



Contratación mercantil. Estudios

La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Viena de 1980 y de los Incoterms® 2020

Pilar Perales Viscasillas (1)

Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid

FICHA TÉCNICA

Resumen: *El presente trabajo aborda el régimen de la transmisión del riesgo en el contrato de compraventa internacional de mercaderías bajo la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa y el régimen de los Incoterms® 2020 elaborados por la Cámara de Comercio Internacional. Se analizan las relaciones entre ambos textos, la naturaleza jurídica de los términos comerciales, los problemas jurídicos ocasionados por la utilización patológica de los términos bajo el contrato, así como la doctrina y jurisprudencia recaída en la materia.*

Palabras clave: Transmisión del riesgo, compraventa internacional, Incoterms, Convención de Viena.

Abstract: *This paper addresses the transfer of risk under the 1980 Vienna International Sale of Goods Convention and the Incoterms® 2020 approved by the International Chamber of Commerce. The relationships between both texts, the legal nature of the commercial terms, the legal problems caused by the pathological use of the terms under the contract, as well as the doctrine and case law on the matter are analyzed.*

Keywords: Transfer of risk, international sale, Incoterms, Vienna Convention.

I. Introducción a la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías (CISG) y a los Incoterms® 2020

La Convención de Viena de 1980 forma en la actualidad parte del derecho interno de 94 Estados (2) . Desde el cono sur del continente americano hasta la remota Australia, pasando por Brasil, la poblada china, y la reciente incorporación de Portugal, más 2/3 de la población mundial, disponen de un mismo régimen jurídico aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías con el consiguiente desplazamiento del derecho nacional no uniforme. Uno de los aspectos cruciales en cualquier contrato de compraventa internacional de mercaderías que por definición implica en la mayoría de las situaciones el transporte de mercancías de un país a otro es el que se relaciona con la entrega de las mercancías (3) , y asociado a ésta cuestiones tan importantes desde un punto de vista jurídico y práctico como es el de determinar el momento de la transmisión del riesgo del vendedor al comprador, esto es, quién se hace cargo del riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías bajo el contrato de compraventa. Transmisión del riesgo que es independiente de si se ha contratado o no un seguro (4) o de la cuestión de la transmisión de la propiedad que no se regula en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante CISG) [art. 4 b)], pese a que sí se menciona en el art. 30 CISG como obligación del vendedor. Determinar el momento de la transmisión del riesgo bajo la Convención fue una tarea ardua que tuvieron que emprender los redactores del texto vienés ante la diversidad de soluciones amparadas en el derecho comparado (5) y cuya redacción ha quedado plasmada en el capítulo IV, Transmisión del riesgo, arts. 66-70. Adicionalmente, indicar que existen deberes de conservación de las mercancías, por el vendedor o por el comprador en control de las mercancías, pese a que el riesgo de pérdida recaiga sobre la otra parte (arts. 85-88 CISG), y que en los casos en los que existe resolución del contrato (art. 81) y las mercancías se han de restituir, los artículos 81-84 CISG son de aplicación (6) .

La obligación de entrega de las mercancías, punto que marca la transmisión del riesgo por regla general bajo la Convención, si bien también acoge otras reglas como la perfección del contrato o la entrega matizada con la puesta a disposición, es una de las obligaciones principales que pesan sobre el vendedor bajo el contrato de compraventa, como es la de la recepción de las mismas para el comprador. Sobre estas obligaciones confluyen precisamente los textos objeto de este trabajo: la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG) y los Incoterms® 2020 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

En relación con los muy conocidos *International Commercial Terms* (Incoterms®), éstos han sido elaborados por la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (ICC, en sus siglas en inglés, o CCI por sus siglas en español, organización creada en 1919), en su última versión que entró en vigor el 1º de enero de 2020. El término es marca registrada (7) y las reglas de los Incoterms® se conocen por sus acrónimos de tres letras, resultando los más conocidos los términos marítimos FOB (*Free on Board*) y CIF (*Cost, Insurance & Freight*), englobando esas tres letras un significado más detallado y preciso al incorporar por referencia el conjunto de

obligaciones de las partes bajo cada uno de los singulares 11 términos en los que se desglosan los Incoterms y que regulan cuestiones que coinciden también con la CISG en relación fundamentalmente con la entrega de las mercancías, la transmisión del riesgo y el pago. Resulta evidente que mediante la utilización de los Incoterms® se ahorran costes de redacción y negociación y se confía en términos bien contrastados en la práctica aumentando la certeza y seguridad jurídicas, la uniformidad internacional en el uso de estos términos, evitando equívocos entre los empresarios (8) . De ahí que, como se advierte correctamente, cualquier desviación en los Incoterms® debe ser hecha con cuidado pues cualquier alteración puede conllevar peligros y sorpresas desagradables (9) .

Los Incoterms® tienen una larga tradición desde que en 1936 se creó la primera versión de los mismos que reflejaba los términos comúnmente usados en el mercado de *commodities* (10) , resultando que por su carácter de texto no vinculante se facilita enormemente su adaptación a las prácticas y a la evolución del comercio internacional, y por ello su revisión se realiza frecuentemente en el tiempo, últimamente cada 10 años si pensamos en los Incoterms® 1980, 1990, 2000, 2010 y ahora 2020 (11) . De fácil comprensión y lectura sin necesidad de ser un jurista o experto en comercio internacional, lo que se ve apoyado por vistosos gráficos, los Incoterms® se presentan como un texto atractivo para sus usuarios, facilitando así su uso e inclusión contractual por los empresarios. Pensados y diseñados originalmente para el comercio internacional, su utilidad y éxito se han visto compensados con su utilización a nivel nacional, de ahí que ya en los textos de 2010 y 2020 lo especifican así en su título: *Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales (ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms)* (12) .

Los Incoterms® son en una acepción minimalista un instrumento del área del *soft law* (derecho blando), pues evidentemente no son un tratado internacional, ni un modelo de ley, sino un conjunto de normas que son fruto de la labor de codificación privada de la CCI, redactados en consecuencia por una organización internacional de empresarios, y que se ofrecen a los comerciantes para su posible incorporación contractual (*opting in*). Desde esta perspectiva, los Incoterms® sólo pueden devenir de aplicación si las partes los incorporan al contrato por virtud del principio de autonomía de la voluntad, reconocido en el art. 6 CISG, y que permite a las partes configurar su contrato atendiendo a los acuerdos que alcancen en particular mediante la inclusión de uno de los términos de los Incoterms®, cláusulas abreviadas de tres letras, cuya definición y contenido es proporcionado por referencia al texto completo de los Incoterms. Si los términos comerciales que se recogen en los Incoterms® son un reflejo de usos del comercio internacional o de la llamada *lex mercatoria* es otra cuestión que ha preocupado y preocupa a la doctrina en un intento de acomodar dichos términos en una amplia variedad de instituciones: desde la *Lex Mercatoria*, los usos mercantiles, el derecho consuetudinario, los principios generales del comercio internacional, las prácticas internacionales, hasta alcanzar a las condiciones generales de la contratación.

II. La CISG: panorámica general sobre la transmisión del riesgo

La CISG, según hemos visto, presenta un texto normativo que es lo suficientemente flexible para ser adaptado a las circunstancias particulares de cada transacción; en ese dinamismo jurídico y normativo del que hace gala la Convención, encontramos el posible acomodo de los acuerdos de las partes que puedan separarse del texto vienes (art. 6), y en consecuencia el reconocimiento

de uno de los principios más importantes del derecho contractual mercantil: el principio de autonomía de la voluntad, que alcanza también a la posible exclusión total de la Convención (*opting out*), así como el reconocimiento de las prácticas establecidas entre los contratantes, de los usos convenidos (art. 9.1), y de los usos de comercio (art. 9.2), pero sin regular cuestiones relativas a la validez de los usos (art. 4 a CISG). Al mismo tiempo, la Convención reconoce un conjunto de elementos que pueden ser importantes en la interpretación del contrato, incluyendo en ese catálogo no exhaustivo y no jerarquizado a los usos y a las prácticas establecidas entre los contratantes (art. 8.3 CISG). Parte importante del juego de estas normas se da en relación con los Incoterms®, ya que, en el marco de la CISG, aquellos se han considerado tanto usos o prácticas acordadas entre las partes (art. 9.1 CISG, lo que no deja de ser una expresión del principio de autonomía de la voluntad contemplado en el art. 6 CISG) como usos mercantiles (art. 9.2).

En relación con el esquema general que se sigue bajo la Convención de Viena con la transmisión del riesgo (capítulo IV, arts. 66-70) se parte de una regla general descriptiva del riesgo, esto es, de la pérdida o deterioro de las mercancías, y de la consecuencia de la transmisión del mismo del vendedor al comprador, a saber: no se libera de su obligación de pagar el precio. Es decir, la transmisión del riesgo provoca que, en un caso de daño o pérdida de la mercancía acaecida después de ese momento, el comprador pierde entera o parcialmente la cosa, o la recibe deteriorada, pero ha de pagar la totalidad del precio, a menos que dicha pérdida o deterioro se deban a un acto u omisión del vendedor (art. 66 CISG, cuestión que se repite en el art. 68 *in fine*). A contrario, si la cosa se pierde o deteriora antes de la transmisión del riesgo, el vendedor debe entregar otra mercancía al comprador y si no lo hace incumple su obligación de entrega.

Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones sobre transmisión del riesgo (arts. 67-69 CISG) no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento (art. 70 CISG). En consecuencia, si hubo un incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor (sea o no la causa de la pérdida o el daño), el comprador puede recurrir a los recursos disponibles para el comprador por tal incumplimiento (art. 70), y ello incluye solicitar la entrega de mercancías sustitutivas (art. 46, párr. 2) y declarar la resolución del contrato (art. 49, párr. 1 b)), sin perjuicio de que la pérdida o el daño hayan ocurrido después de la transmisión del riesgo (13). En este punto, la interrelación con los Incoterms puede darse en el caso de los términos CIF/CIP que exigen del vendedor la cobertura de un seguro, dado que en ocasiones se incumplen las condiciones sobre las cuales se tiene que contratar dicho seguro, a saber: uno en el que sea beneficiaria la compradora, lo que constituye un incumplimiento esencial de la Convención (arts. 25 y 70 CISG) (14)

Las reglas de transmisión del riesgo no son únicamente importantes en relación con la cuestión de quién ha de sufrir el daño o pérdida de la mercancía, sino también porque la Convención establece el momento pertinente para la determinación de la conformidad (art. 36.1 CISG), de tal forma que el vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo, aun cuando se manifieste después de ese momento (15). Incluso después de ese momento también puede ser el vendedor responsable si la falta de conformidad se debió al incumplimiento por el vendedor de alguna de sus obligaciones, en particular si se incumple con la garantía de que durante un período de tiempo las mercancías seguirían siendo aptas para su propósito ordinario o para algún propósito particular o conservarían cualidades o características específicas (art. 36.2 CISG). La lectura que puede obtenerse fácilmente es que es aconsejable examinar las mercaderías antes de la transmisión del

riesgo, si ello es posible, pues de ello depende también el tipo de mercancía, su embalaje u otras.

Establecida esa definición del riesgo, su importancia y sus consecuencias, a continuación, la Convención expone el momento en el cual ese riesgo se transmite del vendedor al comprador conforme a las siguientes reglas, que resultan coherentes con las reglas de la Convención relativas a la entrega de las mercaderías (arts. 31-33 CISG), puesto que entrega y transmisión del riesgo están íntimamente relacionadas:

1. Compraventas en las que existe la obligación de entrega en un lugar determinado

En este caso, la transmisión se produce en ese lugar, con o sin intervención de un porteador. A ello se refiere:

- i) el art. 67.1 CISG, segunda frase, cuando señala que cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo se transmite cuando se ponen en poder del porteador en ese lugar (ejemplo, cuando se acuerda la entrega al transportista oceánico, en cuyo caso el riesgo no se transmite cuando se ponen en poder del primer porteador terrestre en el establecimiento del vendedor) (16) . El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos que controlen la disposición de las mercancías (por ejemplo, conocimientos de embarque) después de entregar las mercancías al transportista no afecta la transmisión del riesgo (17) . En estos casos, el vendedor ya ha entregado la mercancía y el riesgo de pérdida durante todo el transporte recae en el comprador, quien está en una mejor posición para establecer la pérdida o daño una vez que la mercancía llega a destino. Y
- ii) el art. 69.2 CISG cuando indica que, si el comprador está obligado a hacerse cargo de las mercancías en un lugar distinto del establecimiento del vendedor —los almacenes de un tercero, o entrega en el establecimiento del comprador, por ejemplo— el riesgo se transmite cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar (18) . Cabe señalar que esto es diferente de las reglas de los Incoterms®, que generalmente no hacen que la conciencia del comprador sea un requisito para la transmisión del riesgo (19) . Además, el art. 69.2 CISG cubre los casos que bajo los Incoterms® 2020 están contemplados en el Grupo D (20) .

2. Compraventas que impliquen transporte

Si no se da el caso anterior (2.1) y la compraventa implica el transporte de las mercaderías (art. 67.1 primera frase CISG): cuando el vendedor ponga las mercancías en poder del primer porteador, entendido como un porteador independiente, esto es, no se utilizan los medios de transporte del vendedor, ni su personal, ni de auxiliares (21) , lo que parece requerir algo más que la mera entrega ya que requiere que el porteador tome posesión de ellas y, por lo tanto, las recepcione (22) . En este sentido la jurisprudencia ha considerado que poner en poder del porteador significa una entrega real de las mercaderías; que es necesario que el vendedor cargue las mercaderías sobre el respectivo medio de transporte o dentro de él, y que el riesgo solo se transmite cuando el proceso de carga está completo (23) .

Un contrato de compraventa implica el transporte de las mercaderías cuando en él se prevé expresa o tácitamente un transporte ulterior (24) , por lo que ha de estarse a la voluntad e

intención de las partes y las concretas cláusulas acordadas, por ejemplo, un término C de los Incoterms (25) , y en particular —ya que esto es lo trascendente— que el vendedor será quien tendrá la obligación de organizar el transporte de las mercancías y tomará las acciones necesarias para su transmisión al comprador (26) . Aplica generalmente en el caso de transporte multimodal, por ejemplo, se cargan primero en un tren o camión y de ahí al porteador oceánico, por lo que desde que se carga en el primer medio de transporte se transmite el riesgo (27) .

