigerados muy específicos, mientras que las vigas de acero, no dependen de una temperatura en particular, pero si deben recibir cuidados que eviten la oxidación y otros elementos que deteriorarían su calidad y su comercialización. Generalmente y por

²⁰ Álvaro E. Lascarro Leal; *El Transporte de Mercancías y sus Riesgos*; Biblioteca A.P. Corredores Internacionales de Reaseguros; Colombia 2002; p. 34.

²¹ (Álvaro E. Lascarro Leal; *El Transporte de Mercancías y sus Riesgos*; p. 34).

razones prácticas, el acero es transportado por vía marítima o terrestre. Es decir que los riesgos medibles resultan muy distintos entre estos productos, básicamente en todos los elementos considerables para una valoración del riesgo.

Para los riesgos externos, el autor no diferencia entre productos perecibles o imperecederos, simplemente los establece como aquellos ligados al “embalaje, la manipulación y los equipos de manipulación, equipos de carga y descarga, medios de transporte utilizados, entre otros”²².

Me parece adecuada la apreciación que realiza el autor colombiano antes citado, en relación a que es imperativo, antes de analizar otros riesgos, identificar si los riesgos propios de la mercancía son bajos, medios o altos.

Esta clasificación responde fundamentalmente a los productos materia de comercio, a diferencia de la anterior que está en relación con los tipos de riesgos.

Las clasificaciones mencionadas pueden ser consideradas como las más generales y amplias, pero existen muchos autores que al tratar el tema del riesgo en el comercio internacional y por ende, en la compraventa internacional de mercancías, hacen referencia a otros tipos de riesgo que indudablemente tienen gran relevancia.

²² (Álvaro E. Lascarro Leal; *El Transporte de Mercancías y sus Riesgos*; p. 35).

Sin embargo, los riesgos que mencionaremos a continuación no son susceptibles de ser transmitidos, pero reflejan ciertas consideraciones que deben realizar las partes contratantes por ser elementos que influyen de manera directa y pueden alterar drásticamente la contratación comercial internacional.

Es así como encontramos los riesgos políticos, mismos que provienen de circunstancias políticas o económicas de los países con los que se comercia o del país al que pertenecen las partes que realizan el comercio. Esto implica una consideración a la proveniencia de la otra parte contratante puesto que varía el riesgo de un país a otro. Al mencionar este tipo de riesgos, hacemos referencia a medidas políticas que generan una afectación a la capacidad de sus residentes de realizar transacciones, ya sea por fuerza mayor (restricciones al comercio por catástrofes, guerras, etc.), o por políticas arbitrarias en respuesta de planes de gobierno (generalmente medidas llamadas a atraer la aceptación popular, pero que alteran el comercio).

A manera de ejemplo se puede señalar la atención que busca captar el gobierno actual por medio del aumento del “bono de pobreza” o del “salario básico unificado”, que si bien socialmente resultan justos, desde el punto de vista financiero y comercial, devienen en un incremento de la inflación, que indudablemente altera la estabilidad comercial.

En relación a lo recién mencionado, podemos encontrar a los riesgos financieros, que son aquellos que guardan relación con las operaciones financieras y su gestión. De este modo podemos mencionar que las variaciones en el tipo de cambio entre divisas o la variación en los niveles porcentuales de los intereses, alteran en gran medida el comercio internacional. La incertidumbre que se deriva de las variaciones en la cotización de divisas, puede transformar un acto de comercio de positivo a negativo, de ganancia a pérdida.

Resulta muy fácil citar un ejemplo al respecto:

En el año 1999 en el Ecuador se dio la dolarización, lo cual resulto beneficioso para todos aquellos que contrajeron deudas en sucres (de múltiples negocios indistintamente). Sin embargo para las compañías extranjeras que comercializaron sus productos a crédito, el cambio de moneda les significó una pérdida de grandes proporciones (aproximadamente la relación de veinticinco mil a uno). Ahora también, es cierto que aquellos que tenían créditos por pagar con una entidad financiera con un interés de más del cincuenta por ciento, pasaron a pagar un interés del doce, diez y hasta del ocho por ciento. Algo muy bueno para los deudores y crítico para los acreedores, ya sean entidades financieras o agentes de comercio.

Uno de los más importantes indicadores determinantes dentro del comercio internacional contemporáneo es el conocido como “riesgo país”, que si bien es un riesgo “macro” no susceptible de ser transmitido, indudablemente debe ser mencionado en este trabajo. Este tipo de riesgo está conformado por varios elementos y hasta podría considerarse como aquél en el que se suman múltiples riesgos. La medición de este riesgo marcará la pauta para la inversión extranjera y

será determinante para el comercio. Tiene relación con la situación política, social, económica y macroeconómica del país, mismas que podrían llegar a afectar el cumplimiento de un contrato.

A manera de ejemplo se puede mencionar que el Ecuador, ha ido incrementando su índice de riesgo país debido a la inestabilidad política de los últimos quince años, así como por su inestabilidad económica y el bajo poder adquisitivo de los habitantes. Factores como la dolarización, la pública corrupción o la actual restricción a las importaciones, han generado un índice de riesgo muy elevado. Estos factores se reflejan en el comercio de manera directa, significando una consideración mayor por parte de los comerciantes, quienes se ven obligados a evaluar las incrementadas posibilidades de pérdida o incumplimientos contractuales. La consideración del riesgo país tiene una importancia tan grande que a nivel internacional que incluso las tasas de interés y la accesibilidad a créditos internacionales, están sujetos directamente a la categoría establecida por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)²³, quien es el órgano colegiado llamado a realizar una clasificación de países en relación al riesgo país.

²³ **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**, es una organización de cooperación internacional, compuesta por 30 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fundada en 1960 con el fin de armonizar políticas para maximizar su crecimiento económico y su desarrollo.

Dentro de los riesgos en el comercio internacional que hemos señalado, por considerarlos como los más comunes y de mayor relevancia, se encuentran los riesgos fiscales. Éstos hacen referencia a los impuestos o exenciones que pueden alterar el proceder normal del comercio. No hay duda que este tipo de riesgos tienen estrecha relación con los riesgos políticos, pero hay autores que consideran que merecen ser separados de los demás. La mejor manera de entender este tipo de riesgos es con un ejemplo que los ilustre:

Imaginemos que una empresa alemana envía al Ecuador veinte automóviles BMW último modelo. En la negociación se establece que el costo del transporte queda a manos del vendedor hasta ser entregados en el local de la compañía ecuatoriana que los compra. Se realiza un cálculo y se determina que los aranceles a pagar equivalen al diez por ciento del valor de la carga, y por lo tanto, el rendimiento del negocio para el vendedor resulta bastante bueno. Al momento de ingresar la mercadería a territorio ecuatoriano se le informa a la compañía que aparte de los tributos que conocía que debía pagar, deberá cancelar un arancel adicional dado que los automóviles de lujo forman parte de una categoría distinta. Para concluir el ejemplo, imaginemos que súbitamente se implanta una restricción a las importaciones y la gente de aduanas pide una “comisión” para que se logre sacar la mercadería.

Además de ficticio, el ejemplo parece bastante exagerado, sin embargo dibuja bastante bien la realidad de muchos países cuyo índice de riesgo país está por las nubes. Como un mero dato informativo, sepamos que en la actualidad el Ecuador tiene aproximadamente cuatro mil puntos de riesgo país, lo que le equivale un

cuarenta por ciento adicional en tasas de interés para sus créditos internacionales y representa el más alto en América Latina²⁴.

Finalmente, cabe señalar que en el estudio de los riesgos de la contratación comercial internacional, no existen limitaciones. Absolutamente todos los riesgos deben ser considerados y nunca han faltado, ni faltarán autores que recopilando la experiencia comercial, establezcan nuevos riesgos a tener en cuenta. Nuevamente tendríamos que concluir afirmando que los riesgos y sus clasificaciones se delimitan únicamente por la imaginación y el avance de las técnicas de comercio.

Estudio doctrinario sobre los mecanismos de transmisión del riesgo.

A pesar de ser un tema de gran importancia, la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías resulta ser relativamente poco tratada. Generalmente los autores se han enmarcado en los convenios internacionales en los que se establecen parámetros de comportamiento y solución de algunos de los problemas existentes en la compraventa internacional de mercaderías. De este modo, las Convenciones de Viena y de Roma, han pasado a tener una característica estelar dentro del comercio internacional. Sin embargo, no se puede omitir el régimen de transmisión de riesgos establecidos en las legislaciones de algunos Estados y el

²⁴ Diario El Comercio; 27 de enero 2009;
http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=252942&id_seccion=6

tratamiento que ciertos autores han dado a este tema. De este modo se puede decir que existe un “triple régimen en el derecho privado”²⁵ a ser considerado, y es así como debe observarse el derecho civil, derecho mercantil y el derecho internacional, como los reguladores de la materia que nos concierne.

Con lo antedicho, podemos determinar que es fundamental dentro de este análisis y en dirección a nuestra materia de estudio, establecer los principios básicos que rigen los distintos sistemas jurídicos en cuanto a la transmisión del riesgo, primordialmente en lo comercial, ya que en un siguiente capítulo estudiaremos el ámbito internacional.

En el derecho romano resulta necesario tener en consideración el momento exacto de perfeccionamiento del contrato. En esta escuela, se considera que a la vez que se perfecciona el contrato, se produce la transmisión del riesgo por parte del vendedor al comprador. Es decir que, la norma “*Periculum Emptoris*”, que hace referencia a lo antedicho, establece que el comprador debe responder por la pérdida fortuita de la cosa materia del contrato, desde el momento de perfeccionamiento del mismo”²⁶.

El comprador mantiene la obligación de cumplir la contraprestación, ya que es éste quien asume el riesgo y por ende es el responsable en caso de producirse

²⁵ Jorge Oviedo Albán; *El derecho mercantil internacional*; Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá 2004, p. 27.

²⁶ Jorge Adame Goddard; *La regla periculum est emptoris aplicada a la compraventa internacional de mercaderías*; Anuario Jurídico, XI-1984; México: IJ-UNAM, 1984; p.158.

pérdidas. Al respecto el autor Jorge Oviedo Albán, señala una excepción a la obligación de responder por las pérdidas por parte del comprador, pues “este precepto no resulta aplicable en contratos con condición suspensiva dado que el riesgo se transmitiría el momento de la condición y hasta ese momento el riesgo no ha sido transmitido”²⁷.

El precepto general en esta escuela es la regla “*Periculum est Emptoris*”, misma que señala de manera general que en el contrato de compraventa el riesgo recae sobre el comprador.

En el derecho francés, que evidentemente se deriva del romano, la transmisión del riesgo se produce de igual manera el momento de perfección del contrato. Ahora bien, la diferencia radica en que en el derecho francés, al perfeccionarse el contrato, se transfiere la propiedad y esto traducido a la materia que nos interesa significa que el comprador asume el riesgo simplemente por ser el propietario.

Dicho de otro modo, “la cosa perece para el comprador, no porque es acreedor, sino porque es dueño”²⁸.

Es bastante evidente la deficiencia de esta posición, debido a que si el riesgo es asumido por el comprador por ser propietario, ¿qué ocurre en los casos en que la

²⁷ (Jorge Oviedo Albán; *El derecho mercantil internacional*; p. 197).

²⁸ Alonso Pérez, *El Riesgo en el contrato de compraventa*, ed. Montecorvo, Madrid 1972, p.249

cosa o bien materia de la compraventa no le haya sido entregada? Resulta poco adecuado y bastante arriesgado el asumir las pérdidas cuando no se ha tenido custodia de los bienes afectados.