Respecto al uso de ciertas cláusulas como «*free site*» «*free delivery*» o «*free place of destination*» y si implican distribución de costes o de riesgos, o ambas, debe adoptarse una posición flexible en función de las circunstancias del caso concreto (28) . La entrega al primer porteador como momento crítico de la transmisión del riesgo no depende de quién sea responsable de hacer los arreglos necesarios para el transporte y los seguros (29) .

Como se desprende, el art. 67.1 CISG viene a ser compatible en líneas generales con los términos F y C de los Incoterms® (30) . Por el contrario, el profesor Bridge (31) se ha mostrado en este punto muy crítico indicando que:

«The CISG provisions, however, are far from exemplary. Their single greatest failing is that they do not accommodate well-understood delivery terms, like FOB and CIF, and do not mesh well with Incoterms. They fail therefore to capture the central ground of sales practice when, in this as well as in other areas, the CISG should be doing precisely that by laying down presumptive rules from which the parties depart in only a minority of cases. An optimist would say, nevertheless, that courts and tribunals are able over time to repair this deficiency, particularly by means of Articles 6 and 9 CISG on exclusion and usage».

En relación con ello el profesor Bridge (32) considera que el art. 67.1 CISG es totalmente inadecuado para contratos CIF puesto que podría transmitirse el riesgo con la entrega a un transportista anterior al marítimo, y la misma conclusión para los FOB. Tomando este último como ejemplo creemos que la posición del profesor Bridge es errónea. Si las partes han pactado un FOB Baton Rouge, como en el ejemplo que utiliza el profesor Bridge, la cuestión es de interpretación de la voluntad de las partes. Si se determina que dicha intención es que sea interpretado ello conforme a los Incoterms® CCI, o que lo sea conforme a un derecho nacional, el USA o el inglés, por ejemplo, no hay hueco para aplicar la regla del art. 67.1 CISG que, según el profesor Bridge llevaría a que «*the risk passes to the buyer in the same way as it would under a FAS (free alongside) contract*». Sin embargo, incluso en esa hipótesis, esto es, que se entendiera que FOB Baton Rouge debe interpretarse conforme a la CISG, no vemos por qué tiene que ser de acuerdo a un FAS (al costado del buque) y no a bordo del buque como sucede en la redacción actual del FOB. Antes al contrario, como se ha considerado por algún sector de la doctrina el tándem de la CISG y los Incoterms® se acomoda perfectamente al tráfico de *commodities* (33) .

3. Compraventas de mercaderías en tránsito

La compraventa de mercaderías en tránsito (art. 68 CISG), típica del comercio de *commodities* o materias primas como el petróleo, cereales o minerales, con un objetivo de especulación, se observa cada vez más el transporte por carga completa en contenedor (*Full container Load*) (34) , en este caso la transmisión del riesgo se produce con la perfección del contrato (regla general), pero si así resultará de las circunstancias, por ejemplo, porque el comprador dispone ya de un

seguro (o se le ha cedido uno) que cubre todo el transporte se retrotrae el riesgo al momento en que las mercaderías se pusieron en poder del porteador que expidió los documentos de transporte (35) . El documento puede ser cualquier documento que demuestre la existencia del contrato. No es necesario que sea un documento que controle la disposición de las mercancías (36) . La regla general-excepción indicada se somete todavía a otra regla más: si en el momento de la celebración del contrato de compraventa de mercaderías en tránsito, el vendedor sabía o debería haber sabido que las mercaderías se habían perdido o dañado y no lo reveló al comprador, la pérdida o el daño corre por cuenta del vendedor (art. 68) (37) . No extrañará que, por virtud de este juego de reglas, que derivan de toda una serie de compromisos que tuvieron que alcanzarse durante la negociación de la Convención, el art. 68 haya sido calificado como «uno de los menos claros» de la CISG (38) .

4. Los supuestos residuales/regla general

Si no estamos ante los casos referidos anteriormente, esto es, no existe obligación de entrega en un lugar determinado, y la compraventa de mercaderías no implica su transporte, ni es un caso de compraventa en tránsito (39) , aplica como regla residual, que en realidad es regla general (40) , el art. 69 CISG: cuando el comprador 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. De esta manera se entiende que corresponde con la entrega en el propio establecimiento del vendedor (41) , lo que vendría a ser un EXW bajo los Incoterms® 2020 (42) . Regla que es coherente con el lugar de entrega residual bajo la CISG (art. 31 c) CISG) (43) , que sigue el criterio de la puesta a disposición (44) , y que tiene como efecto indirecto el de ser relevante de cara a la determinación de la competencia judicial internacional en el ámbito europeo (*infra* VI). No coincidimos con aquellos que sostienen que el art. 69.1 CISG se refiere a compraventas en las que las partes están en el mismo lugar (45) , cuando puede ser o no, y de hecho frecuentemente no lo será en el caso de las compraventas internacionales cubiertas por la Convención.

Cabe reseñar que transpira un principio general de la lectura de los arts. 67.2 y 69.3 CISG (46) , por el cual el riesgo no se transmite al comprador a menos que las mercaderías estén identificadas a los efectos del contrato, mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo (47) ; algo que es especialmente importante en el caso de mercancías a granel.

Como decíamos las anteriores reglas concuerdan y se ven complementadas con las disposiciones de la Convención sobre la entrega de las mercancías. De acuerdo con la Convención de Viena, salvo que se hubiera pactado algún lugar determinado para la entrega de las mercancías, y si éstas han de ser transportadas, la obligación del vendedor de entregarlas se cumple cuando se ponen en poder del primer porteador para que las traslade al comprador (art. 31 a) CISG). Además, en este caso, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercancías cuando éstas no estuvieren claramente identificadas en el contrato mediante señales en ellas (art. 32.1 CISG). La obligación de notificar el envío en virtud del párrafo 1 del artículo 32 también se aplica cuando es el comprador quien organiza el transporte, si la obligación de entrega del vendedor consiste en entregar las mercancías al porteador (por ejemplo, términos FOB y FCA) (48) .

Si además el vendedor tuviere la obligación de disponer el transporte de las mercancías, deberá

concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado, por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte (art. 32.2 CISG). En estas situaciones en las que el contrato implica el transporte, el vendedor podrá expedirlas estableciendo como condición que no se pondrán las mercancías o los documentos representativos de las mismas a menos que pague el precio (art. 58.2 CISG).

En relación con el seguro, la única mención que se hace en la CISG se realiza para indicar que, si el vendedor no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro (art. 32.3 CISG). Esto se aplica independientemente de si es el vendedor o el comprador quien organiza el transporte (49) . En consecuencia, al no regular la Convención las cuestiones relativas al seguro, ni hacerlo tampoco los Incoterms®, salvo en los casos de CIF/CIP, cada parte deberá contratar un seguro para cubrir la parte del riesgo que le incumbe.

Para finalizar, indicar que los Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales (2016) no contienen disposiciones supletorias expresas sobre la transmisión del riesgo de pérdida y sus consecuencias, dado que su ámbito de aplicación es más amplio, al abarcar todos los contratos (50) . Sí existen disposiciones muy similares a las de la Convención sobre la transmisión del riesgo en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), pero no en los PECL (51) .

III. Los Incoterms® 2020

Atendiendo a la estructura que ofrecen los Incoterms® 2020, encontramos que se refieren a un conjunto de obligaciones del vendedor y del comprador con una estructura simétrica o espejo en diez apartados identificados en dos grupos: letra A para las obligaciones del vendedor y letra B para el comprador (52) :

Apartado A (Vendedor) Apartado B (Comprador)

- ▶ A1/B1- Obligaciones generales
- ▶ A2/B2-Entrega/Recepción
- ▶ A3/B3- Transmisión de Riesgos
- ▶ A4/B4- Transporte
- ▶ A5/B5- Seguro
- ▶ A6/B6- Documento de entrega/transporte
- ▶ A7/B7- Despacho de exportación/importación
- ▶ A8/B8- Comprobación/Embalaje/Marcado
- ▶ A9/B9- Reparto de Costos
- ▶ A10/B10- Notificaciones

De la lectura de esta serie de obligaciones de las partes bajo los Incoterms®, resulta evidente que dotan al contrato y a las partes de un conjunto de obligaciones en aspectos concretos que se relacionan singularmente con la entrega y recepción de la mercancía y la transmisión de los riesgos y los costos, pero que alcanza también a otros como los documentos necesarios para el transporte y, en su caso, el seguro, ciertas obligaciones relativas a la inspección de las mercancías, comprobación del embalaje, así como la exportación e importación de las mercancías como las relativas a los trámites aduaneros, licencias y autorizaciones.

Los Incoterms® se ordenan y clasifican en 11 términos comerciales (antes 13, versiones de 1990 y 2000) que a su vez pueden ordenarse en función de las modalidades de transporte. Así, cuatro de esos 11 términos se ordenan en relación al transporte marítimo y por vías navegables interiores (FAS, FOB, CFR, CIF), mientras que las restantes se aplican a todas las modalidades de transporte (EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DPU y DDP). Sin embargo, a mi juicio, resulta más ilustrativo ordenarlos en función de los grupos (como hacían las versiones de 1990, que fue la que instauró esa forma de presentación, y 2000) en los que se inicia la primera letra del acrónimo, esto es, Grupos E, F, C y D que se ordenan de menos a más obligaciones para el vendedor (53) :

- Compraventas domesticas: **EXW**.
- Compraventas con contrato de transporte principal no incluido en el precio: **FCA, FAS, FOB**.
- Compraventa con contrato de transporte principal incluido en el precio: **CFR, CIF, CPT, CIP**.
- Compraventa a la llegada del lugar de destino: **DPU, DAP y DDP**.

A continuación, se ofrece una breve descripción de cada uno de los 11 Incoterms® 2020 (54) :

1. Grupo E

El Grupo E está formado por un único término: EXW —En fábrica. «En fábrica» significa que el vendedor efectúa la entrega cuando pone las mercancías a disposición del comprador en los locales del vendedor o en otro lugar previsto (la fábrica, las instalaciones, el almacén, etc.) (55) . No hace falta que el vendedor cargue la mercancía en un vehículo de recogida ni que la despache para su exportación, cuando proceda efectuar ese despacho (56) .

2. Grupo F

Este grupo está formado por tres términos que se caracterizan porque el transporte principal no está incluido en el precio, y en esto se diferencian de los términos C ya que en ambos la transmisión del riesgo se produce con la entrega al transportista principal. De esta forma si el vendedor contrata un transporte por carretera para llevar la mercancía hasta el punto de entrega acordado o un buque de enlace o una barcaza para llevar la mercancía hasta el buque, todavía no estamos en el lugar de entrega y de transmisión del riesgo conforme a los Incoterms® (57) . Los tres términos son FCA —Franco transportista—, FAS —Franco al costado del buque—, y FOB —Franco a bordo—.

3. Grupo C

El Grupo C se caracteriza porque el transporte principal está incluido en el precio (de ahí la letra C, *Costs*), y como se ha mencionado en ello reside la diferencia con el Grupo F (*Free*, libre de). Los cuatro términos incluidos en esta categoría son: CPT —Transporte pagado hasta; CIP —Transporte y seguro pagados hasta; CFR —Costo y flete—. Por «costo y flete» y CIF —Costo, seguro y flete—.

Además, los términos C presentan dos particularidades en los términos CIP y CIF que viene dada por la obligación de contratación del seguro (Letra I, *Insurance*) (58) . Tanto C como F coinciden, pues, en el tratamiento del riesgo. De hecho, ilustrativo es que se les considera como «términos o contratos de embarque» por referencia a su origen en relación al transporte marítimo (59) y los conocidos términos FOB (60) y CIF, al que habría que añadir CFR (61) . No obstante, puede hablarse en términos generales para todos ellos de esa forma al tratarse de un lugar de entrega correspondiente al vendedor en el transporte previsto y donde la entrega ocurre (62) :

- cuando la mercancía se coloca a bordo del buque en el puerto de carga en CFR, CIF y FOB;
- poniendo la mercancía en poder del porteador en CPT y CIP; o
- cargándola en los medios de transporte proporcionados por el comprador o poniéndola a disposición del comprador en FCA.

Al diferir, sin embargo, en relación con el coste del transporte es importante destacar que el lugar que aparece junto a un término F designa el lugar de entrega de las mercancías, mientras que en los términos C al encargarse el vendedor del coste de transporte hasta el lugar de destino, ese es el lugar que aparece en los términos C por lo que «ese lugar no es y nunca se convierte en el lugar de entrega» (63) . Como indica la Introducción a los Incoterms® (64) , en algunas jurisdicciones en compraventas CPT y CIP el porteador relevante puede ser considerado el primer porteador de la cadena por lo que el riesgo se transmite en la fase de inicio de la cadena de transporte.

4. Grupo D

El grupo D o términos de llegada, se encuentra formado por tres términos: DAP —Entregada en lugar—; DPU —Entregada y descargada en el lugar acordado—, y DDP —Entregada derechos pagados—.

IV. CISG e Incoterms®: Instrumentos ¿excluyentes, competitivos o complementarios?

El título de este epígrafe es necesariamente provocador al intentar encapsular en él las posibles alternativas con la que la doctrina se refiere a la relación entre la Convención de Viena y los Incoterms®. Como primera cuestión a poner de relieve es el ámbito coincidente de aplicación ya que tanto los Incoterms® como la CISG se relacionan con el contrato de compraventa internacional de mercaderías en aras a facilitar el comercio internacional mediante la creación de normas uniformes. Normas que en ambos textos se presentan en una relación de complementariedad por lo que será preciso analizar diversas situaciones (*infra* apartados 4.1 y 4.2).

Como señalaba la Introducción al texto de los Incoterms® 2000: *«Dos equivocaciones en relación a los Incoterms® son muy frecuentes. Primera, a menudo se interpreta incorrectamente que los Incoterms® se aplican al contrato de transporte y no al contrato de compraventa. Segunda, se da por sentado erróneamente que regulan todas las obligaciones que las partes deseen incluir en el contrato de compraventa»*. O como indica de forma más contundente la Introducción a los Incoterms® 2020: *«las reglas Incoterms NO son en sí mismas un contrato de compraventa —y, por lo tanto, no lo sustituyen—»* (65) .

Desde esta perspectiva, se ha de tener en cuenta que en ocasiones el juego entre ambos instrumentos se ha pretendido configurar de forma radical en una suerte de íntegra exclusión parcial, de tal forma que los dos textos se presentan como alternativos respecto de las materias comunes (66) . Estrechamente relacionado con lo anterior es que en otras ocasiones se presentan como textos que se hacen la competencia entre sí, lo que alcanza no sólo a las soluciones sustantivas que pueden ofrecerse, sino que incluso puede verse esta cuestión alcanzando a las propias instituciones o agencias formuladoras a cargo de estos textos. Sin embargo, estas visiones extremas forman parte de un pasado ya superado, resultando la cuestión más sencilla pues los Incoterms® se integran como parte del contenido contractual y por eso la relación entre el Incoterm® pactado y la Convención debe verse de forma coherente y armónica (67) .

Merced de la globalización del comercio internacional y de la sinergia que se presenta entre los textos del llamado Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI) encontramos cada vez más una intensa interrelación entre los diversos instrumentos que existen en el área de la compraventa internacional de mercaderías, hasta el punto que existe una coherencia normativa entre ellos al nivel de los grandes principios y reglas generales de aplicación y por lo tanto a un nivel macro, que dependiendo de los casos alcanza también a niveles de micro regulación.

Efectivamente, como observación general, doctrina y jurisprudencia están evolucionando hacia posiciones más sensibles a la globalización del derecho contractual internacional y, por lo tanto, se puede observar una tendencia creciente en el uso de instrumentos internacionales para interpretar o complementar los contratos nacionales e internacionales. Estos instrumentos, creados a partir de la CISG, contemplan una suerte de «derecho común mercantil internacional» y brindan un enfoque dinámico hacia su interpretación donde los jueces y árbitros asumen un rol activo hasta el punto de estar legitimados para construir soluciones sustantivas a las lagunas de la Convención (68) .

Además, dado que la jurisprudencia ha ayudado a desarrollar reglas por defecto basadas en los principios generales de la CISG y otros instrumentos internacionales, la CISG se está entendiendo cada vez más como un código general para la compraventa internacional de mercaderías y, en algunos aspectos, como un código general para los contratos mercantiles internacionales.

Del mismo modo, los organismos ya sea internacionales o privados involucrados en la creación de textos del DUCI fueron ya conscientes hace tiempo de la necesaria cooperación entre ellas. Así las cosas y en el marco de la relación entre la Convención de Viena y los Incoterms®, cobra relevancia que la CCI participa como observador en los Grupos de Trabajo de la CNUDMI, y que esta organización creada en 1966 lleva desde su inicio apoyando diversos textos elaborados por la CCI, en particular los Incoterms®. Recientemente así ha sucedido con los Incoterms® 2020

(69) .

El texto de la recomendación es como sigue (70) :

«La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Expresando su aprecio a la Cámara de Comercio Internacional por haberle comunicado el texto de las reglas Incoterms® 2020, vigentes desde el 1 de enero de 2020,

Felicitando a la Cámara de Comercio Internacional por haber contribuido una vez más a facilitar el comercio internacional, al lograr que las reglas Incoterms® 2020 sean más claras y accesibles para los usuarios mundiales que las versiones anteriores, a la vez de reflejar la reciente evolución del comercio internacional,

Observando que las reglas Incoterms® 2020 constituyen un valioso aporte a la facilitación de la gestión del comercio mundial,

Recomienda la utilización de las reglas Incoterms® 2020, cuando proceda, en las operaciones de compraventa internacionales».

Interesante es el cambio de dicción respecto a los Incoterms® 2000 y 1990 donde se leía: *«Commends the use of Incoterms® 2000/1990 in international sales transactions»*, sin cualificar «cuando proceda» *«as appropriate»*, como aparece ahora en el texto relativo a los Incoterms® 2020.

Este respaldo de la CNUDMI a los Incoterms® confirma esa sinergia entre instituciones y sobre todo respalda una visión armonizada entre la CISG y los Incoterms®. Este respaldo funciona naturalmente en la dirección opuesta, esto es, también desde los Incoterms® a la CISG, como lo demuestra que la CCI al reformular los Incoterms® 2000 tuvo en cuenta la CISG para alinear los textos al máximo posible, incluyendo también la terminología que se ha procurado sea consistente entre ambos textos (71) .

En esta línea de colaboración institucional debe resaltarse la reciente Guía Jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales (con énfasis en la compraventa) aprobada en el Plenario del 2020 por la CNUDMI y que responde a una colaboración institucional entre la CNUDMI, la UNIDROIT y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, pero en el que se contó con la CCI precisamente para incluir la relación entre la CISG y los Incoterms® (72) .

Desde esta perspectiva, tras el respaldo continuo de la CNUDMI a los Incoterms® puede decirse que ha aumentado la legitimidad de los Incoterms® para desempeñar un papel interpretativo y complementario de la CISG (Art. 7) (73) . A ello ayuda el dato conocido de la sintonía entre las reglas sobre transmisión del riesgo en la Convención que, sin entrar en el detalle de los Incoterms®, y por lo tanto ser menos precisos, sí que sigue los principios básicos que derivan de los Incoterms®, lo que facilita el juego y complemento entre ambos instrumentos (74) .

En ambos, riesgo significa cualquier pérdida o daño accidental, incluyendo las mermas provocadas durante la estiba o el transporte (75) , a la mercancía (76) que no esté causado por un acto ni una omisión de cualquiera de las partes, incluyendo los casos de robo (77) , piratería,

vandalismo, entrega a terceros provocada por un error en el destinatario, y las interferencias gubernamentales, pero sin incluir, como puede suceder en otros ordenamientos jurídicos, el riesgo económico (*hardship*) o el de insolvencia (78) ; ambos se refieren al riesgo de pérdida o deterioro de la cosa en relación con el pago del precio dejando fuera las cuestiones derivadas de posibles incumplimientos; ambos siguen un esquema similar en cuanto a la transmisión del riesgo sobre la base de la entrega física/control de las mercancías al transportista, en los universales términos F y C, y dejando de lado la regla romana del *periculum est emptoris*, esto es, que la transmisión del riesgo se pasa al comprador con la perfección del contrato, regla que cobra sentido en el momento histórico de su nacimiento acorde con un escenario de perfección del contrato instantáneo y donde los contratantes están en el mismo lugar, pero inadecuado en el comercio internacional (79) ; ambos instrumentos requieren la identificación previa de las mercancías en el contrato para que el riesgo se transmita al comprador (80) ; ambos se relacionan con el contrato de compraventa y en consecuencia sólo afectan a las obligaciones entre el vendedor y el comprador, pero indirectamente las reglas de transmisión afectan a otras posibles partes bajo los contratos que se producen en la red: el contrato de transporte y el contrato de seguro, por lo que esas partes contractuales pueden verse afectadas por las reglas de la Convención y/o de los Incoterms®, siendo además interés del comprador y del vendedor que las diferentes partes de la red de contratos concuerden (81) , pero debe quedar claro que ni los Incoterms® ni las reglas de la Convención se aplican a esos contratos sino únicamente al de compraventa (82) ; ambos dejan fuera las cuestiones de transmisión de la propiedad y en consecuencia disocian transmisión del riesgo y de la propiedad (83) .

En relación a la íntima relación que presentan la CISG y los Incoterms® respecto al contrato de compraventa internacional de mercaderías debe señalarse, por una parte, que no se define que sea un contrato de compraventa bajo los Incoterms®, mientras que, de otra, la Convención de Viena aplica a un elenco de contratos mucho más amplio que el tradicional concepto de la compraventa en muchos derechos domésticos. Por lo tanto, en realidad tanto los Incoterms® como la CISG son instrumentos que aplican a una gama mayor de contratos internacionales: los contratos de distribución, contratos de obra, contratos mixtos de compraventa y servicios, incluso en algunos casos contratos llave en mano; en definitiva y por lo que aplica a los Incoterms® cualquier que implique entrega de mercancías. Y desde luego aplican a cualquier tipo de mercancía (salvo las exclusiones del art. 2 CISG), tal y como se encargan de especificar los Incoterms® al señalar su aplicación a cualquier tipo de mercancía desde una carga a granel de hierro, contenedores de equipos electrónicos (84) o pallets de flores frescas transportadas por avión (85) . Desde esta perspectiva y cuando hablamos de contratos mixtos que conlleven junto con la entrega de la cosa la obligación de instalarlas en el establecimiento del comprador, lo más acertado sería contratar en condiciones D, y en concreto con el término DDP.

1. Silencio en el contrato en relación con los Incoterms®

La primera hipótesis a considerar para determinar la relación entre los Incoterms® y la CISG es aquella en la cual el contrato nada dice sobre la transmisión del riesgo, y por lo tanto no existe mención expresa a un Incoterm®, con o sin referencia al texto de la CCI. En este caso, resulta evidente que aplican las reglas de la Convención sobre transmisión del riesgo (arts.66-70) en su integridad. En esta situación la cuestión que se plantea es si los Incoterms® pueden servir de algo en relación al contrato en cuestión.

Lo primero que debe indicarse es que esa omisión en el contrato puede deberse a un falso

silencio ya que bajo la sistemática vienesa el contrato puede suplementarse mediante las prácticas establecidas entre los contratantes (art. 9.1: Las partes quedarán obligadas por (...) cualquier **práctica que hayan establecido entre ellas**». De esta forma si las partes en sus contratos anteriores consistentemente contratan conforme a uno de los once términos de los Incoterms®, bien puede decirse que se habrá podido generar una práctica respecto a la transmisión del riesgo y demás elementos considerados en ese específico término, operando pues la teoría general sobre la integración del contrato conforme a las prácticas establecidas entre los contratantes (art. 9.1) (86) . La cuestión de si el contrato en este caso puede integrarse conforme a un uso del art. 9.2 ya adelantamos que en caso de silencio la respuesta es negativa, lo que veremos con más detalle.

A los efectos de la discusión que ahora nos ocupa la cuestión es si los Incoterms® podrían servir de orientación a los tribunales como un instrumento para interpretar algunas cuestiones de la CISG. A nuestro juicio y por las razones ya consideradas anteriormente, bien podrían servir los Incoterms® para ayudar, dependiendo de las circunstancias concretas, como elemento para interpretar a la Convención.

Algunos ejemplos pueden indicarse (87) , por ejemplo, los Incoterms® son más precisos que la Convención en relación con determinadas obligaciones de las partes en relación a la entrega de las mercaderías (art. 60 CISG, en relación con las obligaciones establecidas en los Incoterms® A2/B2 y de los documentos (art. 34 CISG, en relación con la obligación de entrega de documentos bajo los Incoterms® A6/B6) pudiendo ayudar a aclarar conceptos que no están definidos en la Convención. Y Obligaciones relativas con las licencias de exportación e importación contempladas en A7/B7 de los Incoterms®. Asimismo, se ha indicado oportunamente como el art. 67.2 CISG (88) , en relación con la identificación de las mercaderías lo que puede ser importante en el mercado de productos a granel, pudiera acomodarse en su interpretación a lo dispuesto en los Incoterms® *«appropriated to the contract» (notice of appropriation)* de tal forma que se evitarían discordancias interpretativas entre la CISG y los Incoterms® (89) .

2. Acuerdo en el contrato sobre algún término de los Incoterms® CCI

Si las partes bajo el contrato de compraventa acuerdan explícitamente el sometimiento a uno de los once términos de los Incoterms® 2020, CCI, por ejemplo, CIF Shanghai Incoterms® 2020, o DAP nº123, ABC Street, Importland Incoterms® 2020 (90) . Estamos ante un caso del art. 9.1 CISG: *«las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido»*, y por lo tanto de modificación parcial de la Convención (art. 6 CISG).

Como ya se ha comentado, no deben seguirse posiciones radicales y más que abogar por una total exclusión de los artículos 66-70 CISG (91) , hay que ir a visiones más conciliadoras. En todo caso es una cuestión de matiz o de grado en el uso de ciertas palabras, porque ya sea que se excluya o se modifique una disposición, lo cierto es que en los ámbitos donde existe acuerdo de las partes para la utilización de un concreto Incoterm® no aplicara en principio la regla de la CISG cuyo ámbito sea totalmente coincidente. Así las cosas, nótese que, aunque los Incoterms® 2020 tratan en detalle una parte importante de las cuestiones relacionadas con la transmisión del riesgo, sin embargo, no se definen las consecuencias relacionadas con dicha transmisión (92) , algo que sí hace el art. 66 CISG de forma expresa (93) . Como señala el Compendio sobre compraventa: *«En muchos casos también se ha aplicado el artículo 66 a contratos en que las*

partes acuerdan usar términos comerciales como "CIF", "CFR", "FOB" y "FCA", por los que se determina el momento en que el riesgo se transmite» (94) .

Y al contrario también se da esa mutua interrelación Así, si el contrato prevé que el pago sea realizado dentro de un cierto período de tiempo después de la entrega, los Incoterms® al regular el tiempo de entrega, también determinarán el *dies a quo* respecto del pago. Así lo ha indicado la jurisprudencia, por ejemplo, el Tribunal de Arbitraje de Comercio Exterior de la Cámara de Comercio de Serbia, 28 de enero 2009, CIP Tirana, se calculó el plazo contractual para el pago de 45 días después de la entrega desde que se entregaron las mercancías a bordo del buque); y LG Krefeld (Alemania), 20 de septiembre 2006, CIF, donde el precio se pagaba 85 días después entrega, la fecha de pago se calculó a partir de la fecha de entrega de la mercancía a bordo del buque contratado.

Tampoco quedan *per se* excluidos otros preceptos de la Convención que regulan cuestiones que también aparecen tratadas por los Incoterms® . Ningún Incoterm® excluye el art. 36.1 CISG: «El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento». Como ha resaltado la jurisprudencia: «The contention that F.O.B. term displaces Article 36 liability for hidden defects that only manifest after delivery is plainly incorrect» (95) . Por otra parte, en relación al momento de entrega que no se precisa en los Incoterms®, el art. 33 c) CISG puede complementar a los Incoterms® (96) .

Confluyendo ambos instrumentos, Incoterms® 2020 y la Convención, debe observarse que pueden darse múltiples relaciones entre ambos. Como es bien conocido los Incoterms® no regulan todos los aspectos del contrato de compraventa por lo que, en consecuencia, en todo aquello que no esté regulado por los Incoterms®, aplicará la Convención de Viena al ser el derecho aplicable (97) . Ello afecta a cuestiones singularmente importantes como:

- Las reglas de interpretación del contrato (art. 8), que en consecuencia también aplican para interpretar el Incoterm® pactado, y expulsan la posible aplicación de las reglas nacionales de interpretación como sucede, por ejemplo, con la *parol evidence rule*.
- Valor usos y practicas (art. 9).
- Formación y modificación del contrato (arts.14-24 y art. 29). Incluye también las reglas de incorporación de condiciones generales del contrato.
- Forma y Efectividad de las comunicaciones (art. 27) (98) , por ejemplo, en el caso del art. 69.3 CISG (99) . Si bien, ello debe matizarse en el caso de los términos D (100) donde entendemos más correcta la aplicación por analogía de la regla y principios generales sobre las comunicaciones de la Parte II (Formación del Contrato) de la Convención. Ello es así porque el art. 69.2 CISG exige que el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar, y el art. 27 CISG aplica salvo disposición expresa en contrario, por lo que vendría aplicar la regla general de la Parte II de la Convención que basa el punto de riesgo en las comunicaciones en la recepción por el destinatario (arts.23 y 24 CISG, de los que se extrae el principio general indicado conforme al art. 7.2 CISG, y no en el envío como hace el art. 27).
- Régimen falta de conformidad de las mercaderías (arts.35 y ss).