En el Código de Comercio Norteamericano, se establece un régimen de transmisión del riesgo bastante particular. En los subtítulos “Risk of Absence of Breach”²⁹ y en “Effect of Breach on Risk of Loss”³⁰, se manifiesta que los riesgos se transmiten al cumplirse las formalidades de la entrega, sin que esto signifique la real recepción de las mercaderías. Con lo antedicho resulta adecuada la consideración, como en el derecho francés, de si es prudente y adecuado para el comprador, responder por las pérdidas de bienes que no se encuentran bajo su custodia. Sin embargo, en la normativa comercial norteamericana, existe una primacía y respeto a los principios de “autonomía de la voluntad” y “autosuficiencia contractual”, permitiendo a las partes acordar un régimen de transmisión del riesgo distinto al establecido en el Código de Comercio.

Finalmente, y en contraposición a lo que establece el derecho romano como principio para la transmisión del riesgo en los contratos de compraventa, así como la variación que señala el derecho francés, en el derecho germánico, se considera que la transmisión del riesgo debe suscitarse al momento de la entrega de los bienes materia de la contratación. Sin embargo, algunos autores remarcan que de

²⁹ “Risk of Absence of Breach”: Riesgo de ausencia de cumplimiento.

³⁰ “Effect of Breach on Risk of Loss”; Efecto del incumplimiento en el riesgo de pérdida.

producirse una mora en la recepción, el riesgo pasaría a ser de manera inmediata del comprador.

En el derecho alemán, al tener en cuenta la posesión de los bienes como determinantes para la transmisión del riesgo, se establece que en caso de producirse una entrega a un transportista, por tener éste bajo su custodia los bienes, se entiende por transmitido el riesgo por parte del vendedor al transportista.

“El vendedor transmite el riesgo al comprador al momento de producirse la entrega de la cosa, salvo que el contrato involucre transporte, caso en el cual la transmisión del riesgo se realizará cuando el vendedor entregue la cosa al expedidor, transportador o a quien fuere designado para realizar el envío”³¹.

Podría considerarse que el derecho germánico es aquél que se ajusta de mejor manera a la realidad comercial, y no como los demás que resultan ser algo artificiosos y que, a la larga, pueden llegar a entorpecer a las partes contratantes en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades.

Y bien, una vez establecidos o señalados los principios básicos, en cuanto a la transmisión del riesgo, que rigen algunas de las principales escuelas del derecho, en el capítulo a continuación, debemos mencionar los preceptos generales establecidos en las convenciones internacionales que han venido a regular la materia con el fin básico de estandarizar las prácticas comerciales.

³¹ (Jorge Oviedo Albán; *El derecho mercantil internacional*; p. 27).

CAPÍTULO III

La transmisión del riesgo en las convenciones internacionales

Resulta importante remarcar que generalmente, a nivel de comercio internacional, existe una primacía de las costumbres comerciales y una sujeción casi absoluta al principio de autonomía de la voluntad. Sin duda es más práctico atender a las necesidades de las partes como ellas las han manifestado, y por ende, las dificultades que se presenten justamente cuando las partes no han establecido los métodos para determinar la responsabilidad y la carga del riesgo.

Dentro los ordenamientos internacionales conformados principalmente por convenciones, acuerdos, tratados, costumbres mercantiles, entre otros, debemos señalar como relevantes para nuestro estudio a los Principios de la UNIDROIT, los Instrumentos promovidos por la CNUDMI; y, las Convenciones de Viena de 1980 y de Roma 1980, que buscan “facilitar las transacciones internacionales, contando con reglas uniformes, que sean a su vez un punto de referencia objetivo para los intervinientes en los negocios”³².

Con lo antedicho, y con el fin de analizar justamente los ordenamientos principales que regulan la compraventa internacional de mercaderías, mencionemos

³² Jorge Oviedo Albán; *Globalización y Derecho; UNIDROIT y la Unificación del Derecho Privado: Referencia a los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*; ed. Colex 2003; Pontificia Universidad Javeriana 2003; p. 417.

en primer lugar a los Principios de la UNIDROIT³³ correspondientes al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, creado en 1926 por la Liga de Naciones y que fuera restablecido en 1940 por medio de un tratado internacional, y que de conformidad con su Art.1, tiene por fin lograr una armonización y unificación del derecho privado internacional.

Estos Principios señalan un sin número de parámetros y situaciones en las cuales debe considerarse la transmisión del riesgo y que atañen justamente a los diversos tipos de riesgos, que ya fueron mencionados anteriormente al referirnos a su clasificación. Los riesgos a los que se ha hecho mención, detallan algunas posibilidades en las diferentes etapas de la contratación internacional, desde la formación hasta su culminación. Sin embargo, resulta un tanto inapropiado enunciar cada una de las situaciones establecidas y por ello mencionaremos los principales preceptos que se manejan y que se estipulan en el Artículos 7.4.7; y, Artículo 7.4.8 de los Principios de la UNIDROIT.

Es claro en los enunciados de dichos Principios, que el riesgo de pérdida no puede ser reclamado o exigido por quien lo ha asumido. Es decir, la parte que se comprometió a asumir el riesgo, no puede reclamar por las pérdidas a menos que éstas sean dolosas. Lo que nos lleva al otro precepto claro, que es que las pérdidas

³³ María Cecilia Azar; *Derecho del Comercio Internacional-Solución de Controversias*; UNIDROIT- Instituto para la Unificación del Derecho Privado; ed. Zavalia 2004; p.420.

deben ser fortuitas o por fuerza mayor, para no tener la responsabilidad del resarcimiento.

Ahora si el actuar de una de las partes, indistintamente de quien haya asumido el riesgo, contribuye al deterioro o pérdida de la mercadería, éstos serán solidariamente responsables, el uno por haber asumido el riesgo y el otro por haber ocasionado con su actuar un daño. Es decir que asumirán la responsabilidad por la pérdida del acuerdo y de forma proporcional a su conducta.

Considero que es una apreciación adecuada de la transmisión del riesgo y que los parámetros que se establecen resultan reales y correctos para atender las discrepancias que pueden surgir debido a un sin fin de riesgos.

Por otra parte, en estos Principios, no se da tratamiento a nuestro tema central que es: ¿Cuál es el momento exacto de la transmisión del riesgo y sus implicaciones?

Podría entenderse del texto de estos Principios, que la transmisión se la realiza el momento en que una de las partes lo asume, pero no da respuesta al caso de que ninguna de las partes se lo adjudique de manera expresa. Por lo tanto deberá estarse a la “autonomía de la voluntad”, como se establece en el preámbulo de los mismos Principios, es decir al contenido de los contratos o, a la facultad de asumir el riesgo por alguna de las partes, algo que pocas veces ocurrirá de manera voluntaria o “sacrificada”.

Al enunciar que los Principios de la UNIDROIT no tratan de manera clara y expresa el tema que pretendemos analizar, debemos pasar al siguiente cuerpo normativo. Sin embargo, a manera de conclusión, debemos remarcar el carácter innovador que estos principios han tenido, ya que de su texto se desprende la facultad de ser utilizados y aplicados como complemento, ya sea a la normativa interna de los estados o a otros convenios o tratados internacionales. Lo que corrobora su carácter práctico.

Ahora bien, nos compete mencionar a la CNUDMI³⁴, que es el organismo de las Naciones Unidas encargado de la unificación y armonización del derecho comercial internacional, creado en 1965 con el propósito de eliminar los obstáculos jurídicos que entorpecen las transacciones comerciales internacionales. Es en el marco de este organismo, que aparece la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías, misma que tiene sus orígenes en diversos intentos por unificar el derecho comercial, como son la LUVI³⁵ y la LUF³⁶, que planteaban una posibilidad de homogenización normativa. Estos avances logrados en La Haya en el año 1964 (LUVI y LUF), que resultaron en un fracaso al ser ratificados únicamente por cinco de veintiocho países participantes (Reino Unido, San Marino, Bélgica, Israel y Holanda), sirvieron como antecedentes

³⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o, en inglés United Nations Commission of International Trade Law (UNCITRAL).

³⁵ Ley Uniforme Sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales.

³⁶ Ley Uniforme Sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales.

para que en 1980 se creara en la ciudad de Viena, el texto de la Convención que regularía en adelante la compraventa internacional de mercaderías.

El texto de la Convención de Viena creada en el marco de la ONU, entró en vigencia en 1988, y su importancia se ha visto reflejada con bastante claridad, al remarcar que 73 países³⁷ se han adherido a la misma. Esto denota, muy aparte de lo imperativo que resulta regular los aspectos comerciales internacionales, que es un documento bastante bien logrado que se adecua a las necesidades de los Estados, lo que genera una proliferación de su uso y como consecuencia, y a la larga, llegará a transformarse en una costumbre comercial de directa aplicación.

Para nuestro interés particular debemos señalar que en su contenido, se encuentra introducido todo un capítulo, que aunque corto, trata el tema específico de la transmisión del riesgo y que se ha convertido en la principal fuente normativa para la solución de controversias relativas a este tema. Con lo antedicho, mencionaremos las características y principios que maneja la convención sobre la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías.

El Artículo 66 de la Convención de Viena manifiesta:

“La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su

³⁷ CNUDMI; Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional 1980; http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor”³⁸.

Es decir que la obligación de pagar el precio convenido solo puede verse afectada por un acto u omisión del vendedor que haya devenido en el deterioro o pérdida de la mercadería. Este enunciado es el detonante del interés de determinar el momento exacto de la transmisión del riesgo y por ello los siguientes artículos de la Convención pretenden determinar los parámetros de dicha transmisión.

Al hablar de deterioro o pérdida coincido con la opinión del Dr. Oliva Blázquez, quién menciona que el texto de la Convención se adecua a las “llamadas exigencias objetivas del tráfico mercantil”³⁹ y por lo tanto en la necesidad de dar una “interpretación amplia de los términos pérdida y deterioro”⁴⁰, y de este modo habría que entender también dentro de éstos presupuestos la imposibilidad fortuita del comprador para recibir las mercaderías. A manera de ejemplo, entrarían los naufragios, robo, “actos de la autoridad pública (expropiación, confiscación, prohibición de exportación e importación)”⁴¹, entre otros. Una apreciación bastante adecuada ya que extiende y equilibra el principio de “acto fortuito” al comprador.

³⁸ (CNUDMI; Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería; *Convención de Viena 1980*; <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>)

³⁹ Francisco Oliva Blázquez; *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías*; ed. Tirant lo Blanch; Valencia 2000; p.55.

⁴⁰ (Francisco Oliva Blázquez; *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías*; p.55).

⁴¹ (Francisco Oliva Blázquez; *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías*; p.56).

Ahora bien, la jurisprudencia determina que en caso de que el comprador no quiera pagar el precio, será éste quien deba probar que existió un acto u omisión por parte del vendedor que resultó en la pérdida o deterioro de la mercadería. Por otra parte, le corresponde al vendedor probar que se ha producido la transmisión del riesgo, sin lo cual no puede obligar al comprador a pagar el precio. Es una aplicación en dos vías del axioma jurídico de que “quién alega, prueba”.

Resulta apropiado lo establecido en este artículo, así como también la distribución de la carga de la prueba, ya que evita que se produzcan abusos por alguna de las partes. Ni los vendedores pueden alegar la transmisión del riesgo como motivo o excusa de toda responsabilidad, ni los compradores pueden negarse al pago y además, deberán responder por las pérdidas sobrevenidas a la transmisión del riesgo, de no probar la falta del vendedor.

Ejemplo de la aplicación de este artículo de la Convención, es el fallo de 31 de octubre de 1995, por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala “C” de Argentina. En dicho laudo, se establece que tras revisar el fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 11, se ratifica la sentencia que determina que la falta de prueba por parte del comprador de que las mercaderías (champiñones) estaban en mal estado antes de la transmisión del riesgo, le quitaba la facultad de retener el pago al vendedor como se lo había hecho de manera arbitraria. Todo este laudo está basado en la aplicación de la Convención de

Viena, así como también en la ley 22.765 de 1983, que incorpora a la Convención de Viena en la legislación Argentina.

Continuando con el análisis de los parámetros manifestados en la Convención de Viena, el Artículo 67 establece:

“1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas 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. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

2) Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.”