- Obligaciones de pago del comprador (101) .
- Derechos y acciones frente al incumplimiento: Resolución del contrato, entrega mercancías sustitutivas, daños y perjuicios, intereses de demora, exoneración fuerza mayor o *hardship*, etc.

Lo que, desde luego, en modo alguno puede mantenerse es que la incorporación de un Incoterm® implique la exclusión íntegra de la Convención sobre la base de considerar que el art. 66 no aplica a las ventas sobre documentos ni a los casos en que el vendedor entrega las mercancías a un transportista para que las transmita al comprador y que los Incoterms® en este tipo de transacciones contradicen a la CISG en lugar de complementarla (102) .

En esta visión claramente reduccionista de la Convención y del art. 66 CISG, éste sólo aplicaría a las compraventas en las que no media transporte y por lo tanto el vendedor entrega directamente las mercancías al comprador (EXW, básicamente), o el comprador se hace cargo de las mercancías directamente del vendedor. En el caso de ventas sobre documentos (103) , los usos mercantiles internacionales, se dice, no eximirán al comprador del pago del precio contra entrega de los documentos si las mercaderías se pierden o dañan debido a un acto u omisión del vendedor como sucede bajo el art. 66 CISG, sino que se permitirá reclamar por los daños y perjuicios. Además, se dice que el efecto de la tercera La frase del artículo 67.1 CISG, que prevé que el riesgo se transmita incluso si el vendedor conserva los documentos que controlan la disposición de las mercancías, se opone esencialmente a la posición en los términos comerciales comúnmente utilizados en las ventas de documentales, donde el riesgo solo se transfiere cuando los documentos se entregan (104) .

Ahora bien esta posición ha sido contundentemente descartada con acierto por la doctrina, en particular, la profesora Coetzee (105) al señalar, en primer lugar, que la interpretación que se hace por esos autores en relación con el art. 66 CISG es demasiado restrictiva, operando en realidad como una disposición general sobre la transmisión del riesgo bajo la CISG y de ninguna manera se limita a tipos particulares de métodos de venta o entrega, por lo que opera también en los casos de compraventa sobre documentos. En segundo lugar, porque como ya se ha avanzado existe una relación de complementariedad y no de radical exclusión o confrontación. Y, en tercer lugar, se indica porque la entrega de los documentos de transporte no es un requisito previo para la transmisión del riesgo, de tal forma que se está interpretando de forma incorrecta la tercera frase del artículo 67.1 CISG ya que en su interpretación dominante es claro que no se vincula la transmisión de los documentos con la transmisión de riesgos, respondiendo además dicho artículo a la regla del artículo A8 de los Incoterms® (versión anterior), que trata un documento de transporte como una forma de control sobre las mercancías con el objetivo de asegurar el pago del precio de compra y no tiene nada que ver con la transmisión del riesgo. Por lo tanto, el riesgo pasará independientemente de que se entreguen los documentos de transporte.

V. Los Incoterms®: ¿prácticas, usos convenidos del art. 9.1 o usos de comercio del art. 9.2? La incorporación patológica de los Incoterms® al contrato

Un tercer grupo de casos que pueden darse en la práctica y que merece un tratamiento singular

se relaciona con la incorporación patológica de los Incoterms® al contrato en el sentido de no especificar que se trata del texto de la CCI, por ejemplo, si se indicara sólo en el contrato CIF Nueva York o FOB Southampton. Esta cuestión además de la importancia práctica que presenta, tiene un interés dogmático evidente al acercarnos al debate en torno a la naturaleza jurídica de los Incoterms®, CCI: ¿son un reflejo de usos del comercio internacional, de la *lex mercatoria*, de las prácticas internacionales, o son meras cláusulas contractuales? Esta discusión debe verse a la luz de la sistemática vienesa y en particular bajo los artículos 6 y 9 CISG.

El art. 9.2 CISG reconoce expresamente el reconocimiento de los usos del comercio internacional como una de las fuentes más importantes para la regulación de los contratos internacionales de compraventa. Al mismo tiempo, el art. 9.1 considera la fuerza vinculante de las prácticas establecidas entre las partes y de los usos acordados. El art. 9 CISG se refiere a tres instituciones diferentes en nombre, contenidos y efectos: prácticas establecidas entre las partes, usos convenidos y usos internacionales de comercio o costumbres mercantiles. Si bien las prácticas y usos convenidos (art. 9.1) tienen un efecto bilateral y, por lo tanto, se limitan a la conducta habitual de las partes o al acuerdo de las partes interesadas, los usos comerciales internacionales tienen una aplicación *erga omnes* o general, ya que su existencia está desconectada de una operación comercial concreta. Un efecto común de todos estos usos es que se convierten en una parte integral del contrato, generalmente durante su formación, pero también en su ejecución, vinculando a las partes contratantes. Sin embargo, dependiendo de la figura, la fuente de la obligación es cualitativamente diferente e incluye según el caso: una expectativa entre las partes que se ha creado (práctica establecida), acuerdo entre las partes (uso acordado) y finalmente un acuerdo implícito (uso comercial). El valor de las prácticas y usos es normativo ya que se consideran fuentes del contrato por acuerdo expreso o implícito de las partes. También cumplen otra función importante dentro de la Convención, es decir, como un criterio de interpretación del contrato según lo establece el art. 8.3 CISG.

En virtud del principio de autonomía de las partes (art. 6, también reflejado en el art. 9.1(1)) y debido a la jerarquía que la propia Convención otorga a los usos comerciales internacionales (por encima de la Convención, pero por debajo del acuerdo de las partes), se aplica una jerarquía de reglas. Sobre todo, el acuerdo de las partes (arts. 6 y 9.1: prácticas y usos pactados o convenidos) desplazará a la CISG, salvo los arts. 12 y 96. A continuación en la jerarquía se le da importancia a los usos del comercio (art. 9.2) y en la parte inferior, las normas de la Convención. Como consecuencia, si un uso comercial (art. 9.2) entra en conflicto con una práctica establecida entre las partes (art. 9.1), prevalecerá esta última.

Aunque esta hipótesis puede ser poco probable en la práctica, en el caso de un conflicto entre una práctica y un uso acordado, el uso convenido prevalecerá sobre la práctica, ya que se presume que las partes han derogado la práctica por el acuerdo expreso sobre un uso de comercio. Así, si una práctica entra en conflicto con un uso comercial acordado prevalecerá la primera.

Dentro del término «uso convenido» se incluyen toda una suerte de cláusulas contractuales que emanan de determinadas «agencias formuladoras» que compilan prácticas comerciales reconocidas que han sido desarrolladas, aceptadas y practicadas constantemente en el comercio relevante y que han establecido positivamente el *modus operandi* de los operadores en el comercio internacional. Los ejemplos más conocidos son los Incoterms® y las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los créditos documentarios, ambos de la CCI (106) .

A tenor de lo indicado hasta este momento, resulta claro que los Incoterms® no devienen de aplicación al contrato por «arte de magia», sino que su efecto vinculante deriva del principio de libertad de contratación que es el que otorga fuerza vinculante al concreto Incoterm elegido.

Cuestión diferente y de mayor calado consiste en determinar si, como mantiene un sector de la doctrina (107) y jurisprudencia vienesa, los Incoterms® deben considerarse usos comerciales del art. 9.2. Para ello resulta de interés analizar cómo definen o consideran a los Incoterms® la propia CCI. De acuerdo con la Introducción Incoterms® 2020, nº4, «reflejan la práctica entre empresas». En este sentido, puede hablarse en términos generales de una labor de recopilación de prácticas mercantiles internacionales (108) .

Ahora bien, es un hecho que la CCI no sólo recopila, en su caso, también uniformiza diferentes reglas, crea reglas nuevas, complementa esas prácticas con otras normas que no derivan *stricto sensu* de una práctica general y universal reconocida , y finalmente, incluso, las modifican si lo consideran conveniente (109) o rechazan incluir algunas prácticas comerciales (110) , no pudiendo desconocerse que existen otros términos comerciales que podrían colisionar con los propios Incoterms®, ya sea bajo el derecho nacional o bajo concretas prácticas en determinados sectores del comercio. Además de ello, la propia Introducción a los Incoterms®, pese a la declaración ya indicada de que los Incoterms® reflejan prácticas entre empresas, deja meridianamente claro su carácter contractual y así lo hacen constantemente a lo largo de la Introducción (111) .

Efectivamente, se observa como existen derechos nacionales que recogen términos similares a los Incoterms® que acoge los términos FAS, FOB, CIF y C&F como sucede en Colombia (112) , Bolivia, Costa Rica, El Salvador y Guatemala (113) . Paradigmático es el *Uniform Commercial Code* (USA), que recoge los términos FOB y FAS (sección 2-319 UCC) (114) , y CIF terms (sección 2-320 UCC) (115) . Como se deriva de la doctrina que ha comparado los términos del UCC y los Incoterms®, si bien se detectan semejanzas, también hay diferencias importantes (116) . No sólo ya por el dato de que los Incoterms® contengan más términos y más detallados, así como por el hecho de que el UCC mencione términos que no están reconocidos en los Incoterms® (C. & F., «Ex-Ship,» y «No Arrival, No Sale), sino porque se observan en los términos que sí son comunes diferencias de importancia que incluso alcanzan a la incompatibilidad entre ellos. Se cita así el caso del FOB, que bajo el UCC, es un término de entrega general que se puede usar con diferentes modos de transporte, ya sea que el transporte se realice por aire, carretera, ferrocarril o agua, y que podría permitir que el riesgo de pérdida pase al comprador en prácticamente cualquier lugar designado (117) . Por el contrario, FOB bajo Incoterms® 2020 requiere entrega a bordo del buque para la transmisión del riesgo, salvo que existan usos del puerto que indiquen de otra manera (118) .

Este reconocimiento de la posible confluencia de términos comerciales bajo el derecho nacional es también reconocido por la propia CCI, la cual lógicamente resalta su carácter internacional y mundial, citando a estos efectos la regla sobre «carga que no llena un camión» («*less than truckload shipping*» o LTL, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos, sin curiosamente mencionar los términos FOB o CIF del UCC (119) .

A mayor abundamiento, existen sectores del comercio donde los Incoterms® CCI son excluidos en pro de otros términos comerciales como sucede singularmente en el tráfico de *commodities*

(materias primas, especialmente a granel) bajo los condicionados generales de GAFTA (*Grain and Feed Trade Association*) (120) . Esta Asociación establece modelos de contratos para multitud de productos y los somete a arbitraje. Pese a que dice ser «internacional» lo cierto es que en aspectos legales no deja de estar apegado al derecho inglés. Toda una declaración a favor del derecho inglés resulta evidente en cuanto se examina el condicionado contractual de los diferentes contratos GAFTA que no es que permitan opciones, como sucede con otros modelos contractuales de otras asociaciones, sino que directamente seleccionan el derecho inglés como el aplicable con una delirante (121) , por aberrante, cláusula al respecto (122) , al tiempo que en una cláusula intitulada (Convenciones internacionales) excluyen la Convención de Viena y los Incoterms, aunque no especifican más al respecto (tampoco señala la marca registrada) debe entenderse que son los Incoterms® de la CCI. Como es bien conocido el Reino Unido no es parte de la CISG por lo que la exclusión resulta innecesaria.

Similar situación se produce analizando otros modelos de contratos como los FOSFA (*Federation of Oils, Seeds and Fats Associations*) o los Sugar (SAL-Sugar Association of London, y RSA-Refined Sugar Association of London) en los que, si bien no se excluyen expresamente los Incoterms®, el resultado es similar al declararse aplicable el derecho inglés (123) . En todos ellos, además, se establecen definiciones detalladas de los términos contractuales preferidos para ser aplicados en el comercio de *commodities*, planteándose la cuestión de la interpretación de la voluntad de las partes cuando se escogen términos de tres letras que coinciden en los textos específicos del sector, así como en el general de la CCI, y donde puede dudarse acerca de la forma de integrar la voluntad de las partes pues pareciera también razonable que las reglas del sector específico puedan tener prioridad sobre las generales al tratarse de usos más relacionados con el contrato en particular (124) .

Por el contrario, en los modelos de condicionados generales elaborados por multinacionales del sector de las *commodities*, como el petróleo y productos de él derivados, la exclusión de los Incoterms® parece dudosa, como en el caso de Repsol (125) , o puede llegarse sin duda alguna a su inclusión como en el caso de BP (126) y Shell (127) , si bien con variaciones respecto al texto de la CCI, y con el común denominador de sometimiento al derecho inglés y exclusión expresa de la Convención; situación que se produce, aunque no tan generalizadamente, en algunos otros mercados de *commodities* como el del acero (128) o el gasista (129) .

Dejando de lado esta constante exclusión de la CISG en el sector de las materias primas cuyos motivos son perfectamente rebatibles (130) , en otros sectores, la cuestión parece más clara también a favor de los Incoterms® y la Convención, caso de Iberdrola (131) , siendo también el caso de algunos modelos de contratos ofrecidos por organizaciones internacionales que estipulan como derecho aplicable la Convención (132) .

Así las cosas, y aunque en algunos de sus términos, y en concretos o singulares aspectos de los mismos, pudiéramos decir que los Incoterms®, CCI, reflejan usos del comercio internacional, lo cierto es que no pueden elevarse o generalizarse al nivel de usos mercantiles (art. 9.2 CISG) (133) . De ser así significaría que, ante el silencio contractual, los Incoterms® pasarían a ser incorporados al contrato con la inherente, o más correctamente imposible, dificultad de poder precisar cuál de los 11 términos es el que se considera parte del contrato.

Cuestión diferente —y con la que iniciábamos este apartado— es que las partes en el contrato hayan acogido uno de los 11 términos, por ejemplo, CIF London-UK (134) , o variaciones sobre

dichos términos como la cláusula C.F.F.O (135) , pero sin que exista mención alguna a las cláusulas elaboradas por la CCI, ya que entonces la cuestión es de interpretación de la voluntad de las partes: ¿han querido que la interpretación sea en consonancia con los Incoterms® 2020 CCI, y además que sea coherente con la CISG? o, de ser el caso, ¿han querido que sea la interpretación bajo el derecho nacional no uniforme o bajo otros términos comerciales de potencial confluencia? Esta situación no es desconocida y la jurisprudencia vienesa da muestra de ello.

Un ejemplo lo encontramos en el caso analizado por el *US District Court for the Southern District of New York (USA)* 26 marzo 2002, *St. Paul Guardian Insurance Co., et al. v Neuromed Medical System & Support, et al*, CISG-Online 615, se acordó sin más especificaciones «CIF New York Seaport», aunque correctamente se integró dicha dicción conforme a los Incoterms® aplicables en ese momento (versión 1990), el tribunal erró al considerar que los «Incoterms® «are incorporated into the CISG through Article 9(2)», pues lo correcto habría sido determinar la intención de las partes bajo el contrato (art. 8 CISG) (136) . No sorprenderá que, tras este caso, la jurisprudencia estadounidense haya acogido de forma entusiasta, pero poco elaborada, esta solución en casos similares (137) .

Y es que efectivamente la pregunta indicada anteriormente, a mi juicio, se contesta de forma general con una respuesta favorable y presuntiva a favor de interpretar el término comercial pactado con referencia los Incoterms® 2020 (138) , donde la CISG además en los aspectos de confluencia se presente armónicamente con ellos, salvo que concurran otras circunstancias que lleven a otra conclusión como pudiera ser la existencia de tratos previos donde estuviera clara que la referencia al término comercial lo es a una determinada consideración bajo un derecho nacional, o a una determinada interpretación de las partes sobre el significado de ese término, sin olvidar que pudiera darse la circunstancia de que en un determinado tráfico existan usos del comercio que generen una interpretación diferente de la que deriva de los propios Incoterms® (art. 8.3 CISG). La preferencia por una interpretación en coherencia con los términos internacionales de la CCI se descubre rápidamente en cuanto se piensa en la complementariedad y sinergia entre estos instrumentos ambos aplicables al tráfico internacional de mercaderías, como deriva de los datos previos ya comentados en este trabajo (supra apartado IV). Surge asimismo de la necesidad de interpretar el contrato que queda gobernado bajo la CISG en clave internacional y uniforme.

En consecuencia, en ausencia de otros elementos, la interpretación en contratos internacionales debe ser favorable a que el texto de referencia sean los Incoterms® de la CCI. A este respecto el art. 8 CISG y en particular el párrafo 3º establece una serie de elementos muy amplios conforme a los cuales interpretar la voluntad de las partes: las negociaciones, las prácticas establecidas entre los contratantes, los usos y el comportamiento ulterior de las partes, debiendo recordarse el mandato del art. 7.1 CISG en pro de una interpretación internacional y uniforme que también deben ser principios de aplicación contractual (139) .

En resumen, y en opinión de quien escribe estas líneas, en términos generales, los Incoterms® se ubican, por regla general, en la referencia del art. 8.3 CISG, que se refiere de forma general a los usos como elemento de interpretación, así como en la dicción del art. 9.1 CISG (uso convenido, lo que a su vez implica una referencia al principio de autonomía de la voluntad reconocido en el art. 6 CISG) (140) y no en el art. 9.2 (usos normativos, es decir, usos que tienen fuerza de ley), a menos que pueda probarse que el término acordado cumple los

requisitos del art. 9.2. Este podría ser el caso en algún un sector específico del comercio (141) , o en relación a los más usados, FOB and CIF (142) , a menos que las partes hayan adoptado un entendimiento diferente a través de una práctica (143) . Como consecuencia, el hecho de que ciertos términos comerciales estén codificados no significa que deban considerarse usos comerciales, sino que pueden convertirse en usos; incluso, como se ha destacado acertadamente el hecho de que los Incoterms® sean marca registrada ha tenido como resultado una disminución de los Incoterms® como expresión de la costumbre internacional del comercio como al efecto señaló oportunamente el profesor Ramberg (144) .

VI. La CISG y los Incoterms® en relación a la determinación de la competencia judicial internacional en la Unión Europea

Anteriormente hemos indicado que las reglas sobre transmisión del riesgo de la Convención vienen a ser coherentes con las reglas aplicables en defecto de acuerdo de las partes en relación con la determinación del lugar de entrega de las mercancías (art. 31 CISG). Estas reglas tienen como efecto indirecto el ser relevantes de cara a la determinación de la competencia judicial internacional en el ámbito europeo (145) ; del mismo modo, lo son los pactos específicos de las partes sobre el lugar de entrega como pudiera ser si se pactara alguno de los Incoterms® 2020.

El precepto relevante era el art. 5 Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, actualmente derogado, y reemplazado por el Reglamento nº1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que en este punto presentan la misma redacción respectivamente en sus artículos 5 y 7, cuya redacción sobre la base del primero es:

«Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;

b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

- cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;*
- cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;*

c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a)».

Dos decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ilustran esta cuestión ambas sobre la base de contratos de compraventa internacional de mercaderías sometidas a la Convención de Viena.

En primer lugar, la STJUE (Sala Cuarta), 25 febrero 2010, Car Trim GmbH contra KeySafety

Systems Srl., entre una parte alemana y otra italiana, que además de la importancia que presenta en relación con la definición del contrato de compraventa, cuestión sobre la que ahora no podemos entrar, se refiere a una petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof (Alemania) y consideró que:

«El artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta a distancia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa».

La segunda decisión corresponde a la STJUE, 9 junio 2011, Electrosteel Europe SA y Edil Centro SpA, con ocasión de una cuestión prejudicial, la primera como compradora y la segunda como vendedora, quien considera que la cláusula del contrato *Resa: Franco nostra sede* («Entrega: franco nuestro domicilio») otorga competencia a los tribunales de su establecimiento, esto es, los italianos sobre la base del Incoterm® EXW, frente a la postura de la compradora que entiende que la jurisdicción compete a los jueces en Francia. Conforme a los hechos del caso se desprende que la mercancía objeto del contrato fue entregada a la compradora por un transportista que se hizo cargo de dicha mercancía en Italia, en el domicilio de la vendedora, y la entregó en Francia, en el domicilio de la compradora.

Esta sentencia da un paso más en relación con la sentencia del caso Car Trim para indicar que «A fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato», el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms® elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000» (nº22).

A estos efectos la sentencia se refiere a los Incoterms® (nº21) en los siguientes términos:

«Los usos, particularmente si se han recopilado, precisado y publicado por las organizaciones profesionales reconocidas y se siguen ampliamente en la práctica por los operadores económicos, desempeñan un papel importante en la normativa no estatal del comercio internacional. Facilitan las actividades de dichos operadores económicos en la redacción del contrato, dado que, mediante el uso de términos breves y sencillos, pueden determinar gran parte de sus relaciones mercantiles. Los Incoterms® elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, que definen y codifican el contenido de determinados términos y cláusulas utilizados habitualmente en el comercio internacional, tienen un reconocimiento y un uso práctico particularmente elevado».

La conclusión que deriva del análisis de estas sentencias es clara como ha señalado la doctrina que ha analizado con detalle esta cuestión al indicar que el Incoterm® pactado determinará el tribunal competente en el ámbito europeo, lo que implicará en la mayoría de los casos el establecimiento del vendedor, salvo en los términos «D» en que será aplicable el tribunal del

Estado del comprador. Y este es un efecto indirecto derivado del acuerdo sobre un Incoterm® que las partes del contrato deben ser conscientes (146) .

Para finalizar indicar que los Incoterms® no determinan la ley aplicable al contrato de compraventa ni directa ni indirectamente bajo la Convención de Viena de 1980, o en relación al Reglamento europeo 593/2008 (147) .

VII. Compraventa de mercancías sobre documentos (*documentary sales*)

La doctrina de forma mayoritaria considera que las llamadas compraventas de mercancías sobre documentos (*documentary sales*), típicas de las compraventas en *commodities* que presentan determinadas características (no todas las *commodities*, aquellas que tienen un mercado líquido y especialmente bajo el término CIF (148) cuando se compran y revenden sucesivas veces durante su transporte (*string sales* donde todos menos el primer vendedor y el último comprador en la cadena se ocupan únicamente de los documentos, no de las mercaderías) (149) , están reguladas también por la CISG, tal y como deriva claramente de diversas disposiciones en la Convención que de forma directa o indirecta se refieren a los documentos.

El art. 30 CISG señala con carácter general las principales obligaciones del vendedor, entre ellas, la de entregar cualesquiera documentos relacionados con las mercaderías, y a diferencia de la transmisión de la propiedad, que no se regula en la CISG, sí se establecen algunas disposiciones en relación a esta cuestión. En particular, el art. 34 CISG establece la obligación de entrega de documentos en el momento, lugar y en la forma fijados en el contrato, pudiendo en el caso de entrega anticipada subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos siempre que ello no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos, aunque conservará el derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios. Además, el art. 58.2 CISG señala que el vendedor puede retener los documentos representativos de las mercancías hasta que se produzca el pago del precio o la entrega de la cosa (150) . Igualmente, destaca el dato de que las disposiciones sobre transmisión del riesgo se refieren a los documentos representativos de las mercancías indicando que el hecho de que el vendedor esté autorizado a retenerlos no afectará a la transmisión del riesgo o el dato de que el art. 68 CISG expresamente se refiere a la transmisión del riesgo durante el transporte de las mercancías, algo típico de las *string sales*, según se dijo.

Desde esta perspectiva, se ha tener presente, además, que la distinción que pudiera hacerse entre compraventas sobre mercancías por oposición a compraventa sobre documentos no tiene mucho sentido desde el razonamiento puramente comercial y jurídico de someterlos a regímenes diferentes por mucho que algunos documentos puedan ser representativos de las mercaderías. En este sentido, no consideramos que deba leerse el art. 2 d) CISG cuando excluye las compraventas de títulos o efectos de comercio en el sentido de excluir las ventas documentarias (151) .

Tampoco son de peso los argumentos que se esgrimen para inaplicar la Convención a las *commodities* sobre el dato de que no se acomoda bien a este mercado la Convención, puesto que la obligación principal del vendedor en las ventas documentarias es presentar documentos limpios (*clean documents*) en tiempo, ya que el tiempo es esencial en estas transacciones. Precisamente sobre ello resalta la Opinión nº5 del CISG-AC: *The buyer's right to avoid the*

contract in case of non-conforming goods or documents (152) , que ha establecido claramente que en las compraventas documentarias la entrega de «documentos limpios» que puedan ser revendidos es la esencia del contrato (ej.CIF), lo cual puede derivar de forma expresa o implícita del propio contrato, y su incumplimiento provoca la entrada de todos los remedios bajo la CISG, por lo que en la práctica el vendedor no tiene la posibilidad de remediar los defectos de conformidad en los documentos. De esta forma, en este tipo de mercado, la solución bajo la CISG sería similar a la de la *perfect tender rule* que se predica de aplicación general en este mercado.

-
- (1) Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Trabajo realizado bajo el Proyecto de Investigación Proyectos de I+D+i», en el marco de los Programas Estatales de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Referencia: PID2020-114549RB-I00.
- (2) La Lista actualizada de países puede verse en:
https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status. El último país en ratificar la Convención ha sido Portugal, 28 septiembre 2020, y la entrada en vigor ha sido el día 1 octubre 2021. Todas las páginas web consultadas lo han sido a fecha 16 noviembre 2021.
 Este trabajo se corresponde con el trabajo que se acompaña a la obra colectiva sobre la Convención de Viena de 1980 dirigida por Paula Costa e Silva y Cesar Augusto Guimarães Pereira y que será publicada por la editorial Almedina.
- (3) Por todos: Ostendorf, Patrick, *International Sales Terms*, C.H.Beck, Hart, Nomos, 2010, p.E62.
- (4) Lookofsky, Joseph, *Understanding the CISG*, Wolters Kluwer, 5th Edition, 2017, pp.107-108.
- (5) Vid. destacando las dificultades y narrando los antecedentes bajo la LUVI (Convención de 1964 sobre compraventa internacional): de forma sintética: Garro, Alejandro/Zuppi, Alberto, *Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo/Perrot, 2012, pp.297-302.
- (6) En el bien entendido que, en relación con el lugar de restitución, se sigue la regla general que «redelivery at the buyer's premises is therefore the general rule and is supported by cases where the seller is the non-performing party», pero con dos excepciones. Vid. CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom. Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008. n.º 3.12-3.14. Además, entre la resolución y la restitución el riesgo recae en el comprador que está en posesión de las mercaderías y, por lo tanto, quien está en mejor posición para asegurarlas.
- (7) Si bien no es necesario utilizar el símbolo de marca registrada cuando se incorpora una regla concreta al contrato de compraventa. Vid. Introducción Incoterms® 2020, n.º 15.
- (8) Es común entre la doctrina resaltar las ventajas en línea con lo indicado, véase: Johnson, William P., «Analysis of Incoterms As Usage Under Article 9 of the CISG», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2013, vol. 35, No. 2, pp.388-390.
- (9) Introducción Incoterms® 2020, n.º 78.