El primer numeral de este artículo señala específicamente el precepto general a aplicar en los casos en que la compraventa se realice con el transporte de la mercadería. Sin dejar de recordar que las partes pueden convenir lo que más se ajuste a sus necesidades, entendamos que en caso de haber oscuridad o simplemente ausencia de una especificación en el contrato, se aplicaría el principio establecido en este artículo para la transmisión del riesgo. Es decir que el vendedor transmite el

riesgo al comprador el momento de la entrega al porteador designado, y de haberlo establecido, en el lugar exacto convenido con el porteador.

Ahora bien, las condiciones para que efectivamente se produzca la transmisión del riesgo están establecidas en el numeral segundo del artículo, que plantea la necesidad de identificación de las mercaderías, por señales, documentos de expedición, por comunicación enviada el comprador u otros modos. Con lo que puede determinarse que la transmisión del riesgo está supeditada a la conjunción de dos elementos: por una parte la entrega de la mercadería, y por otra, la identificación de las mismas; y, por lo tanto, en caso de ausencia de una de éstas (generalmente la identificación), el riesgo permanecerá en manos del vendedor.

Es claro que en múltiples fallos existe una aplicación intermedia y parcial de estos presupuestos, pero en todo caso siempre en atención a las modificaciones y parámetros convenidos por las partes. Es decir que las partes podrían convenir aplicar el primer numeral y no el segundo, siempre en aplicación de la autonomía de la voluntad.

En el Artículo 68 del mismo cuerpo normativo, se establece:

“El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor

tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.”

Como le correspondía a la Convención, una vez normada la compraventa internacional con transporte, debía entrar a regular la compraventa internacional de mercaderías en tránsito, que resulta ser una práctica muy común y compleja al hablar de la transmisión del riesgo.

De este modo, e interpretando el artículo antes citado, entendemos que de producirse la compraventa en momentos en que la mercadería está en tránsito, es el comprador quién asume el riesgo, incluso retroactivamente al momento en que el vendedor entrega la mercadería al porteador, siempre y cuando, no hubiere existido un deterioro anterior a la compraventa o dolo del vendedor, caso en el que no se producirá la transmisión del riesgo.

Resulta un tanto complejo ya que no le es posible al comprador determinar el estado exacto de las mercaderías al momento de la compra, y por lo tanto es peligroso para él asumir las pérdidas desde un momento anterior al de la negociación.

En la misma jurisprudencia señalada para ilustrar la aplicación del artículo 66 de la Convención de Viena, fallo de 31 de octubre de 1995, por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala “C” de Argentina., se remarca que el

comprador de la mercadería en tránsito, no pudo demostrar que la mercadería había sufrido el deterioro antes de la entrega al primer porteador; y, por lo tanto el riesgo recae sobre el comprador desde ese mismo momento. De esta forma, resulta ser que la transmisión del riesgo se dio de manera debida y el comprador no sólo debió pagar el precio convenido, sino que fue el responsable de las pérdidas. El fallo ilustra la aplicación de la asunción retroactiva del riesgo por parte del comprador.

Continuando con el análisis de los distintos artículos de la Convención de Viena, encontramos al Artículo 69:

“1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.

2) No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.

3) Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.”

En estos tres numerales, en los que se hace referencia a una entrega directa de las mercaderías por parte del vendedor al comprador, se evidencia una interpretación semejante al de la escuela germana como se lo estableció en el capítulo anterior. En

efecto, la Convención determina que para aquellos casos no establecidos en los artículos anteriores, se deberá aplicar el principio de la “custodia” de las mercaderías. Es decir, que el riesgo deberá estar en el comprador a partir del momento en que éste pueda tener bajo su amparo las mercaderías o también cuando éste se rehusare a recibirlas. El momento de la entrega e identificación de la mercadería resulta ser el momento de la transmisión del riesgo.

Este enunciado no da lugar a mayores dudas, ya que complementa herméticamente los casos en que los artículos precedentes no fuesen aplicables. Como se lo mencionó anteriormente, estos preceptos son apegados a la realidad y prácticos, ya que de no haber estipulaciones contrarias de las partes, quien debe responder por las pérdidas es quien tiene bajo su cuidado las mercaderías, siendo la entrega y la identificación, los actos elementales que el vendedor debe exigir al comprador que no rehusare a recibir las mercaderías, para perfeccionar el traspaso del riesgo.

Finalmente, en este análisis a los preceptos recogidos en la Convención de Viena, debemos mencionar el último de ellos que de manera clara faculta a la aplicación y ejercicio de los derechos que pudiere tener el comprador ante el incumplimiento del vendedor. De este modo, el Artículo 70 de la Convención establece que:

“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.”

El enunciado final al importantísimo capítulo sobre la transmisión del riesgo en la Convención de Viena, revela el carácter supletorio de los artículos precedentes, ya que establece la primacía de los derechos del comprador ante un incumplimiento por parte del vendedor. Esta facultad atribuida al comprador permite mantener un tanto “inclinada la balanza” de tal forma que aminora la posibilidad de que el vendedor aproveche una posición “superior” por tener a su cuidado y control la mercadería.

Como ya lo mencionamos anteriormente, el texto de la Convención resulta uno de los más importantes aportes en materia comercial internacional, y sin duda alguna es el cuerpo normativo fundamental al tratar el tema de la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercadería. Sin embargo, las normas en ella establecidas no son los únicos parámetros o elementos que pueden emplearse. De este modo, debemos mencionar a los Incoterms 2000 como herramientas comerciales de primer orden que, en consonancia con la autonomía de la voluntad, establecen parámetros de asunción del riesgo.

Los Incoterms 2000

Desde 1920, debido a la necesidad de regular aspectos mercantiles internacionales, se desarrollaron una serie de términos comerciales que tenían el objetivo de describir los derechos, obligaciones y responsabilidades de los comerciantes en relación a la venta y el transporte de mercancías. Fue básicamente por medio de la costumbre comercial internacional, que se establecieron ciertas abreviaturas que representan diversas posibilidades de contratación. Sin embargo, con el pasar del tiempo se evidenció que sus resultados no eran los deseados debido principalmente al tipo de interpretación dada en cada país a éstos términos.

Con todo esto, y ya en 1936, la Cámara de Comercio Internacional de París, creó los Incoterms, que representaban una serie de normas uniformes para la correcta interpretación de los términos de comercio internacional, en los que se establecía el régimen de gastos, riesgos y obligaciones de compradores y vendedores en las transacciones internacionales, especialmente en lo referido al transporte y transferencia de la propiedad de la mercancía.

Estos principios, se han actualizado regularmente para adecuarse al vertiginoso desarrollo del comercio internacional con adecuaciones en 1946, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y finalmente su última versión que todavía sigue vigente que data del año 2000.

El uso de los Incoterms se debe fundamentalmente a que en la historia comercial internacional, han aparecido un sin número de costumbres o prácticas en las que ya se establecían tanto las responsabilidades como la transmisión del riesgo dentro de los diversos modelos de contratación.

Con lo expuesto, entendamos por Incoterms a las condiciones de entrega de mercancías en un contrato internacional. No son una ley, ni son normas, son costumbres o usos mercantiles que se derivan de las prácticas comerciales. Se los puede considerar como un conjunto de reglas internacionales, de aceptación voluntaria por las partes, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional.

Los Incoterms se caracterizan por estar expresados en siglas o abreviaturas, como ya lo establecimos anteriormente, que encierran un conjunto de obligaciones para las partes que intervienen en una contratación comercial internacional, con el fin de reducir la incertidumbre derivada de sus múltiples interpretaciones.

La versión de los Incoterms 2000, establece una clasificación en cuatro grupos denominados “E, F, C y D”, atendiendo las distintas obligaciones tanto para el vendedor como para el comprador.

Es preciso mencionar que los Incoterms, constituyen parámetros de contratación perfectibles, ya que las partes pueden aumentar u omitir lo que les

parezca conveniente para que se ajusten a su necesidad específica, en ejercicio de su “autonomía de la voluntad”. Vendrían a ser aclaraciones y especificaciones a sus componentes de tal forma de evitar vacíos que conlleven a eventualidades.

“La aparición de nuevas formas contractuales en la contratación internacional provoca una inmediata obsolescencia del régimen uniforme, que tendrá que someterse continuamente a una frenética carrera de revisión”⁴². Es prácticamente imposible que un conjunto de normas legales, por muy detalladas y completas que sean, puedan captar la riqueza de las formas y situaciones en las que la compraventa internacional se desenvuelve. Ante estos fenómenos, es importante entender la necesidad real de crear constantemente nuevos Incoterms que se ajusten a la evolución contractual atípica.

La Transmisión del Riesgo en los Incoterms 2000

Como punto inicial, es fundamental establecer la diferencia entre responsabilidad y riesgo, puesto que son conceptos distintos que sin embargo se prestan a confusiones, que pueden llevar a vacíos o discordias dentro de los acuerdos contractuales.

Por responsabilidad se entiende aquello que las partes tienen la obligación de hacer, es decir la contraprestación que están obligados a realizar de acuerdo a lo

⁴² (Francisco Oliva Blázquez; *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías*; p.42).

establecido en el contrato. Y por riesgo, de conformidad con el concepto establecido en la parte introductoria de este trabajo, se entiende como el “daño potencial que puede surgir por un proceso presente o suceso futuro. Es la posibilidad de que un peligro pueda llegar a materializarse”⁴³. La atención al riesgo se produciría el momento en que se suscite un daño o pérdida imprevistos.

El riesgo puede ser parte de la responsabilidad, pero no de manera imperiosa. En definitiva lo más relevante del riesgo dentro de la contratación, viene a ser “el saber determinar qué patrimonio va a sufrir el quebranto económico que la pérdida de la mercadería supone”⁴⁴.

La variación del riesgo influye directamente en el precio de la contratación y la diversidad de contratos modifica drásticamente los momentos de transmisión del mismo. Es por ello que como parte fundamental de los Incoterms, está la determinación de la transmisión del riesgo. Lo que nos lleva a establecer a *grosso modo*, en qué consiste la transmisión del riesgo.

De acuerdo a la doctrina se deben responder entre muchas otras a las siguientes cuestiones para poder determinar el momento de la transmisión del

⁴³ Biblioteca virtual Andina para la Prevención y Atención de Desastres Biva-Pad Colombia; Iniciativa liderada por el Comité Andino para la Prevención y Atención de Desastres (CAPRADE), con el apoyo de la Secretaría General de la Comunidad Andina y la Comisión Europea, a través del Proyecto PREDECAN, además de entidades como OPS, EIRD y CRID; <http://www.bivapadcolombia.org/conceptos.shtml>

⁴⁴ Marco López de Gonzalo, *Vendita Internazionale, Contratto e Impresa*, 1998, p.266, citado por Francisco Oliva Blázquez; *La transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías*; ed. Tirant lo Blanch; Valencia 2000 p. 31

riesgo: ¿quién está en mejor situación para proteger las mercaderías?, ¿quién puede asegurar las mercaderías?, ¿quién puede reclamar por los daños a la aseguradora o al transportista?

A manera de conclusión y ante un tema tan versátil, “la transmisión del riesgo, hace referencia al momento en que el riesgo de la contraprestación se consolida en el comprador”⁴⁵. Sin embargo remarquemos que la entrega de la mercadería no necesariamente significa la transmisión del riesgo⁴⁶.

Con todo lo establecido pasemos a analizar dentro de los Incoterms algunos breves rasgos de cada uno, y fundamentalmente el momento de la transmisión del riesgo.

Características de los Incoterms

GRUPO E

EXW (Ex works, ex factory, ex warehouse, ex fábrica)

La entrega de la mercadería se produce cuando la misma se pone a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor o en el lugar convenido. El transporte corre a cargo del comprador desde el lugar convenido y no comprende el despacho de la mercadería, aunque puede convenírsele. No incluye la

⁴⁵ Francisco Oliva Blázquez; “La transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías”.