- (10) Ramberg, Jan, «Incoterms® 2010», *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Editors: Schwenger, Ingeborg, Atamer, Yesim/Butler Petra, *International Commerce and Arbitration*, Vol.15. International Publishing. Eleven, 2014, p.225.
- (11) Se ha considerado, sin embargo, que las revisiones no son necesariamente cada diez años, sino que ello es una impresión falsa, resultando evidente que las revisiones se deben a los cambios importantes acaecidos en las prácticas comerciales y éstas no suceden necesariamente en intervalos regulares de tiempo. Vid. Ramberg, Incoterms® 2010, p.225. Alude a ello también citando al profesor Ramberg: Cavaller Vergés, Misericordia, *El valor jurídico de los Incoterms® en el contrato de compraventa internacional de mercancías: ley aplicable y competencia judicial internacional*. Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, 2019, pp.173-174. Sin embargo, parece desmentirse este dato por la propia CCI como deriva de la Carta de la Sra. Emily O'Connor, Directora de Comercio e Inversión de la Cámara de Comercio Internacional: «Me complace comunicarles que la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha revisado las reglas Incoterms® 2010, conforme a la práctica aplicada desde 1980 de revisar ese instrumento cada diez años», Anexo II, A/CN.9/1028, 14 abril 2020, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 53 período de sesiones, Nueva York, 6-17 julio 2020.
- (12) Ya los Incoterms® 2000, n.º 1, adelantaban la aplicación a las transacciones domésticas: «Los Incoterms se han concebido en principio para ser utilizados cuando las mercancías se venden para entregarlas más allá de las fronteras nacionales; por lo tanto, son términos comerciales internacionales. Sin embargo, en la práctica también se incorporan a veces a contratos de compraventa de mercancías en mercados puramente interiores. Cuando los Incoterms se utilizan así, las cláusulas A2 y B2 y cualquier otra estipulación de otros artículos relativa a la exportación y a la importación devienen, obviamente, superfluas».
- (13) CNUDMI, Conferencia de La Haya y Unidroit: Guía Jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa (2020) (en Adelante Guía Tripartita), n.º 224. Y en detalle: Vidal Olivares, Álvaro y Oviedo Albán, Jorge, «Riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional. Una aproximación desde el incumplimiento y los remedios del comprador», *Revista de Derecho Privado*, n.º 31, julio-diciembre, 2016, pp.153-185, espec., pp.175 y ss.
- (14) Por ejemplo, SAP Barcelona, 13 noviembre 2018 (CISG-online 5352).
- (15) En relación con la carga de la prueba la cuestión varía dependiendo de si se trata de la prueba de si el riesgo se ha transmitido, en cuyo caso recae en el vendedor que alegue que se ha transmitido al comprador, y la prueba de si las mercaderías eran conformes al contrato en el momento de la transmisión del riesgo que en principio recae en el comprador. Ver mayores detalles en relación con esta cuestión y las matizaciones respecto a la carga de la prueba: Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías sobre la compraventa internacional de mercaderías, 2016, art.69, n.º 11-14.
- Un caso que ejemplifica este supuesto del art.36 CISG fue resuelto por la SAP Pontevedra, 6 octubre 2014 (CLOUT 1494), donde la pérdida de la mercancía (pescado congelado depositado en el puerto y avería del congelador) se produjo con anterioridad a la formalización de la compraventa.
- (16) Guía Tripartita, n.º 229. En la doctrina, entre otros: Caffarena, Jorge, «Artículo 67», en: Díez-Picazo y Ponce de León (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p.533; Garro/Zuppi, pp.303-304; y Brunner/Klingler/Mauerhofer, in: , Brunner, Christoph y Benjamin Gottlieb, Benjamin, *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Wolters Kluwer, 2019, Art.67, n.º 5.
- (17) Como se explica por Valiotti, Zoi, «Passing of Risk in international sale contracts: a comparative examination of the rules and risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and Incoterms 2000», *Nordic Law Journal*, 2004, n.º 2, pp.14-15, el objetivo de la tercera frase o inciso del artículo 67.1 CISG es garantizar que las normas relativas al riesgo de las dos primeras frases no sean subvertidas por la práctica común de los vendedores de retener los documentos de envío como forma de garantía para el pago del precio. Se protege de esta forma contra malentendidos que puedan surgir, especialmente en las mentes de quienes están acostumbrados a sistemas legales en los que el riesgo y la propiedad están vinculados.

- (18) Por todos: Tamayo Carmona, Juan Antonio, *Responsabilidad y riesgo contractual: Normas de la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e Incoterms 2000*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p.96. Implícitamente parece aplicar el art.69.2 CISG, Court of Appeals of Hertogenbosch, 20 diciembre 2005 (CLOUT 943) (Holanda) donde la secadora de granos, de acuerdo con el resumen del Clout, debía ser entregada en camión a Wiesenburg, Alemania, a pocos kilómetros del campo donde el comprador tenía la intención de utilizar la máquina. A la llegada del camión, el conductor (empleado del vendedor) solicitó al comprador que ayudara a descargar la secadora. Después de que el personal del comprador, utilizando su propio tractor y cadena, levantó con éxito la secadora del camión y luego condujo unos metros, la cadena que sujetaba la secadora se rompió y le causó daños sustanciales. Haciendo una referencia general al artículo 69 de la CIM, el tribunal consideró natural interpretar el contrato entre las partes en el sentido de que la entrega de la secadora tuvo lugar a más tardar cuando el comprador tomó posesión, es decir, cuando la secadora fue descargada del camión por el personal del comprador. Por esta razón y dado que el tribunal determinó que el accidente no era imputable al vendedor ni a su personal, el tribunal responsabilizó al comprador frente al vendedor por el precio acordado.
- (19) Guía Tripartita, n.º 234. Y en la doctrina: Ramberg, Jan, «To what extent do Incoterms 2000 vary articles 67(2), 68 and 69?», *The Journal of Law and Commerce*, 2006, vol.25, n.º 1, pp.221-222.
- (20) Alcover Garau, Guillermo, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid: Civitas, 1991, pp.185-189; Hachem, Pascal, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4th edition (2016), Article 69, n.º 18; Oliva Blázquez, Francisco, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.205; Valioti, p.29; Brunner/Klingler /Mauerhofer, Art.69, n.º 8.
- (21) Bridge, Michael, «The transfer of risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)», en Andersen, Camilla B., & Schroeter, Ulrich G., eds., *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p.86; Alcover, p.223; Caffarena, Artículo 67, en: Díez-Picazo, p.529; Tamayo, p.75; Schlechtriem, Peter, y Witz, Claude, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, Dalloz, 2008, n.º 296-298; Schwenger, Ingeborg, y Fountalakis, Christiana, *International Sales Law*, Routledge-Cavendish, 2007, p.474 ; Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary* (2016), Article 67, n.º 13; Erauw, Johan, in S.Kröll/ L.A.Mistelis/ P.Perales Viscasillas, *UNConvention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2018, Article 67, n.º 9; Oliva, p.103; Galindo da Fonseca, Patrizia, «Brazil´s accession to the CISG and Transmission of Risk: Some considerations», *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*, editores: Schwenger, Ingeborg, Pereira, Cesar y Tripodi, Leandro, Eleven, 2016, p.142; Valioti, pp.13-14, incluyendo al «freight forwarder» como porteador independiente; Brunner/Klingler/Mauerhofer, Introductory remarks to Arts.66-70, n.º 3, y Art.67, n.º 4. En la jurisprudencia vienesa se ha entendido que un servicio de mensajería o un servicio postal entra en el concepto de primer porteador. Vid. Compendio CISG, Artículo 67, n.º 8.
- (22) Garro/Zuppi, p.302; Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary* (2016), Article 67, n.º 17.
- (23) Compendio CISG, Artículo 67, n.º 12.
- (24) Compendio CISG, Artículo 67, n.º 6.
- (25) Así lo deriva del acuerdo sobre un término CIP para indicar que estamos ante un caso del art.31 a) y no c) la SAP Barcelona, 13 noviembre 2018 (CISG-online 5352).
- (26) Valioti, p.13.
- (27) Valioti, p.14, considerando la regla eficiente para el comprador y especialmente apta para el tráfico de mercancías en contenedores.
- (28) Vid. Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary* (2016), Article 67, n.º 10-11, con discusión de los casos alemanes que, de forma disímil, han decidido sobre estas cuestiones. Uno de los primeros casos en esta materia: OLG Karlsruhe, 20 noviembre 1992 (CLOUT 317) examinó la cláusula «free delivery, duty-paid, untaxed» en el sentido interpretativo (art.8.2) «free delivery» implica ambos: riesgos y costes, con entrega de las mercancías en el establecimiento del comprador, atendiendo también a que el vendedor había contratado el seguro de transporte. Critica la decisión: Perales Viscasillas, Pilar, «Comments on the

Draft Digest relating to Articles 14-24 and 66-70», en: Ferrari, Franco, Flechtner, Harry, y Brand, Ronald A., (Ed.). *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issue in the U.N. Sales Convention*, Sellier European Law Publishers, München/Sweet and Maxwell, London, 2004, pp.284-285.

- (29) Compendio CISG, Artículo 67, n.º 1 y n.º 7. Por ejemplo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial, Buenos Aires, 31 octubre 1995 (Argentina), en relación con la cláusula pactada en el contrato: cláusula «costo y flete».
- (30) Compendio CISG, Artículo 67, n.º 3. Más detalles: Valioti, pp.27-28.
- (31) Bridge, *The transfer of risk*, p.104.
- (32) Bridge, *The transfer of risk*, pp.87-90.
- (33) Vid. Mohs, Florian, «The CISG and the Commodities Trade», en *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2011, Band II, pp.1293-1296.
- (34) Cachard, Olivier, «Le transfert des risques dans les ventes internationales de marchandises flottantes: retour sur l'article 68 de la CVIM», *Mélanges en l'Honneur du Professeur Claude Witz*, Lexis Nexis, 2018, pp.119-120.
- (35) Por todos: Schlechtriem/Witz, n.º 303; Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary* (2016), Article 68, n.º 9; Valioti, p.16; Brunner/Klingler/Mauerhofer, Art.68, n.º 3; Caffarena, Artículo 68, en: Díez-Picazo, pp.540-541; Oliva, p.168-169.
- En los Incoterms® se suele usar la palabra «afloat» tras uno de los Incoterms® C (CFR y CIF), opción que se recomienda: Valioti, p.28. En detalle sobre el art.68 y la práctica de transporte y seguro en el mercado de materias primas: Cachard, pp.122 y ss.
- (36) Guía Tripartita, n.º 231.
- (37) Sobre si esta contra-excepción (frase tercera) aplica al supuesto de la regla general (frase primera) o de la excepción (frase segunda), existe cierta disputa en la doctrina. Algunos tienden a restringirla en su aplicación únicamente en relación con la frase segunda, por ejemplo: Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary* (2016), Article 68, n.º 16. Empero la lógica de la redacción del precepto que está redactado en un único párrafo y la sistemática regla general-excepción, por no hablar de que se conecta con la conclusión del contrato, inclina la balanza a mi juicio a una aplicación amplia (frase primera y segunda) y no restrictiva. Vid. con mayores detalles: Cachard, pp.131-133; y Oliva, pp.172-178.
- (38) Alcover, p.239. Id., pp.240-250 analizando la historia legislativa. También: Oliva, pp.157-163.
- (39) Existen comentaristas que interpretan que este art.69 aplica sólo en los casos en que el contrato no implique transporte y las mercaderías no se hayan vendido en tránsito, dejando fuera los casos en que se pacta un lugar determinado. Vid., por ejemplo: Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary* (2016), Article 69, n.º 4.
- (40) Acertadamente Alcover, pp.138-139. Id., pp.140 y ss con el estudio de las disposiciones del CCo español sobre transmisión del riesgo.
- (41) Gerechthof's-Hertogenbosch, 20 diciembre 2005 (CLOUT 943), donde las partes habían acordado por escrito una entrega «Ab meine Betrieb (Frachtkosten für Ihnen)» [«De mi empresa (gastos de transporte para usted)»], por lo que, al no estar el transporte incluido en el contrato, se aplicaría el artículo 69 CISG para determinar la transmisión del riesgo. Para el Tribunal, quedó claro que el comprador no aceptó la entrega de algunos de los árboles y que su negativa a recibir la entrega constituía un incumplimiento. Concluye el tribunal que cuando todo el lote muere, el riesgo es una carga para el comprador que ha aceptado la entrega demasiado tarde.
- (42) Por todos en relación a versiones previas de los Incoterms®: Garro/Zuppi, p.306; Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary* (2016), Article 69, n.º 5 y n.º 6-7, considerando que el riesgo de la carga recae en el comprador sobre la base no sólo del lenguaje de la Convención en este punto, sino

además por equiparación con el término EXW. Y Valiotti, p.29.

- (43) La Guía Tripartita n.º 234, comparando los dos supuestos del art.69, párrafos 1º y 2º, se decanta por entender que la transmisión del riesgo con arreglo al párrafo 2 del artículo 69 tiene lugar antes que con arreglo al párrafo 1 del artículo 69, porque el vendedor no tiene el control de las mercancías.
- (44) Vid. Giner Parreño, César, *El contrato de inspección en el comercio internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, pp.118-120 narrando también la influencia de la delegación de España en la redacción del precepto.
- (45) Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Article 69, n.º 4.
- (46) Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Article 69, n.º 4, y n.º 23.
- (47) Gerechthof's-Hertogenbosch, 20 diciembre 2005 (CLOUT 943) en relación a la compraventa de árboles en un vivero para ser recogidos en un momento posterior una vez que hubiesen adquirido un determinado tamaño, el tribunal consideró que el comprador visitó el vivero para observar los árboles, en varias ocasiones fue a inspeccionarlos y ordenó los árboles simplemente haciendo referencia a su tamaño y ubicación. Por lo tanto, los árboles del vivero estaban claramente identificados a efectos del contrato (artículo 67.2 CISG), deviniendo inaplicable el art.69.3 CISG.
- (48) Vid. Guía tripartita, n.º 181.
- (49) Vid. Guía tripartita, n.º 185.
- (50) Guía Tripartita, n.º 228. Evidentemente se podrán utilizar los Principios UNIDROIT como derecho aplicable al contrato junto con un Incoterm® 2020 sin mayores problemas. Además, los Principios disponen de forma similar a la Convención el valor de los usos como fuente de interpretación del contrato y como uso normativo.
- (51) Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 66, n.º 53.
- (52) Introducción Incoterms® 2020, n.º 53, donde se indica que ha habido un cambio radical en la estructura con el objetivo de resaltar prioritariamente en las tres primeras A1/A2/A3 y B1/B2/B3 las obligaciones más importantes de las partes, por lo que se entiende resultará más fácil a las empresas identificar las diferencias entre cada una de las reglas Incoterms®.
- (53) De hecho, en la Introducción Incoterms® 2020, n.º 21 se refiere a esta clasificación por grupos al considerarla útil para entender el punto de entrega.
- (54) La referencia concreta a los 11 términos y su descripción deriva del resumen que aparece en la Carta de fecha 14 de enero de 2020 remitida por la Directora de Comercio e Inversión de la CCI, solicitando el apoyo de la CNUDMI a los Incoterms® 2020, anexo II, en A/CN.9/1028. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 53 período de sesiones, Nueva York, 6 a 17 de julio de 2020, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1028>. Y en: Guía Tripartita, n.º 145.
- (55) De ahí que EXW se considere apropiado para operaciones nacionales. Vid. Incoterms® 2000, p.24, n.º 6. Si el comprador prevé dificultades en la exportación, lo mejor es contratar bajo FCA donde la obligación y costo de obtener el despacho de exportación recaen en el vendedor (Incoterms® 2000, p.25, n.º 6).
- (56) Si se desea que el vendedor sea responsable de la carga lo mejor es pactar un FCA y por lo tanto que sea el vendedor quien asuma los riesgos de esa operación. Vid. Incoterms® 2000, n.º 5, p.24.
- (57) Introducción Incoterms®, n.º 33.
- (58) <https://undocs.org/es/A/CN.9/1028> pp.6-7: «En las reglas CIF (costo, seguro y flete) y CIP (transporte y seguro pagados hasta) de los Incoterms®2020 se prevén distintos niveles de cobertura de seguro. Conforme a la regla CIF, que se reserva para el comercio marítimo y se utiliza a menudo en el de materias primas, las Cláusulas de Carga del Instituto de Aseguradores de Londres (C) siguen siendo el nivel de cobertura por defecto, lo que deja a las partes la opción de acordar una cobertura superior. Teniendo en cuenta las observaciones de usuarios de todo el mundo, la regla CIP de las Incoterms® requiere ahora un

nivel de cobertura superior, ajustado a las Cláusulas de Carga del Instituto de Aseguradores de Londres (A) u otras similares». Es esta precisamente una de las novedades de los Incoterms® 2020 frente a las versiones anteriores. Vid. Introducción Incoterms®, n.º 70.