⁴⁶ Aclaración realizada por la UNCITRAL; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

carga en el medio de transporte, pero puede pactarse que el vendedor sea responsable de la carga a la salida y asuma los riesgos de esa carga. Por otra parte, tampoco comprende el seguro y, el riesgo lo tiene el comprador desde el momento de la entrega, ya sea en el establecimiento del vendedor o en otro lugar convenido. El vendedor queda exonerado a partir de la entrega, de cualquier riesgo o gasto que generen las mercaderías.

Este Incoterm resulta beneficioso para el vendedor ya que, de no pactarse condiciones adicionales, resuelve su responsabilidad al momento de la entrega de la mercadería en su establecimiento y por lo tanto, no asume riesgo alguno por el transporte. Por su parte, el comprador asume el riesgo desde el momento en que recibe la mercadería de parte del vendedor, siendo quien carga con el deterioro o pérdida. Generalmente este Incoterm es utilizado para abaratar costos, pero puede resultar perjudicial y, a la larga, más costoso para el comprador.

GRUPO F

FCA (Free carrier – Franco Transportista)

La entrega de la mercadería se hace al transportista nombrado por el comprador, en el lugar convenido, o la persona que designe el comprador. El transporte corre por cuenta del comprador, no comprende el seguro y el despacho corre por cuenta del vendedor. La entrega de la mercadería al transportista equivale a la entrega al comprador, y desde ese momento se transmite el riesgo al comprador.

La utilización de este Incoterm es beneficiosa para el vendedor, ya que su responsabilidad sobre los riesgos termina en el momento de la entrega al porteador y por lo tanto, no debe enfrentar los riesgos del transporte. Por su parte, el comprador asume el riesgo de la mercadería antes de la carga y del transporte, lo que representa una gran desventaja.

FOB (*Free on board* – Franco a bordo)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido (vía marítima o fluvial). El transporte corre por cuenta del vendedor hasta el puerto de embarque. El flete corre a cuenta del comprador y no comprende el seguro. El despacho corre por cuenta del vendedor. El vendedor es responsable de cargar la mercadería al buque y es responsable de todos los riesgos de deterioro o pérdida que pueda sufrir la mercadería y de sus gastos, hasta que ésta haya sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque convenido, momento en el cual se produce la transmisión del riesgo al comprador.

Este Incoterm es ampliamente utilizado en el comercio internacional y uno de los que se pueden considerar como más equitativos. El vendedor, a pesar de no verse tan beneficiado como con los anteriores Incoterms, se ve aventajado al no tener que responder por los riesgos que implica el transporte, ya que su responsabilidad termina al depositar la mercadería sobre el buque. Por su lado, el comprador se ve

beneficiado de que el vendedor deba atender los riesgos existentes hasta que la mercadería se encuentre sobre el buque y los asume cuando tiene la mercadería bajo su custodia. Se lo considera como equitativo justamente por la repartición de los riesgos y con ello viene a ser uno de los más prácticos.

FAS (*Free alongside ship* – Franco al costado del buque)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma es colocada al costado del buque en el puerto de embarque convenido. El transporte corre por el vendedor hasta el puerto de embarque pero se excluye el flete. No comprende el seguro y el despacho corre por el vendedor, salvo acuerdo en contrario. La carga es responsabilidad del comprador y el riesgo de pérdida o daño lo asume éste desde que la mercadería es colocada al costado del buque. Este término es utilizado cuando el vendedor limita su responsabilidad hasta el momento en que pone la mercadería en el lugar convenido, antes del transporte.

Este Incoterm resulta beneficioso únicamente para el vendedor quien no debe responder por la carga de la mercadería en el buque, siendo éste uno de los momentos críticos y de mayor riesgo. Al comprador le corresponde asumir los riesgos antes del transporte y por lo tanto, no le resulta muy conveniente a pesar de ser menos costoso.

GRUPO C

CFR (*Cost and freight* – Costo y flete)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido. El transporte corre por el vendedor hasta el puerto de destino convenido e incluye el flete. No comprende el seguro y el despacho corre por cuenta del vendedor. La carga es responsabilidad del vendedor y éste solo corre con los riesgos de pérdida o deterioro de la mercadería hasta el momento en que sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque. Desde ese momento es el comprador quien corre con los riesgos.

Este *incoterm* no representa un beneficio particular para ninguna de las partes, puesto que el vendedor debe correr con los gastos de transporte, pero no asume el riesgo sino hasta que la mercadería se encuentra a bordo del buque. Para el comprador resulta ventajoso el hecho de que el vendedor asuma el transporte, pero por su parte, aunque no asume el valor del transporte, si asume el riesgo que éste implica.

CIF (*Cost, insurance and freight* – Costo, seguro y flete)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido. El despacho corre por cuenta del vendedor y la carga es su responsabilidad. De igual manera, el transporte, el flete y el seguro, corren por cuenta del vendedor hasta el puerto de destino

convenido. El riesgo lo asume el comprador en el momento en que la mercadería es entregada en el puerto de destino convenido.

Este es otro de los Incoterms más empleados en el comercio internacional ya que es bastante beneficioso para el comprador, ya que el vendedor asume los costos de transporte, seguro y flete; y, asume los riesgos hasta el momento de la entrega en el puerto de destino. El comprador obtiene seguridad y menor responsabilidad,

CPT (*Carriage paid to*– Transporte pagado hasta)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma es puesta a disposición del transportista. El transporte corre por cuenta del vendedor hasta el puerto de destino convenido e incluye el flete, pero no el seguro. El despacho es responsabilidad del vendedor al igual que la carga. El riesgo lo asume el comprador desde que la mercadería le ha sido entregada, pero si se trata de transporte sucesivo, el comprador asume el riesgo desde que la mercadería es entregada al primer porteador.

Este Incoterm es medianamente beneficioso para el comprador, ya que asume la responsabilidad y los riesgos desde el momento en que la mercadería está en su custodia y no debe correr con los gastos del transporte. Sin embargo, al tratarse de transporte sucesivo, el comprador se ve afectado ya que el riesgo es asumido cuando éste no tiene custodia de la mercadería y deberá observar la transmisión del riesgo entre transportistas.

CIP (*Carriage and insurance paid to*– Transporte y seguro pagados hasta)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma es puesta a disposición del transportista. El transporte corre por el vendedor hasta el puerto de destino convenido. De igual manera, el flete y el seguro corren por cuenta del vendedor. El riesgo lo asume el comprador desde que la mercadería es entregada al porteador o transportista.

El empleo de este término, resulta beneficioso para el comprador puesto que se incluye el flete y el seguro. Sin embargo, al igual que en el anterior, el hecho de asumir el riesgo del transporte cuando todavía la mercadería no está bajo su custodia es bastante negativo.

DAF (*Delivered at frontier*– Entregado en la frontera)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma es puesta a disposición del comprador sobre medios de transporte y no descargada, en el punto y lugar de la frontera convenida, antes de la aduana. El transporte corre por el vendedor hasta el punto de la frontera convenido y no comprende el seguro. El despacho corre por el vendedor y la carga es su responsabilidad. La descarga le corresponde al comprador, salvo que se pacte lo contrario. El riesgo lo asume el comprador desde que la mercadería es entregada al porteador.

Este Incoterm resulta beneficioso para el comprador, ya que su aplicación le significa menos gastos. Sin embargo, el comprador debe atender los riesgos desde el momento en que la mercadería es entregada al porteador y, de no establecerse otras condiciones como un seguro o la responsabilidad sobre el riesgo del transportador, será éste quien se vea afectado por el deterioro o pérdida.

GRUPO D

DES (Delivered Ex Ship)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma es puesta a disposición del comprador a bordo del buque en el puerto de destino convenido. El transporte corre por cuenta del vendedor hasta el punto de destino convenido y no comprende el seguro. El despacho corre por el vendedor y la carga es responsabilidad del mismo, pero la descarga le corresponde al comprador. El riesgo lo asume el vendedor hasta antes de la descarga de la mercadería en el puerto de destino convenido.

Este Incoterm forma parte del grupo de los más beneficiosos para el comprador puesto que el riesgo de deterioro o pérdida es responsabilidad del vendedor durante la carga y transporte hasta el puerto convenido. El comprador debe

asumir el riesgo una vez que la mercadería está bajo su custodia y debe responder únicamente por la descarga del buque.

DEQ (*Delivered Ex Quay*)

La entrega de la mercadería se entiende realizada cuando la misma es puesta a disposición del comprador en el muelle del puerto de destino convenido. El transporte corre por el vendedor hasta el destino convenido, pero no comprende el seguro. El despacho para la exportación corre por cuenta del vendedor y, para la importación, el despacho corre por cuenta del comprador, salvo que se pacte lo contrario. La carga y descarga son responsabilidad del vendedor y el riesgo lo asume el vendedor hasta el muelle de descarga de la mercadería convenido.

Al igual que el término anterior, éste resulta beneficioso para el comprador ya que el transporte, la carga y descarga, corren por cuenta del vendedor. El comprador asume el riesgo una vez que la mercadería le es entregada en el muelle de destino y una vez realizada la descarga del buque. La responsabilidad del vendedor es mayor y eso se refleja en un mayor costo para el comprador.

DDU (*Delivered Duty Unpaid*)

La entrega se realiza al comprador una vez que es despachada para la importación pero no descargada de los medios de transporte en el lugar de destino convenido. El transporte corre por cuenta del vendedor hasta el destino convenido y

no comprende el seguro. El despacho para la importación corre por cuenta del vendedor y el comprador asume todos los derechos de aduana exigibles. La carga corre de cuenta del vendedor y la descarga en el lugar de destino por cuenta del comprador. El riesgo lo asume el vendedor hasta que pone la mercadería a disposición del comprador en su lugar de destino.

Este Incoterm tiene la particularidad de que los gastos de aduanas corren por cuenta del comprador. Sin embargo, resulta beneficioso para el comprador asumir el riesgo una vez que la mercadería está bajo su custodia en el lugar de destino convenido.

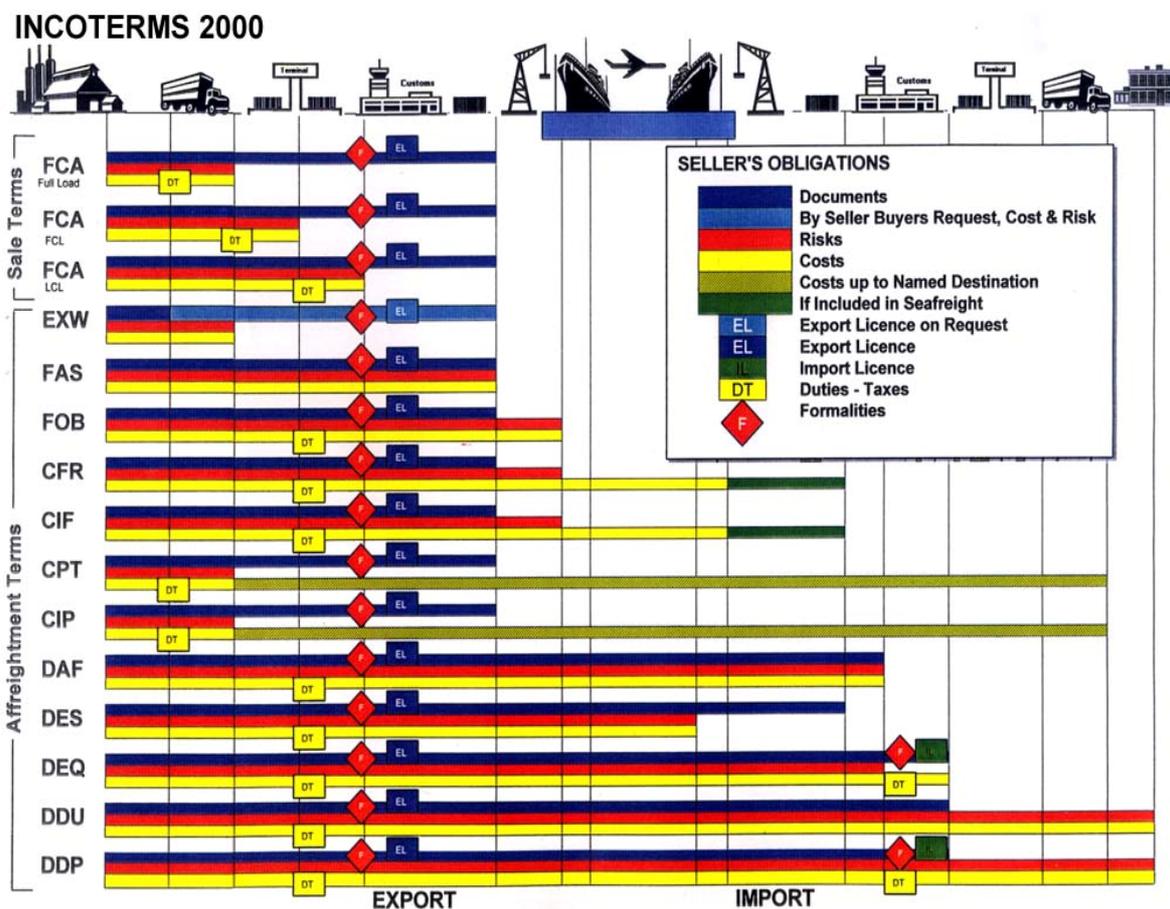
DDP (*Delivered Duty Paid*)