- (59) Como indica Gabriel, Henry, «International Chamber of Commerce Incoterms 2000: A Guide to their terms and usages», *The Vindobona Journal*, 2001, vol.5, p.42, indicando que hasta la versión de Incoterms® 1980 no se toman en cuenta otros modos de transporte. Sin embargo, como ha indicado el profesor Ramberg, Incoterms® 2010, p.226, en 1956 se añadieron dos términos nuevos a los Incoterms®, FOR (*Free on Rail*) y FOT (*Free on Truck*), para tener en cuenta el transporte ferroviario y por camión, y en 1976 (*FOB Airport*). Todos ellos sustituidos en 1990 por FCA.
- (60) No evidentemente FCA, Franco Porteador, donde el lugar de entrega puede ser el establecimiento del vendedor.
- (61) Vid. por ejemplo: *Covid-19 Implications for Commercial Contracts. International Sale of Goods on CIF and FOB Terms*, UNCTAD, Geneva 2021, p.8 (Documento: UNCTAD/DTL/TLB/INF/2021/2) (en adelante Unctad) Id., pp.10-11: «First of all, it must be made clear that both c.i.f. and f.o.b. sales are shipment contracts where the duty of the seller as to the delivery of the cargo is fulfilled by shipping goods on board a vessel (or, in c.i.f, procuring goods shipped on board a vessel in accordance with the contract), rather than by handing them over to the buyer at the port of discharge. But whereas the duty to procure the cargo always rests with the seller, the duty to fix a vessel suitable to carry the cargo from the port of loading to the port of discharge, does not always follow. Generally speaking, in c.i.f. (or c.&f.) agreements it is the seller who is under the obligation to fix the vessel whereas in bare (or straight) f.o.b. sales such duty falls on the buyer. Particular care, however, should be taken with regard to f.o.b. contracts where –in practice –such default position is often amended by way of contractual variations, the most common of which is often referred to as "f.o.b. of the classic type". In its "classic" form the f.o.b. contract provides for the seller to conclude a contract of carriage as an agent for the buyer, who remains at all material stages the original party to the contract of carriage with the carrier; the commodity will be still invoiced by the seller at f.o.b. rate but a commission for the fixture is usually added as a separate item. Another common alternative may be referred to as "f.o.b. with additional carriage services" where the seller fixes the contract of carriage with the carrier in his own name and then transfers its contractual position by endorsing the bill of lading. In this case again the commodity is invoiced at f.o.b. rate and freight and commission are charged separately or specifically itemised».
- (62) Introducción Incoterms®, n.º 24.
- (63) Introducción Incoterms®, n.º 26, haciendo énfasis en lo obvio: el lugar de entrega y el de destino no son el mismo lugar.
- (64) Introducción Incoterms®, n.º 34 y n.º 35.
- (65) Introducción a los Incoterms® 2020, n.º 6. Id., n.º 8. La Introducción ha sido preparada por Charles Debattista y no forman parte de las reglas Incoterms® 2020 en sí (vid. n.º 78).
- (66) Guía Tripartita, n.º 146: «The use of the Incoterms® does not entirely displace the CISG rules on the passing of the risk, as it is only a partial derogation of the CISG (art. 6)». En la jurisprudencia: *Rechtbank Rotterdam*, 15 noviembre 2017, n.º 4.13, CISG-Online, n.º 2935.
- (67) En la doctrina opta por esa visión conciliadora: Coetzee, Juana, «The interplay between INCOTERMS® and The CISG», *Journal of Law & Commerce*, 2013, vol.32, n.º 1, p.5: «The analysis will show that it does not always have to be a case of total exclusion, but that the CISG rules can function in conjunction with INCOTERMS® to the extent that they mutually supplement and support each other. Where the regulation provided by INCOTERMS® is inadequate, the Convention's rules can supplement the INCOTERMS® rule and viceversa» (id., pp.10-11); Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary (2016), Introduction to Articles 66-70*, n.º 24; Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), *Article 67*, n.º 23; Villar Gagliardi, Rafael, Pazinato Ramos, Caio, «Interaction between the CISG and INCOTERMS», en *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*, editores: Schwenzer, Ingeborg, Pereira, Cesar, y Tripodi, Leandro, Eleven, 2016, pp.128-129; Fujita, Carlos, *The application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods to sales of commodity-type goods*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III

de Madrid, abril 2021, p.506.

- (68) Perales Viscasillas, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 7, n.º 46; y Coetzee, Juana, «A Pluralist Approach to the Law of International Sales», PER/PELJ2017(20)-DOI <http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2017/v20n0a1355>.
- (69) A/CN.9/1028 en relación con el 53º período de sesiones de la CNUDMI celebrado en Nueva York entre el 6-17 julio 2020. Vid. <https://undocs.org/es/A/CN.9/1028>.
- Este apoyo de la CNUDMI a los Incoterms® lleva un largo recorrido y anteriormente se respaldaron también las versiones de 2010, 2000, 1990, y 1953. Curiosamente las versiones entre 1953 y 1990 (1967, 1976 y 1980) no aparecen como apoyadas por la CNUDMI. Vid. <https://uncitral.un.org/es/texts/endorsed>. La explicación reside en que dichas versiones no fueron comunicadas oficialmente por lo que la Comisión no adoptó ninguna decisión que pudiera ser interpretada como una aprobación de esas revisiones». Vid. <https://undocs.org/es/A/CN.9/479>, n.º 3. CNUDMI, 33 período de sesiones, Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000; y <https://undocs.org/es/A/CN.9/348>, n.º 5 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 24º período de sesiones Viena, 10 a 28 de junio de 1991, en relación con los Incoterms® 1990.
- (70) Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para el 53 período de sesiones (6 a 17 de julio de 2020 y 14 a 18 de septiembre de 2020), disponible en: <https://undocs.org/es/A/75/17>, n.º 39.
- (71) Vid. Introducción Incoterms®, 2000, n.º 1 y n.º 6. En la doctrina Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 67, n.º 12-14 y 36 se resalta que los Incoterms® 2000 fueron redactados en relación con FCA de modo consistente con el art.67.1 CISG.
- Se ha de resaltar que ya en la versión Incoterms® 1990 había referencias a la CISG, por ejemplo, n.º 6 citando el art.9 de la Convención en relación con los usos y las prácticas; n.º 9 con cita del art.35 en relación con el embalaje de las mercancías; n.º 14 con relación al art.68 y la compraventa de mercaderías en tránsito, habitual en el tráfico de *commodities* y el uso de la palabra «afloat» tras uno de los Incoterms® C (CFR y CIF).
- (72) Vid. Guía Tripartita, n.º 143-147 bajo el epígrafe: *What is the interplay between the CISG and the ICC Incoterms?*.
- (73) Vid. Acudiendo a la Recomendación de la CNUDMI en relación con los Incoterms® 2000: Audiencia Provincial de Valencia, 7 junio 2003, CISG-Online 948 (Pace) (www.cisgspanish.com).
- (74) Como detalle Coetzee, pp.11-12.
- (75) Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 66, 30; Valioti, p.27.
- (76) Para un sector de la doctrina el riesgo también se aplica a los documentos: Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 66, n.º 33.
- (77) No queda cubierto lógicamente el robo una vez transferido el riesgo ni siquiera cuando las mercancías están en el almacén de destino a la espera de ser inspeccionadas. Vid. Cour d'appel de Luxembourg, 16 junio 2010, CISG-Online 5093 donde las partes pactaron un CIF London-UK, las mercancías llegaron a destino el día 10 de marzo y las mercancías (1000 teléfonos móviles) fueron robados el día 12 de marzo. Al haberse transferido el riesgo la compradora fue condenada al pago íntegro del precio: 425.000 euros. En el contrato existían dos cláusulas que fueron discutidas por el tribunal. En una se indicaba: *Forwarder Details: CCC INTERNATIONAL LOGISTICS CCC House*, lo que condujo al tribunal a considerar que la compradora (española) había elegido el hangar de la empresa CCC UK como lugar de destino y que al solicitar directamente a esta empresa que mantuviera la mercancía en depósito hasta nuevo aviso por su parte, esta solicitud debía entenderse como equivalente a la recepción de la mercancía. Además, la otra cláusula de interés indicaba que: «Payment terms: 100% Upon completion of valid full inspection at forwarder warehouse in UK. If stock is not what is asked, the full amount will be returned with no charges»; cláusula que indicó el tribunal no impide que la transferencia de riesgos se haya ya producido y solo afecta al precio (tampoco afecta a la transmisión de la propiedad que no se rige por la CISG).

(78) Para la Convención: Alcover Garau, p.116; Valioti, p.8; Vidal Olivares/Oviedo Albán, p.171; Schwenzer/Fountalakis, pp.469-470; Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Introduction to Articles 66-70, n.º 3; y Article 66, n.º 5-12, excluyendo del concepto de interferencias gubernamentales las restricciones de licencias de exportación/importación pues atañen a obligaciones contractuales de las partes, y observable bajo el art.79 CISG; Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 66, n.º 29-30, y n.º 34-43, considerando que cuando se transportan animales vivos también se incluye su muerte o enfermedad; Oliva, pp.55-56; y Galindo da Fonseca, pp.140-141.

Para el derecho inglés, véase Bridge, Michael, *The Sale of Goods*, Oxford, fourth edition, 2019, p.159: «Risk and frustration may conveniently be treated in proximity since the operation of frustration is bounded by the transfer of risk», y considerando que los cambios gubernamentales entran dentro de la noción del riesgo.

(79) Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Introduction to Articles 66-70, n.º 5 y ss., explicando las diferentes consideraciones a nivel de derecho interno y como la formula de entrega de las mercancías es la que prima hoy en día para la transmisión del riesgo, junto con el dato de la separación entre ésta y la transmisión de la propiedad.

(80) Valioti, p.27; e Incoterms® 2000, n.º 8, al indicar que: Constituye un requisito para esa transferencia anticipada de gastos y riesgos que las mercancías hayan sido identificadas como destinadas al comprador o, tal como se expresa en la redacción de los términos, hayan sido reservadas para él. Este requisito es especialmente importante en el término EXW porque, según los demás términos, la mercadería ha sido ya identificada como destinada al comprador cuando se han adoptado medidas para el embarque, o el despacho (términos «F» y «C»), o la entrega en destino (términos «D»). En casos excepcionales, sin embargo, el vendedor puede enviar las mercancías a granel sin identificación individual cuantitativa para cada comprador y, de ser así la transferencia de riesgos y costes no se producirá en tanto no haya sido adecuadamente apartada la mercadería, según quedó dicho (ver, asimismo, el art. 69.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980).

(81) Un ejemplo el conocido caso St. Paul, donde son las compañías de seguro las implicadas. En la doctrina vienesa, también: Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Introduction to Articles 66-70, n.º 1.

(82) Introducción Incoterms®, n.º 38-41, y art.4 CISG.

(83) No sucede así en algunos ordenamientos, véase para el derecho inglés: Bridge, *The Sale of Goods*, n.º 4.07, en relación con la sección 20.1 Sale of Goods Act: «Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property in them is transferred to the buyer, but when the property in them is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not».

(84) En los Incoterms® 2000, n.º 1 se indicaba que: «Debe acentuarse que el alcance de los Incoterms se limita a los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de compraventa, y en relación a la entrega de las mercancías vendidas (en el sentido de «tangibles», sin incluirlas «intangibles» como el software de ordenador).

En el ámbito de la CISG, la cuestión respecto a los intangibles es clara. Por ejemplo, en la jurisprudencia vienesa, se adopta en algunos casos un concepto amplio de lo que se entiende por mercaderías sobre la base del art. 7.1 CISG incluyendo tanto tangibles como intangibles: Rechtbank Midden-Nederland (Holanda), 25 marzo 2015 (*Software Programm*), CISG-Online 2591, CLOUT 1586.

En la doctrina también es regla general considerar una concepción amplia: «Similarly, the CISG does not introduce distinctions between tangible and intangible goods, movable and immovable goods, and the like»: Mistelis, Loukas, en Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Article 1, n.º 36, atendiendo también al carácter autónomo e internacional del mismo. Y flexible, atendiendo también a la historia legislativa y la mudanza del término «movable objects» a «goods» que ha sido visto como una forma de ampliar la aplicación de la Convención: Tripodi, Tripodi, *Towards a New CISG. The Prospective Convention on the International Sale of Goods and Services*, Brill/Nijhoff, 2016, pág.50,

quien, además, equipara el término «mercancías» con el de «productos».

- (85) Introducción Incoterms®, 2020, n.º 6.
- (86) Vid para los casos que así lo han reconocido: Compendio CNUDMI, Art.66, n.º 9. Por ejemplo: *Tribunal cantonal Valais* (Suiza) 28 enero 2009, y *Calzaturificio Claudia s.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.* U.S. District Court for the Southern District of New York
USA, 06 April 1998 - 96 Civ. 8052(HB)(THK), CISG-online 440.
- (87) Siguiendo a Coetzee, p.19.
- (88) Vid. También art. 32.1 CISG que se refiere al aviso de expedición en el que se especifiquen las mercancías.
- (89) Así, en relación con los Incoterms® 2000: Ramberg, To what extent, pp.220-221, en relación con el apartado B.5: «la mercancía haya sido debidamente determinada según el contrato, es decir, claramente puesta aparte o identificada de otro modo como la mercancía objeto del contrato», cláusula que en los Incoterms® 2020 indica: «siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto de contrato» (cláusula B3).