La entrega se realiza al comprador una vez despachada para la importación. No incluye la descarga de los medios de transporte en el lugar de destino convenido. El transporte corre por el vendedor hasta el destino pero no comprende el seguro. El despacho para la importación corre por cuenta del vendedor, quien además asume todos los derechos de aduana exigibles. La carga corre por cuenta del vendedor y la descarga en el lugar de destino, por cuenta del comprador. El riesgo lo asume el vendedor hasta la entrega en el lugar de destino convenido.

A pesar de tener que cubrir el seguro, resulta beneficioso para el comprador que el vendedor asuma el transporte y los costos aduaneros. Por otro lado, resulta una desventaja para el vendedor el asumir el riesgo hasta el momento de entrega de

la mercadería en el lugar de destino convenido, pero esto le representa una mayor ganancia.

Finalmente, se puede considerar que “los Incoterms del grupo E resultan ser más favorable al vendedor y el grupo D los más costosos para el mismo y beneficiosos para el comprador, gracias al volumen de obligaciones atribuidas”,⁴⁷ como se lo puede constatar en el gráfico a continuación⁴⁸:



⁴⁷ Carlos Espluges Mota; *Derecho del Comercio Internacional, Mercosur-Unión Europea*; ed. B de F; Uruguay 2005; p. 411

⁴⁸ PerDo; Compañía de Transportes Multimodales; <http://www.perdo.com.cn/windows/b1.1.htm>

La transmisión del riesgo en la legislación ecuatoriana y en el derecho comparado.

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, una de las mayores dificultades que ha debido afrontar el derecho y el comercio internacional, es justamente el de los distintos regímenes jurídicos aplicables. Estas diferencias han hecho que en décadas anteriores el comercio internacional estuviera plagado de conflictos y entre estos problemas, siempre estuvo presente el de la asunción de responsabilidad sobre las pérdidas y deterioro de la mercadería.

Con el apareamiento de un cuerpo normativo como es la Convención de Viena, llamado a reglar, entre otras, el tema de la transmisión del riesgo, se ha buscado suplir las falencias y solventar, por medio de una homogenización normativa, los conflictos comerciales. De este modo y, como veremos a continuación, algunos de los países han ido adoptando e incorporando a sus legislaciones internas, los preceptos enunciados en el derecho internacional y fundamentalmente, para atender la transmisión del riesgo, el texto de la Convención de Viena.

Resulta imperioso para nuestro estudio establecer cuál es el régimen que aplica nuestro país en cuanto a la transmisión del riesgo y cuál es su posición frente a la Convención, los Incoterms y demás, así como también cuál es la posición jurídica de algunos países de la región en cuanto a estos temas.

De este modo hay que mencionar que la República Argentina fue uno de los países que participaron en la aprobación de la Convención de Viena, y su afán por incorporar estas prácticas comerciales a su legislación lo convirtieron en uno de los pioneros en América. Su interés por incorporar las normas sobre la compraventa internacional de mercadería, se vio reflejada al haber presentado los instrumentos de adhesión el 19 de julio de 1983 ante la CNUDMI, aprobando su texto por la ley 22.765 del 24 de marzo de 1983 y publicada en el Boletín Oficial el 30 de marzo de 1983. Esta ley va adjunta, como anexo, al Código de Comercio de la República Argentina y de este modo son los parámetros del capítulo IV de la Convención, los aplicables en cuanto a la transmisión del riesgo.

En la Argentina, la utilización de Incoterms es frecuente al igual que en otros países, sin embargo los términos más frecuentes que se establecen en la legislación interna, son el FOB y el CIF. De todos modos, esto no indica que no se puedan aplicar los demás Incoterms, que son de libre disposición por las partes intervinientes en la contratación. La legislación Argentina únicamente hace mención a la práctica más común, sin determinar un uso exclusivo.

En el caso de la República de Colombia, fue entre 1995 y 1999 que tuvo lugar, en el Congreso, el proceso que culminó con la expedición de la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Posteriormente la Corte

Constitucional declaró la exequibilidad de la Convención y de su ley aprobatoria. Finalmente, se expidió el decreto 2826 del 21 de diciembre de 2001, por el cual se promulgó la Convención de Viena. Su entrada en vigencia fue a partir del 1º de agosto de 2002, momento en que se incorporó al derecho colombiano el texto de la Convención y por lo tanto y, al igual que en la Argentina, se aplica el capítulo IV de la misma para solucionar los vacíos relativos a la transmisión del riesgo.

En cuanto a los Incoterms, la legislación colombiana menciona a cuatro como los principales que son CFR, CIF, FOB, y EXW. Sin embargo, al igual que en el caso argentino, el hecho de que se enuncien únicamente cuatro términos, no impide que se utilicen los demás establecidos por la Cámara de Comercio Internacional de París, en aplicación, como lo hemos visto, de la autonomía de la voluntad.

En el caso ecuatoriano, si existe en el Código de Comercio mención al tema de la transmisión del riesgo, mismo que se ve enunciado en los Arts. 221, 222, 223 y 224. Sin embargo, es el Art. 221 el que establece el parámetro general a tener en cuenta:

Art. 221.- *Las mercaderías se transportan a riesgo y ventura de la persona que invistiere el cargo del propietario de ellas; y, por consiguiente, serán de su cuenta las pérdidas y averías que sufran durante la conducción, por caso fortuito, fuerza mayor o vicio propio de las mismas mercaderías.*

Son casos de fuerza mayor los accidentes adversos que no pueden preverse ni impedirse por la prudencia y los medios propios de los hombres de la profesión respectiva.

Pero es responsable el porteador:

1.- Si un hecho o culpa suya hubiere contribuido al advenimiento del caso fortuito;

2.- Si no hubiere empleado toda la diligencia y pericia necesarias para hacer cesar o atenuar los efectos del accidente o averías.

3.- Si en la carga, conducción o guarda de las mercaderías no hubiere puesto la diligencia y el cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos.

Este precepto general resulta consonante con el establecido por la escuela francesa, ya que hace referencia a la responsabilidad de quien fuere considerado como propietario de la mercadería al momento de la pérdida o deterioro. Sin embargo, como hemos visto, no resulta suficiente para atender de manera absoluta el tema de la transmisión del riesgo.

Resulta pertinente mencionar que lo estipulado en el Código de Comercio ecuatoriano no es consonante al principio rector de la Convención de Viena, puesto que en ella se evidencia un lineamiento con la escuela germánica. Sin embargo, de conformidad con la Constitución del Ecuador, la Convención es jerárquicamente superior a la normativa interna y por ende de directa aplicación por parte de los órganos de justicia.

Por otro lado, el Código de Comercio ecuatoriano no hace referencia expresa a los Incoterms. Sin embargo, en algunos de sus artículos como el citado anteriormente, es fácil reconocer que se acopian algunos de los elementos que tratan generalmente los Incoterms. Al igual que los otros países que hemos mencionado, el

uso de todos los Incoterms es facultativo de las partes contratantes y no se oponen a las normas internas del país.

El Ecuador se adhirió el 27 de enero de 1992 a la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Para el efecto, mencionemos que su aprobación se dio mediante Resolución Legislativa publicada en el Registro Oficial 822 de 28 de noviembre de 1991 y su ratificación, mediante Decreto Ejecutivo 2906-A que fue publicado en el Registro Oficial 837 de 20 de diciembre de 1991. Su publicación fue en el Registro Oficial N°39 de 2 de octubre de 1992 y finalmente, entró en vigor el 1 de febrero de 1993.

Por lo tanto, el Ecuador reconoce las normas establecidas en la Convención de Viena y el régimen en ella establecido para regular la transmisión del riesgo en materia comercial, ya que en la legislación interna no existe una norma expresa que trate el tema de manera específica.

Se constata una similitud en las políticas de trato a la transmisión del riesgo y los Incoterms entre los países de la región y principalmente, en aquellos que han reconocido e incorporado la Convención de Viena en sus legislaciones.

Finalmente, conozcamos que en la actualidad son 73 los Estados que son parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa

Internacional de Mercadería y que la Convención forma parte del Derecho interno de 62 países:

Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Chile, China, , Cuba, Dinamarca, **Ecuador**, Egipto, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Colombia, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guinea, Honduras, Hungría, Iraq, Islandia, Israel, Italia, Kyrgyzstan, Letonia, Lesotho, Lituania, Luxemburgo, Mauritania, México, Moldavia, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República de Croacia, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, San Vicente y las Granadinas, Singapur, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Yugoslavia, y Zambia. Por su parte Ghana y Venezuela la han firmado pero todavía no se han ratificado o accedido al tratado de Viena ni la han decidido a incorporar a su incorporarla como parte de su Derecho interno.”⁴⁹

⁴⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Situación Actual; http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

CAPÍTULO IV

Autosuficiencia contractual y la autonomía de la voluntad, dentro de la compraventa internacional de mercaderías, como mecanismos de establecimiento de responsabilidad y riesgo.

Como ya lo mencionamos anteriormente, y como se puede evidenciar, este estudio no se centra en ninguno de los principios que trataremos en este capítulo, pero sin embargo son elementos que están inmersos necesariamente en toda contratación y más aún en la contratación comercial internacional y por lo tanto es necesario su análisis como determinantes en cuanto a la transmisión del riesgo.

De manera sintética, se entiende por autonomía de la voluntad, a la capacidad de las partes contratantes de convenir libre y voluntariamente cualquier aspecto dentro de una negociación y que además “están facultadas a concluir contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la ley y que además pueden crear distintas reglamentaciones conforme a sus necesidades”,⁵⁰.

Para algunos autores, este principio implica únicamente la libertad de las partes de elegir la ley aplicable al contrato y los tribunales competentes. Sin embargo, la práctica comercial habitual ha desmentido esto, con el claro

⁵⁰ Magdalena Núñez Jaramillo; *Implicaciones del Principio de Autonomía de la Voluntad*; Tesis Previa a la Obtención del Título de Magíster en Derecho Internacional Económico; Capítulo III; El Principio de Autonomía de la Voluntad en el Comercio Internacional; p. 20

establecimiento de parámetros de contratación ajenos al derecho positivo y a las prácticas comunes, sujetándose a las distintas necesidades de las partes.

“Llamamos autónomo a un sujeto cuando se da a sí mismo sus propias leyes y es capaz de cumplirlas. La autonomía de la voluntad describe la circunstancia de que cuando un sujeto se comporta moralmente él mismo se da las leyes a las que se somete, pues dichas leyes tienen su origen en la naturaleza de su propia razón.”⁵¹

Al hablar de la autonomía de la voluntad, extendiendo el concepto inicial antes mencionado, se hace referencia a la capacidad que tienen las partes de decidir y establecer de manera voluntaria, las características de las obligaciones a las que se sujetan, así como todas las demás características que consideren adecuadas para el correcto desarrollo del contrato. Dentro de estos elementos se encuentran inmersos los parámetros para atender nuestro tema central, la transmisión del riesgo.

Debemos conocer que este principio ha surgido y se ha desarrollado fundamentalmente gracias a la proliferación de la contratación comercial y la necesidad de que los intervinientes se acojan a lo que más les conviene. Es decir que, las partes siempre respetarán un acuerdo en el que han podido manifestar sus necesidades y si éstas han sido atendidas, sin omitir las necesidades de la contraparte, ello conduce a un equilibrio y un sentido de equidad. De este modo y en

⁵¹ Immanuel Kant; *Crítica a la Razón Pura*; <http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-AutonomiaVoluntad.htm>

teoría, se extingue uno de los mayores conflictos dentro de la contratación comercial como es el de la desigualdad y el de la predominancia de quien ostenta una posición de poder. Sin embargo, quien está en una posición superior siempre encontrará elementos con los cuales hacer que primen sus necesidades por sobre las de la otra parte.

En la actualidad, “se presupone que el contrato es negociado, discutido y acordado, por tanto, el legislador sólo debe velar que sea efectivamente libre la voluntad (sin vicios de consentimiento) y que se otorguen las garantías en un eventual conflicto”⁵². Con lo antedicho, podemos determinar que la mayor afectación a este principio radica en la existencia de vicios del consentimiento como son el error, fuerza y el dolo.

Resulta evidente esta consideración ya que cualquiera de estos elementos modifica drásticamente el fin perseguido por la parte y con ello se alteran los fines pretendidos, lo que deviene en el apareamiento de un desequilibrio contractual.

En consonancia con lo anterior, se puede considerar que los contratos de adhesión también se contraponen a la autonomía de la voluntad, ya que simplemente estipulan las necesidades de una de las partes, dejando a la otra en situación de desventaja y desequilibrio, a pesar de su manifestación de voluntad de adherirse al contrato.

⁵²Magdalena Núñez Jaramillo; *Implicaciones del Principio de Autonomía de la Voluntad*; Pág. 5.

Es importante mencionar que al hablar de equilibrio, como lo hemos hecho hasta ahora, concordamos plenamente con lo establecido por el autor Marcelo Daniel Iñiguez en su obra “Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos”, citado y sostenido en el trabajo de Núñez Jaramillo, al referirse que equilibrio es “tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales”. Ese debería ser el fin real de los contratos de comercio no abusivos, sin hacer mención al resto de actividades humanas en las que se debería aplicar este precepto.

La mayor consecuencia por el uso del principio de autonomía de la voluntad, es el surgimiento y proliferación de contratos atípicos. Mientras más se repiten y utilizan figuras contractuales no estipuladas en las distintas normativas, surgidas de arreglos entre partes contratantes, más común es el apareamiento de contratos innovadores.

Ahora bien, se puede innovar y pactar a conveniencia, pero bajo ningún concepto se puede transgredir la ley. No se puede inatender las normas imperativas de los Estados a los que pertenecen las partes contratantes o las normas internacionales vigentes. Caso contrario, se generarían fórmulas de evasión normativa que distorsionarían los principios de la contratación.

“El concepto de norma imperativa se contrapone al de norma dispositiva, pues en este último supuesto, la norma y su contenido están supeditadas al principio de autonomía de la voluntad, y su aplicación está limitada a los supuestos en los que

los sujetos no regulen sus relaciones en sentido distinto al dictado por la norma dispositiva.”⁵³.

En lo relativo a la transmisión del riesgo, como ya se lo ha señalado anteriormente, en ciertas legislaciones no se establece una normativa que lo regule, lo que abre la posibilidad para un uso habitual de este principio. Sin embargo, la autonomía de la voluntad está limitada de cierta manera por los convenios internacionales, así como por los Incoterms y demás costumbres aceptadas dentro del comercio internacional, de tal forma de no transgredir un orden comercial común y alterar el orden de los Estados.

Con lo antedicho, y a manera de ejemplo, no se puede hacer un contrato para que alguien mate a otro aludiendo la voluntad de las partes y su facultad de auto obligarse, como fue el caso en Alemania en contra de *Armin Meiwes*⁵⁴ por canibalismo consensuado, porque ello va en contra de las normas. Y ya en relación a la compraventa internacional, por ejemplo, no podrían las partes contratantes, invocando la autonomía de la voluntad, pactar una compraventa sin precio, ya que éste es uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa.

⁵³ Enciclopedia Libre Wikipedia; http://es.wikipedia.org/wiki/Norma_imperativa.

⁵⁴ Armin Meiwes (1 de diciembre de 1961) es llamado el Caníbal de Rotemburgo, debido al asesinato y posterior descuartizamiento y canibalismo de una persona con la que contactó por internet, para cumplir las fantasías de devorar y ser devorado. Más información disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Armin_Meiwes

Por otro lado, recordemos que siempre debe existir en toda contratación, causa lícita y objeto lícito, además de los elementos primordiales como son el consenso y una voluntad no viciada, de lo contrario, el contrato sería absolutamente nulo.

La aplicación de este principio, conduce hacia una mayor previsibilidad tanto en la ejecución como en el aspecto jurídico, y genera además una seguridad primordial para las partes contratantes, al igual que la técnica de la autosuficiencia contractual a la que haremos mención más adelante.

Como se puede deducir de lo mencionado hasta ahora, las partes tienen plena libertad de fijar parámetros tales como leyes aplicables, jurisdicción a la que se sujetan, mecanismos de transporte, idioma, entrada en vigor, lugar de entrega, y una infinidad de elementos entre los cuales figura el régimen de transmisión del riesgo. Ya sea por medio de la utilización de Incoterms o por la aplicación de una normativa específica, ya sea perteneciente a uno de los Estados contratantes o a un Estado distinto, las partes tienen plena facultad para dirimir y delimitar su responsabilidad y el momento en que asumen el riesgo de deterioro o pérdida de la mercadería. De este modo, las partes pueden generar o establecer momentos exactos en los cuales se produciría la transmisión del riesgo. A manera de ejemplo:

Un comerciante ecuatoriano vende a un comerciante español un cargamento de productos textiles, mismos que deben ser transportados por vía marítima. Para el

efecto, señalan que se acogen al CIF, pero de igual manera establecen que el riesgo se transmitirá al comprador desde el momento en que la embarcación cruce el canal de Panamá.

Los Incoterms, como ya lo señalamos anteriormente y como se ilustra en el ejemplo, vienen a ser un instrumento práctico, que permite a las partes expresar de manera más adecuada y completa sus necesidades. Es perfectamente válida la estipulación relativa a la transmisión del riesgo del ejemplo, puesto que las partes en ejercicio de su autonomía, pueden señalar y a la vez modificar de acuerdo a sus necesidades los distintos elementos del contrato, y por lo tanto, pueden ampliar o modificar un Incoterm.

Debemos mencionar que existe una relación directa entre la autonomía de la voluntad y el régimen de transmisión del riesgo, ya que debe atender las necesidades de las partes y, por ende, su voluntad.

Finalmente, podría decirse que la autonomía de la voluntad se ve limitada básicamente por el parámetro de que los contratantes están facultados a hacer todo lo que no está expresamente prohibido por la ley. De este modo, las partes son enteramente libres de discutir y fijar las condiciones del contrato, sin más límites que la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien, por autosuficiencia contractual, se entiende a la posibilidad que tienen las partes contratantes de establecer todos los aspectos de la contratación, como la consecuencia de su autonomía de la voluntad. El agregado de esta técnica es la exactitud y precisión de las estipulaciones contractuales, que gracias a una redacción minuciosa, habilitan a que el contrato subsista como única y suficiente norma para las partes. Es decir que, gracias a esta técnica en la redacción del contrato, se ha logrado prever prácticamente la totalidad de situaciones de conflicto, así como una solución a las mismas, por lo que no hace falta remitirse a una normativa supletoria.

Como es de suponer, la autosuficiencia contractual necesariamente implica la expresión de la autonomía de la voluntad, aunque ésta en muchas ocasiones puede verse marginada como sería el caso de los contratos autosuficientes de adhesión. Sin embargo, podríamos establecer, a manera ilustrativa, una fórmula contractual para establecer la relación que existe entre éstos principios y el régimen de transmisión del riesgo.

$$\begin{array}{c} \text{Ejercicio de la Autonomía de la Voluntad} \\ + \\ \text{Técnica de la Autosuficiencia Contractual} \\ = \\ \text{Régimen consensuado y autónomo de transmisión del riesgo.} \end{array}$$

Aclaremos que esta fórmula, no significa una regla de subsistencia de ninguno de estos principios, pues con ella se pretende únicamente demostrar el orden de aplicación de los principios que hemos mencionado.

Los principios a los que nos hemos referido están inmersos en la compraventa internacional de mercadería y en el régimen de transmisión del riesgo aplicable a dichos contratos.

Diferencias en la transmisión del riesgo cuando se utilizan los convenios internacionales; los Incoterms; o cuando se está únicamente a lo establecido en los contratos autosuficientes y a la autonomía de la voluntad.

Resulta evidente la existencia de diversos problemas al momento de aplicar los distintos regímenes para atender la transmisión del riesgo en el ámbito comercial, de este modo es pertinente remarcar algunas de las principales falencias que se evidencian.

Uno de los mayores problemas de la técnica de la autosuficiencia contractual, radica obviamente en el peligro siempre latente de los vacíos que pueden dejar las partes al manifestar su voluntad expresa en el contrato y por ende, las lagunas legales en relación a la transmisión del riesgo. De este modo, podría ocurrir que las partes simplemente no han determinado la ley aplicable o los parámetros que regirán

el contrato en cuanto al tratamiento del riesgo. De igual manera, podría acontecer que el régimen establecido por las partes no fuere suficiente y, por lo tanto, que se produzcan vacíos considerables en el tratamiento de los riesgos que devengan en serios conflictos de responsabilidad.

Por otro lado, pueden suscitarse situaciones que no han sido previstas ni por la ley, ni por las partes y por lo tanto quebrantarían el aparente hermetismo de la autosuficiencia contractual, generando serias complicaciones al momento de pretender aplicar leyes para determinar las responsabilidades sobre los riesgos. De este modo, podemos admitir que en muchas ocasiones un contrato puede resultar aparentemente autosuficiente, pero siempre existirá la posibilidad de que ante el advenimiento de un infortunio, se evidencien lagunas insubsanables ante las cuales se deberá buscar la aplicación de alguna normativa en muchos casos no escogida por las partes.

Los contratos autosuficientes resultan en cierto modo utópicos. Sin embargo, es posible que en el contrato se haya logrado manifestar soluciones justamente pensadas para solucionar conflictos suscitados. Es decir que, a pesar de que el contrato sea perfecto, el mismo atiende justamente los puntos necesarios y por ende se convierte en la ley aplicable para las partes. A manera de ejemplo, si se realiza una compraventa con transporte marítimo y se estipula en el contrato que el riesgo será enteramente de parte del vendedor hasta la entrega de la mercadería en el

domicilio del comprador, excepto si cayera un rayo al barco en alta mar, momento en el que el riesgo será de responsabilidad del vendedor. Si llegara a ocurrir el incidente previsto, el contrato resultaría suficiente, pero si ocurriera otro evento como un maremoto, el contrato sería, por el contrario, insuficiente.

Ahora bien, la aplicación de los Incoterms conlleva otro tipo de dificultades. En muchos casos se hace evidente la falta de aclaración y complementación de las abreviaturas empleadas, lo cual genera un problema en las partes contratantes, mismas que no previeron algunos de los aspectos que pueden suscitarse y por lo tanto no ampliaron y especificaron las condiciones enmarcadas en el Incoterm utilizado. Estos términos resultan bastante genéricos y por ello no se ajustan con exactitud a todos los tipos de contratos empleados por los comerciantes y mucho menos a sus necesidades específicas. El tema de la transmisión del riesgo es bastante delicado y siempre requiere de una mayor atención.

Como lo hemos manifestado anteriormente, en los casos en que las partes decidan sujetarse a lo establecido por la Convención de Viena, para el establecimiento del régimen de transmisión del riesgo, las partes deberán aceptar que ésta, no abarca el sin fin de posibilidades de pérdidas o deterioros. Sin embargo, resulta una norma bastante adecuada y universal, lo que la convierte en una norma de aplicación relativamente fácil por parte de los jueces o tribunales dirimientes. En definitiva, la aplicación de la Convención hace predecible las resoluciones a las

divergencias y principalmente genera certidumbre a las partes contratantes. De todas formas, no podemos dejar de lado lo establecido por el art. 6 de la mencionada Convención, mismo que hace referencia a la capacidad de las partes de excluir la aplicación de este cuerpo normativo, o lo establecido por el art. 12, donde se permiten hacer excepciones a cualquiera de sus disposiciones, así como modificar sus efectos.

Finalmente, la autonomía de la voluntad, es el principio rector para el establecimiento de un régimen de transmisión del riesgo, porque a pesar de los vacíos que pueda haber, se refleja de manera expresa las necesidades de las partes y lo que consideran como fundamental para atender su actividad comercial. “Las partes son las que fijan sus derechos y obligaciones, pudiendo cambiar cualquier uso o costumbre que no sea de su agrado utilizar para una determinada operación”⁵⁵. Resulta lo más justo para las partes que se tenga en consideración lo pactado por ellas.

⁵⁵ Osvaldo J. Marzorati; *Derecho de los Negocios Internacionales*; ed. Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma; Buenos Aires 1997; Capítulo IV; Importación y Exportación; Pág.246

Análisis jurisprudencial de la utilización de los Incoterms y la aplicación de la autonomía de la voluntad como formas de establecer un régimen de transmisión del riesgo

La utilización de los Incoterms y de la Convención de Viena resulta una práctica muy común en el comercio internacional. De este modo, encontramos que en algunas resoluciones se hace referencia al uso de estos parámetros jurídicos internacionales, como los determinantes de una responsabilidad contractual y de la atención del riesgo de pérdida o deterioro.

El 7 de abril de 2003, el Juez Catorce de lo Comercial de la República Argentina, en el caso entre “Aron Rabe e hijos S.A.” y “Acmanet S.A.”⁵⁶, sobre la pesificación de las deudas en moneda extranjera, se determinó que la utilización del Incoterm C&F implica que la responsabilidad del vendedor incluye el costo y el flete; y, por lo tanto se debe considerar el lugar en que se realiza la entrega de la mercadería, de modo de establecer la normativa a la que debe sujetarse el contrato y por ende la deuda. En el caso, el Juez establece que la prestación del vendedor se concreta una vez entregada la mercadería en el lugar convenido fuera de la Argentina y, por lo tanto, establece que lo adeudado por el comprador debe ser cancelado en la moneda del Estado al que pertenece éste.

⁵⁶ Juzgado Nacional Comercial 14; Aron Rabe e hijos S.A. Concurso Preventivo; Buenos Aires, 7 de abril de 2003; <http://fallos.diprargentina.com/2008/04/aron-rabe-e-hijos-sa-1-instancia.html>

De este modo, se puede determinar que la utilización del Incoterm facilita o esclarece la interpretación del Juez y el establecimiento del lugar de ejecución de la prestación por parte del vendedor.

Ahora bien, en el mismo caso se manifiesta que a pesar de la cláusula C&F, las partes han convenido que el riesgo lo asumirá el comprador de conformidad con el término FOB. Es decir que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han establecido que la transmisión del riesgo se producirá una vez que la mercadería se encuentre a bordo del buque que transportará la mercadería, sin invalidar la responsabilidad del vendedor de entregarla en el lugar convenido.

Como se evidencia en este caso, las partes tienen la facultad de coordinar el empleo de Incoterms, así como el establecimiento del momento de la transmisión del riesgo; y, de la misma manera, el Juez tiene la potestad de interpretar y analizar los elementos adicionales e intrínsecos de los términos empleados por las partes.

En el caso entre “Elastar S.A.” y “Bettcher Industries Inc.”⁵⁷, ventilado ante el Juez Séptimo de lo Comercial de la República Argentina, en 1991, el Juez realiza una ponderación bastante interesante entre la normativa nacional y la Convención de Viena de 1980. El caso trata de una compraventa entre una compañía estadounidense y una argentina, por la cual esta última exige el pago de una suma de

⁵⁷ Juzgado Nacional Argentino de Primera Instancia 20 Mayo 1991;
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910520a1.html>

dinero adeudada. Sin embargo, ante la solicitud de la parte, el Juez realiza un análisis y determina que ante la existencia de un Convenio Internacional que regula la compraventa de mercaderías; y, además de directa aplicación por ser una de las partes perteneciente a un Estado suscriptor de la misma, las normas del Código de Comercio de Argentina no resultan aplicables al caso. Por otro lado, en la misma resolución, el Juez menciona como parte de sus consideraciones, que si se hubiera hecho uso de alguno de los Incoterms, éste hubiera primado por sobre la Convención de Viena por tratarse de una costumbre comercial y una manifestación de la voluntad de las partes, pero al no haberse manifestado ninguno, se aplica el texto de la Convención.

Resultan interesantes las consideraciones que se hacen en esta resolución, ya que se evidencia una clara aplicación de la Convención de Viena, como norma de directa aplicación para la compraventa internacional de mercaderías y por otro lado, se pondera indirectamente a la autonomía de la voluntad como la máxima norma que regula los contratos.

El 18 de marzo de 1994, ante el Juez Décimo Primero de lo Comercial de la República Argentina, se presentó el caso entre “Bedial S.A.” y “Paul Muggenburg and Co.”⁵⁸, en el que se emplean de manera coordinada el Incoterm CIF y el capítulo cuarto de la Convención de Viena. El caso se da entre una compañía Alemana y una

⁵⁸ Publicación de LL 1996-C, 157, en DJ 1996-1, 1204 y en ED t 169, pp. 405-425; <http://fallos.diprargentina.com/2007/07/bedial-c-paul-muggenburg-and-co-gmbh-2.html>

Argentina que comercian champiñones que eran enviados desde Hong Kong hacia Argentina, pero se produjo el deterioro de la mercadería durante el viaje. La compradora (Argentina), inició el proceso por el deterioro de la mercadería durante el viaje.

En el caso, se manifiesta que a pesar del Incoterm CIF, en aplicación del Art. 66 de la Convención, la responsabilidad sobre las pérdidas o deterioros se transmitieron al comprador una vez que el vendedor entregó a conformidad las mercaderías al primer porteador. Por lo tanto, al no haber podido probar que hubo negligencia o dolo por parte del vendedor o del porteador, la responsabilidad es entera del comprador. Por otra parte, la alegación sobre el deterioro de la mercadería, anterior a la entrega al porteador, no pudo ser probada y, al no haber ejercido su derecho a rechazarlas por inconformidad, le significan al comprador el tener que correr con las pérdidas. Finalmente, se resolvió exhortándole a la compradora al cumplimiento de la contraprestación por considerar que no podía dar por resuelto el contrato de manera unilateral y arbitraria.

En esta sentencia se pone en evidencia la practicidad tanto de los Incoterms como de la Convención de Viena, resolviendo de manera efectiva la controversia. La valoración conjunta que se realiza resulta acertada, ya que se logra atender lo establecido de manera autónoma por las partes, utilizando las normas comerciales internacionales específicas para la materia.

El 2 de diciembre de 2005, ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil de Bogotá, se presentó un recurso de casación interpuesto por la compañía “All Leather Import & Export”⁵⁹ a la sentencia de primera instancia, en el juicio seguido contra “Chocolatería Eureka Ltda.”. En el proceso, en el cual se habla de un incumplimiento de contrato por parte de la compañía vendedora “Chocolatería Eureka Ltda.”, dado que la mercadería no llegó a manos del comprador, se determina que la responsabilidad por los problemas surgidos en la aduana estadounidense no son responsabilidad del vendedor por la utilización del Incoterm FOB.

En la sentencia se respalda el criterio emitido en primera instancia, estableciendo que tanto la responsabilidad como el riesgo asumidos por la compañía vendedora, se extinguieron el momento de la entrega de la mercadería a bordo de la embarcación. Por lo tanto, el hecho de que la aduana estadounidense no haya permitido el ingreso de la mercadería, es responsabilidad exclusiva del comprador, ya que no se verificó falta u omisión alguna por parte de la vendedora.

Finalmente, por la valoración dada al Incoterm FOB manifestado en el contrato de compraventa, la Corte Suprema de Justicia Colombiana, resolvió no casar la sentencia de primera instancia y condenar en costas al recurrente.

⁵⁹ http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/SALA_CIVIL/docs/SC-311-2005

El 15 de febrero 2003, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia No. 107/2003⁶⁰, en el caso entre “Cerámicas Jovi S.L” y “Hanjin Shipping Co.Ltda.”, se trata la responsabilidad por la destrucción de la mercadería en tránsito debido a un incendio a bordo del buque. Para el caso, la transmisión del riesgo se sujetaba a las condiciones establecidas en el Incoterm FOB, lo que significa que el comprador debe responder por los daños o pérdida de la mercadería una vez que ésta ha sido entregada por el vendedor a bordo del buque. Sin embargo, las causas del incendio se debieron a dos contenedores que fueron embarcados por la misma compañía de transporte y que debían tener un trato especial por tratarse de productos químicos inflamables. La negligencia del trato dado a estos contenedores, sumados al hecho de haberlos ubicado junto al contenedor de la compañía demandante y finalmente, la obsolescencia de todos los mecanismos de seguridad previstos para el caso de incendios a bordo del buque, llevan a resolver a favor de la demandante.

En el caso, se pone en evidencia la importancia del Incoterm empleado en la contratación, así como al artículo 66 de la Convención de Viena. La ponderación que se realiza en el fallo, determina que a pesar de haberse acordado la cláusula FOB con el vendedor, el transportista tiene responsabilidad por un actuar negligente y por lo tanto deberá responder por la pérdida de la mercadería al comprador.

⁶⁰Universidad Carlos III de Madrid; <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/sespan32.htm>

En el caso entre la compañía “Acciaiere e Ferriere” y “Hiansa S.A.”⁶¹, presentado ante la Audiencia Provincial de Córdoba, el 31 de octubre 1997, en el que la mercadería comercializada (perfiles de acero) sufrió deterioros, se considera que la contratación fue realizada bajo la cláusula CFR siendo responsabilidad del vendedor los gastos hasta la entrega de la misma en el punto de destino convenido. Sin embargo, el riesgo es asumido por el comprador una vez que la mercadería ha sido entregada sobre la borda del buque antes del transporte. En el proceso, no se pudo demostrar que los perfiles de acero se oxidaron por la exposición al agua dulce o por negligencia del transportista y por lo tanto el riesgo y la afectación por el deterioro de la mercadería es responsabilidad del comprador. La consideración final al caso denota que mientras no se produzcan circunstancias atribuibles a un comportamiento negligente o doloso por parte del vendedor o transportista, la transmisión del riesgo se sujeta a lo estipulado en el contrato.

En el afán de continuar con un estudio casuístico que ayude a complementar este trabajo, hay que destacar con desconcierto que se ha podido constatar que en la jurisprudencia ecuatoriana no existen sentencias en las que se refleje una valoración del riesgo y un régimen de transmisión. De igual manera no ha sido posible encontrar sentencias o resoluciones arbitrales en las cuales se ponga en evidencia el empleo de la Convención de Viena o Incoterms para determinar responsabilidades por la transmisión del riesgo. Se evidencia una desvinculación por parte de los

⁶¹ Universidad Carlos III de Madrid; <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/sespan32.htm>

jueces nacionales a la lógica jurídica internacional en materia comercial, siendo un problema considerable para un país con economía basada en el comercio internacional. En la mayoría de casos, las partes contratantes se adscriben a legislaciones de otros estados por el uso de contratos de adhesión o se sujetan a tribunales arbitrales internacionales.

Sin embargo, en la jurisprudencia ecuatoriana, se puede denotar un uso particular a los Incoterms, siendo éstos parte de los parámetros fundamentales para el cálculo de aranceles a la importación y exportación. Con lo antedicho, y a manera de enunciado, a continuación se manifiestan algunos ejemplos de este tipo de uso de los Incoterms en Ecuador.

En el caso N° 90-1998, ante la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, el 1 de abril de 1998, en el análisis realizado se determina que el incumplimiento contractual por parte de la compradora de la mercadería (banano), se debió a la omisión del pago correspondiente a las bonificaciones por la calidad y cantidad de conformidad con lo estipulado en el contrato de compraventa pactado por dos años. Las consideraciones a la cláusula “FOB” son mínimas, puesto que se privilegia la intención de las partes y el espíritu de lo estipulado por éstas. De este modo se determina que a pesar de no haberse especificado que el pago de las bonificaciones adicionales se realizarán durante los dos años de contrato, estas obligaciones subsisten y son un derecho del vendedor.

En la Resolución N° 75-2001 de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, de 6 de abril del 2001, se realiza un análisis a la normativa que regula el régimen arancelario y para determinar el monto de lo adeudado por la demandante por concepto de aranceles a las importaciones se manifiesta que este debe ser medido en base al valor “FOB”. Esta consideración se la hace en base al Art. 14 de la Ley Orgánica de Aduanas. De manera consonante, en la Resolución N° 98-2006, la misma Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, se establece que la responsabilidad del comprador importador es cumplir con el pago de los aranceles calculados en base al “CIF”, conforme lo manifiesta el mismo Art. 14 de la Ley Orgánica de Aduanas. Resulta importante la mención a estos fallos, a pesar de distanciarnos un tanto de nuestro tema central, ya que se ilustra otro de los múltiples usos dados a los Incoterms y por lo tanto su practicidad.

Finalmente, es preciso mencionar que el análisis de los casos, ha permitido establecer algunos parámetros generales que evidencian los múltiples beneficios de la utilización de la Convención de Viena y los Incoterms. De igual manera, se ha puesto en evidencia la importancia del principio de “autonomía de la voluntad” como factor determinante de la contratación comercial internacional, siendo además el elemento esencial para la solución de controversias. Es imperativo considerar que la interpretación que se da tanto a la Convención de Viena y a los Incoterms debe ser homogénea y sentar un precedente para evitar interpretaciones arbitrarias que

devengan en problemas de inconsistencia en la valoración a las normas internacionales y las prácticas comerciales comunes.

CONCLUSIONES

El comercio internacional generalmente se lo realiza entre partes que pertenecen a distintos Estados y por ende sujetas a regímenes jurídicos distintos y son justamente estas diferencias las principales causas de los problemas y vacíos al momento de establecer la responsabilidad, derechos y obligaciones de las partes contratantes. Por ende, el establecimiento de un régimen de transmisión del riesgo, representa uno de los elementos más importantes dentro de la compraventa internacional de mercaderías, a fin de determinar la parte contratante que deberá responder ante las pérdidas o deterioros.

En realidad, los vacíos jurídicos en las distintas legislaciones siempre han representado una gran barrera y para el efecto han debido formularse acuerdos y convenios internacionales, básicamente porque pocas son las legislaciones que han previsto parámetros suficientes para atender las necesidades comerciales.

Como se lo ha analizado en el presente trabajo, históricamente ya se ha ido manifestando la necesidad de regular las distintas situaciones comerciales y con la proliferación de la contratación internacional, así como de múltiples medios de transporte, resultó imperativo regular la transmisión del riesgo. El punto máximo fue el apareamiento de la Convención de Viena de 1980, ya que instó a los Estados a incorporar a sus legislaciones los parámetros que en ella se establecen, generando normas generales bastante apropiadas y de plena vigencia en la actualidad. Se puede

considerar que la comunidad internacional ha buscado estandarizar e implementar reglas de juego justas y equitativas para todos, de tal forma de generar seguridad, certidumbre y confianza aplicable en los ámbitos comerciales.

Resulta una garantía para las partes contratantes adherirse a lo estipulado en la Convención de Viena, puesto que en muchos casos ésta señala mecanismos no previstos en las legislaciones de los estados a los que pertenecen las partes. Sin embargo, es en el principio de autonomía de la voluntad donde radica realmente la previsibilidad y la seguridad contractual. Ya sea en uso de la Convención o en uso de cualquier otro mecanismo, las aclaraciones y acotaciones que realicen las partes son esenciales para evitar vacíos legales. De este modo, las partes tienen en sus manos la responsabilidad de señalar sus necesidades y acordar los mecanismos para dirimir controversias.

Por tal motivo, entendamos en primer lugar que ni las legislaciones internas, ni las Convenciones tienen la facultad de prever todas las situaciones que se suscitan en el día a día del comercio internacional y por ende no pueden atender todos los aspectos. Al ser la transmisión del riesgo, un tema tan variable, los textos jurídicos pueden resultar un tanto obsoletos, por lo que con mayor razón se deben establecer las aclaraciones del caso.

De igual manera, resulta importante considerar lo mencionado por el autor Oliva Blázquez, ya que la redacción del capítulo IV de la Convención de Viena deja

mucho que desear y permite que se produzcan diversas interpretaciones a los parámetros que en ella se establecen. Por este motivo resulta imperativo “tener en consideración la jurisprudencia y la aplicación dada a estas normas por los jueces, de tal forma que se genere una interpretación homogénea”.

Ahora bien, la utilización de mecanismos como los Incoterms resulta en ocasiones una salida efectiva, pero de la misma manera, pueden resultar insuficientes si no se los amplía y adecua con exactitud a las necesidades de las partes. De este modo, se constata nuevamente que es la voluntad de los contratantes y las manifestaciones que éstas hagan en el contrato, las que constituyen en el factor determinante para establecer la responsabilidad de deterioro o pérdida de las mercaderías.

Otro factor a tener en cuenta es que uno de los principales vacíos que existen tanto en las legislaciones internas como en las internacionales, es la falta de estipulación de lo que se considera “deterioro necesario u ordinario”⁶², siendo el primero, una de las eximentes de responsabilidad contractual, ya que no responde a negligencia o dolo. La falta de consideración de las transformaciones naturales de las mercaderías, puede devenir en responsabilidad por un deterioro que resulta inevitable.

⁶² Francisco Oliva Blázquez, *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa Internacional de Mercaderías*; ed. Tirant lo Blanch; Monografías; p. 57

Es pertinente señalar, como parte de las consideraciones finales a este trabajo, el determinar que la responsabilidad no necesariamente equivale a asunción del riesgo. De este modo entendamos que la responsabilidad se halla sobre el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato (entrega, pago, recepción, etc.). Sin embargo, al referirnos al riesgo, se hace referencia a la obligación adicional que aparece únicamente en el caso de pérdidas o deterioros no intencionados. De existir intención, negligencia o dolo como motivo de las pérdidas, no estaríamos ante un riesgo, sino ante la responsabilidad por conductas lesivas e imputables.

Es necesario que las actividades comerciales internacionales se sujeten a prácticas habituales, de tal forma de generar una seguridad común. Es básica la utilización de la Convención de Viena, Incoterms y demás mecanismos, como la autonomía de la voluntad y la técnica de la autosuficiencia contractual, por parte de los jueces para lograr una hegemonía y previsibilidad en las prácticas comerciales.

Finalmente, son los encargados de administrar justicia quienes tienen la responsabilidad de admitir y aplicar de manera apropiada las normas que regulan la compraventa internacional de mercaderías, y entre ellas, la fundamental transmisión del riesgo.

BIBLIOGRAFÍA

Abel, Carlos, *Instituto de Prácticas Bancarias y Financieras*; El Contrato Partes y Elementos-Aspectos Técnicos; Historia del Seguro.

Adame Goddard, Jorge, *La regla periculum est emptoris aplicada a la compraventa internacional de mercaderías*; Anuario Jurídico, XI-1984; México: IJ-UNAM, 1984.

Azar, María Cecilia, *Derecho del Comercio Internacional-Solución de Controversias*; UNIDROIT- Instituto para la Unificación del Derecho Privado; ed. Zavalia 2004.

Biblioteca virtual Andina para la Prevención y Atención de Desastres Biva-Pad Colombia; Iniciativa liderada por el Comité Andino para la Prevención y Atención de Desastres (CAPRADE), con el apoyo de la Secretaría General de la Comunidad Andina y la Comisión Europea, a través del Proyecto PREDECAN, además de entidades como OPS, EIRD y CRID; <http://www.bivapadcolombia.org/conceptos.shtml>

Esplugues Mota, Carlos, *Derecho del Comercio Internacional*; ed. B de F; Uruguay 2005.

Harden, Donald, *Los Fenicios*; ed. Orbis S.A. 1965.

Lascarro Leal, Álvaro, *El Transporte de Mercancías y sus Riesgos*; Biblioteca A.P.

Corredores Internacionales de Reaseguros; Colombia 2002.

López de Gonzalo, Marco, *Vendita Internationale, Contratto e Impresa*, 1998,

p.266, citado por Francisco Oliva Blázquez; *La transmisión del Riesgo en la*

Compraventa Internacional de Mercaderías; ed. Tirant lo Blanch; Valencia

2000.

Marzorati, Oswaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*; ed. Astrea de

Alfredo y Ricardo De Palma; Buenos Aires, 1997.

Niklas, Luhmann. *Sociología del Riesgo*. México: Triana Editores; Universidad

Iberoamericana, 1998.

Oliva Blázquez, Francisco, *La Transmisión del Riesgo en la Compraventa*

Internacional de Mercaderías; ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

Oviedo Albán, Jorge, *El derecho mercantil internacional*; Universidad Javeriana,

Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá 2004.

Oviedo Albán, Jorge, *Globalización y Derecho; UNIDROIT y la Unificación del*

Derecho Privado: Referencia a los Principios para los Contratos

Comerciales Internacionales; ed. Colex 2003; Pontificia Universidad

Javeriana 2003.

Peretti-Watel, Patrick, *Sociologie du Risque*; ed. Armand Colin, Francia 2000.

Pérez, Alonso, *El Riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid 1972.

Documentos electrónicos

Código de Hammurabi;

<http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>

CNUDMI; Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

Internacional 1980;

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda

Edición; www.rae.es

De la Helguera y García, Álvaro, *Manual Práctico de la Historia del Comercio*,

Edición electrónica gratuita; Barcelona 2006. Texto completo en

<http://www.eumed.net/libros/2006>.

Diario El Comercio; 27 de enero 2009;

http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=252942&id_seccion=6

Juzgado Nacional Comercial 14; Aron Rabe e hijos S.A. Concurso Preventivo;

Buenos Aires, 7 de abril de 2003;

<http://fallos.diprargentina.com/2008/04/aron-rabe-e-hijos-sa-1-instancia.html>

Juzgado Nacional Argentino de Primera Instancia 20 Mayo 1991;

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910520a1.html>

Jurisprudencia Colombiana:

http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/SALA_CIVIL/docs/SC-311-2005

Kant, Immanuel, *Crítica a la Razón Pura*;

<http://www.scribd.com/doc/2619425/Kant-Immanuel-Critica-de-la-razon-pura-espanol>

<http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/Kant/Kant-AutonomiaVoluntad.htm>

PerDo; Compañía de Transportes multimodales;

<http://www.perdo.com.cn/windows/b1.sb1.1.htm>

Publicación LL 1996-C, 157, en DJ 1996-1, 1204 y en ED t 169, pp. 405-425;

<http://fallos.diprargentina.com/2007/07/bedial-c-paul-muggenburg-and-co-gmbh-2.html>

Universidad Carlos III de Madrid;

<http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/sespan32.htm>