Con todo, la doctrina no descarta otras fórmulas flexibles para determinar la identificación en el caso de las mercancías transportadas a granel en un cargamento colectivo de varios compradores considerando que el riesgo se debe de atribuir pro rata. Vid., por ejemplo: Oliva, pp.148-153.
- (90) Los ejemplos derivan de la Introducción a los Incoterms® 2020, n.º 10 como ejemplos de cláusulas claras y terminantes en cuanto a la intención de las partes.
- (91) Así lo considera Valiotti, pp25-26.
- (92) Vid. Guía Tripartita, n.º 226.
- (93) Laudo 23 Febrero 1995 CIETAC (China) (*Jasmine aldehyde case*). CIF Nueva York, embarque en Shanghai, de jade, el vendedor no instruyó al transportista para mantener la mercancía a una temperatura específica, y en consecuencia aplicó el art.66 y declaró al vendedor responsable porque el daño se debía a «un acto u omisión del vendedor»; en situaciones en las que el vendedor embolsó inadecuadamente la mercancía: Caso CLOUT núm. 724 [Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 14 de diciembre de 2006]; o si el ganado vivo se transporta inadecuadamente -sobrecarga en el camión— por instrucciones dadas por el vendedor que causaron el mal estado físico de las ovejas [Oberlandesgericht Schleswig, Alemania, 22 de agosto de 2002], que no consideró responsable al vendedor. Es el comprador quien tiene la carga de la prueba de que el daño se produjo por un acto u omisión del vendedor. Vid. Compendio CISG, Artículo 66, n.º 5. En la doctrina, véase, por todos: Coetzee, p.16.
- (94) Compendio CISG, Artículo 66, n.º 1, con cita de varios casos.
- (95) United States 28 septiembre 2011 Federal District Court [New York] (*Cedar Petrochemicals inc. v. Dongbu Hannong Chemical Ltd.*).
- (96) Coetzee, pp.13-14.
- (97) Por todos: Alcover, pp.130-131; Coetzee, p.4. Y recientemente: Kaarisma, Sabah Eqbal, «The Passing of Risk under English Law, INCOTERMS and UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Critical Discussion», *Electronic Research Journal of Social Sciences and Humanities*, Oct-dic, 2020, vol.2, issue 4, pp.25 y ss. Como se ha dicho gráficamente : «the CISG is the foundation and the structure, while the INCOTERMS are the bricks and walls»: Villar Gagliardi/Pazinato Ramos, p.122.
- (98) Coetzee p.14, que detalla la interrelación entre la CISG y los Incoterms® al indicar que: «El artículo A7 de cada norma INCOTERMS® requiere la notificación de que la mercancía ha sido entregada para permitir al comprador tomar las medidas necesarias para recibir la entrega. La regla FAS, por ejemplo, requiere que el vendedor entregue las mercancías al costado del barco y notifique al transportista en consecuencia.

Aunque se requiere «aviso suficiente», no se dice nada sobre la forma o tipo de aviso, su rapidez o cuándo debe entrar en vigencia. En este caso, la CISG puede complementar las reglas INCOTERMS® en virtud del artículo 27. El artículo 27 no exige ningún requisito en cuanto a forma y método de comunicación a menos que las partes hayan acordado lo contrario. El único requisito es que se haga «por los medios adecuados a las circunstancias». Además, el aviso será efectivo a partir del momento del envío; por lo tanto, no es necesario probar que la notificación fue recibida por la otra parte como «una demora o error en la transmisión o su falta de llegada no priva a esa parte del derecho a basarse en la comunicación» 54. INCOTERMS®, a su vez, requiere que el comprador notifique al vendedor aspectos que debe tener en cuenta para realizar la entrega, como el tiempo de entrega, el nombre de la embarcación, el puerto de embarque o punto de carga y el puerto de destino. Aquí, nuevamente, el artículo 27 CISG puede complementar las reglas INCOTERMS® en lo que respecta a la forma y naturaleza del aviso».

(99) Brunner/Klingler/Mauerhofer, Art.67, n.º 8.

(100)Coetzee, nota 54, con cita de doctrina, Piltz, que es de la opinión que el art.27 no puede aplicarse a los términos D, donde el vendedor, que tiene la obligación de transportar las mercaderías hasta destino, debe asegurarse que la comunicación sobre envío/entrega mercancías es recibida por el comprador de forma correcta y puntual.

(101)Vid. En detalle Coetzee, pp.14-15.

(102)Berman, Harry J. y Ladd, Michael, «Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions Under the Convention on the International Sale of Goods», 21 *Cornell International Law Journal*, 437 (1988), citados por Coetzee, nota a pie 34 , y pp.8-9.

(103)Continúa explicando Coetzee, pp.8-9, comentando el punto de vista de Berman y Ladd.

(104)Coetzee, p.9.

(105)Ver Coetzee, pp.9-10.

(106) Vid. Con ulteriores referencias: Perales Viscasillas in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 9, n.º 1 y ss.

Interesante es la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (2018) en cuyo artículo 575-1(3) prevé la incorporación de las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios como parte del contrato y como forma de interpretar las disposiciones del Código Mercantil en esta materia

«3. Salvo que en el crédito documentario se disponga otra cosa, se le aplicarán supletoriamente las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios aprobados por la Cámara Internacional de Comercio vigentes en el momento de la emisión del crédito; dichas reglas y usos se aplicarán igualmente para interpretar los preceptos del presente capítulo». Nada se indica, sin embargo, en el Código sobre los Incoterms®. Respecto a las reglas sobre transmisión del riesgo en el proyectado Código Mercantil, existe una disposición que sigue el modelo de la Convención de Viena:

«Artículo 511-15. Transmisión del riesgo.

1. Salvo que la pérdida o el deterioro de los bienes vendidos se deba a culpa del vendedor, el riesgo se transmite al comprador desde el momento en que, claramente identificados, se pongan a su disposición en el lugar y tiempo convenidos en el contrato.

2. En las ventas con expedición, si el vendedor no se ha obligado a entregar los bienes en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador cuando se pongan en poder del primer porteador, siempre y cuando estuvieran claramente identificados. Si no lo estuvieran en tal momento, el riesgo se transmitirá cuando se proceda a su clara identificación.

3. La transmisión del riesgo al comprador no afectará a los derechos y acciones de que disponga frente al vendedor en caso de que este último haya incurrido en incumplimiento esencial del contrato».

Existen además algunas reglas especiales por ejemplo en relación con las ventas al gusto o con reserva de

aprobación Artículo 512-4 que lo hace coincidir con las reglas generales de la transmisión en la compraventa y la aceptación.

- (107) Perales Viscasillas in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 9, n.º 1 y ss. Por contra: Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Introduction to Articles 66-70, n.º 23.
- (108) Idea en la que concurre la Guía tripartida, n.º 25 señala que los «Incoterms, which are shorthand clauses collected and developed by the ICC and which reflect international practice». Id., n.º 144 al indicar que reflejan «current trade practices».
- (109) El ejemplo más patente es el momento de la transmisión del riesgo bajo el Incoterm® FOB, que hasta la versión de 2010 implicaba la transmisión del riesgo cuando las mercancías pasaban la borda o barandilla del buque mientras que desde la versión 2010 y por ende también la actual de 2020, el riesgo se transmite cuando las mercancías se ponen a bordo del buque. Nótese que, según indica el profesor Bridge, *The transfer of risk*, p.88, que la transmisión cuando las mercancías pasan la borda del buque concuerda con el derecho inglés, que ahora, añadimos nosotros, se separaría de los Incoterms®. Y como se ha indicado los términos comerciales clásicos CIF y FOB, que desde su aparición y establecimiento hace más de 150 años, habían adoptado como punto crítico para la transmisión del riesgo la barandilla del buque, no se modificaron en el año 2000, pese a que ya había constancia de que ello creaba inconvenientes, al entenderse que cualquier alteración habría creado muchos malentendidos y confusión en el mundo comercial, ya que los comerciantes durante más de un siglo habían conectado estos términos comerciales con el criterio de la «barandilla del barco» (Valiotti, p.30, abogando porque la transmisión del riesgo fuera antes de la carga).

Como indica la Introducción Incoterms® 2010, p.10 en relación con FOB, CFR y CIF: «todas las menciones a la borda del buque como punto de entrega se han suprimido en favor de la entrega de la mercancía cuando esté «a bordo» del buque. Refleja con más precisión la realidad comercial actual y evita la imagen, bastante anticuada, del riesgo oscilando de un lado a otro sobre una línea perpendicular imaginaria».

- (110) Así se destaca en relación con la masa bruta verificada (VGM). Vid. Introducción Incoterms®, n.º 59-61.
- (111) Vid. Introducción Incoterms® 2020, n.º 8: «En esencia, las reglas Incoterms® 2020 no son en sí mismas un contrato de compraventa: solo forman parte de este contrato cuando se incorporan en uno ya existente». Vid. también, apartado III, respecto a la inclusión contractual de las reglas. Ya lo indicaba el profesor Ramberg, *Incoterms® 2010 Ramberg*, p.232: «It must therefore be concluded that Incoterms® still reflect custom of the trade, but, in some respects, amount to no more than a standard form contract. In any event, Incoterms® 2010 should always by reference be expressly incorporated into the individual contract».
- (112) Arts. 1693-1698 CCo Colombia. Vid. Rodríguez Fernández, Maximiliano, «Los términos comerciales internacionales (INCOTERMS®) (versión 2010) y su aplicación en el derecho colombiano», *Contratación Internacional. Tratados e instrumentos normativos*, Zapata, Adriana (Directora); Oviedo Albán, Jorge, y Gómez Domínguez, Luis Alfonso (Coordinadores), Universidad Externado Colombia, 2018, pp.131-220; y Alzate Ossa, Mauricio, «Los Incoterms®, el Contrato de seguro y la compraventa internacional de mercaderías: la transferencia del dominio y del riesgo en el contrato de compraventa internacional y los Incoterms® y su relación con el interés asegurable y la cobertura en el contrato de seguro», *Revista Principia Iuris*, 2013, n.º 19, No.19, 2013, p.292 y cit., p.296: «Una cuestión sí parece estar resuelta a la luz del régimen aduanero colombiano, y es la obligatoriedad de incluir un INCOTERM® cualquiera en los procesos de exportación e importación de mercaderías, independientemente de que se hayan o no pactado entre comprador y vendedor».

Para el caso español con el Real Decreto 1559/1970, de 4 de junio, sobre régimen de comercio y procedimiento de tramitación de las exportaciones (BOE, n.º 139, de 11 de junio de 1970, por referencia a los Incoterms 1953, véase: Cavaller, pp.197-201, normativa ya derogada; autora que también se refiere a otros ordenamientos como Irak y Cuba.

También era el caso bajo el derecho francés. Vid. Loi nº69-8 du 3 janvier 1969 relative à l'armement et aux ventes maritimes (abrogé par Ordonnance nº 2010-1307 du 28 octobre 2010 - art. 7), art.39: «Dans la vente dite C.A.F. (coût, assurance, fret), le vendeur s'oblige à conclure le contrat de transport et à

mettre la marchandise à bord ainsi qu'à l'assurer contre les risques de ce transport. Il doit aussitôt adresser à l'acheteur les documents d'usage correspondant à cet envoi».

- (113) Sobre ellos: Muñoz, Edgardo, *Modern Law of Contracts and Sales in Latin America, Spain and Portugal. International Commerce and Arbitration*, Vol.6. Eleven, 2011, p.354.
- (114) «Trade terms may also be defined differently from the ICC Incoterms® with respect to business sectors or in domestic law. It is therefore advisable to correctly identify the intended trade term», citando el United States Uniform Commercial Code, article 2, paragraph 320, defines the trade term CIF. Vid. Guía Tripartita, n.º 147.
- (115) De interés es que las *Revised American Foreign Trade Definitions* (RAFTD) de Los Estados Unidos, que fueron creadas en 1919, crearon sus propios términos comerciales en un total de seis con pretensiones de internacionalidad. Si bien fueron derogadas en 1985 al tiempo de la ratificación de la CISG. Dichos términos son: Ex -works (Ex – planta), Ex-factory (Ex – fábrica), Ex-mills (Ex – molino), Ex-mine (Ex – mina), Ex-plantation (Ex – plantación) y Ex-warehouse (Ex – almacén).
- (116) Spanogle, John A., «Incoterms and UCC Article 2-Conflicts and Confusions», *The International Lawyer*, 1997, vol.31, n.º 1, pp.111 y ss.
- (117) Expresamente el UCC indica que el término FOB vale para cualquier medio de transporte, y que puede pactarse: FOB Place of shipment o FOB Place of destination (Coste de transporte y riesgo hasta destino por el vendedor).
- (118) «For example in the port of Antwerp and Zeebrugge, the passing of risk under a FOB contract «coincides with the transport agreement namely under the ship's tackle» (Valioti, p.30). La existencia de usos portuarios quedaría comprendida bajo el art.9.2 CISG y son reconocidos también en los Incoterms®. Vid. por ejemplo, Incoterms® 2000, n.º 7: FAS y FOB A4 («en la forma acostumbrada en el puerto»), debido a que, particularmente en el tráfico de productos primarios, varía la manera exacta en que las mercancías se entregan para el transporte en los contratos FAS y FOB según los diferentes puertos marítimos».
- (119) Vid. Carta de fecha 14 de enero de 2020 remitida por la Directora de Comercio e Inversión de la CCI, solicitando el apoyo de la CNUDMI a los Incoterms® 2020, anexo II, p.4, en A/CN.9/1028. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 53 período de sesiones, Nueva York, 6 a 17 de julio de 2020, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/1028>, y el mismo comentario en: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>
- Se menciona también en ambos textos la *Harmonised Tariff Schedule* (Lista Armonizada de Aranceles) de los Estados Unidos de América.
- (120) GAFTA es una asociación comercial internacional con más de 1900 miembros en 100 países, cuyo objetivo es promover el comercio internacional de productos agrícolas, especias y materias primas en general, así como proteger los intereses de sus miembros en todo el mundo. Entre sus miembros se incluyen comerciantes, corredores, superintendentes, analistas, fumigadores, árbitros, individuos, profesionales y asociaciones profesionales. Según se indica GAFTA desarrolla los condicionados contractuales en los que se estima que se envía el 80% del comercio mundial de cereales. Nacida en 1878 cuando los miembros del comercio de maíz establecieron la *London Corn Trade Association* (LCTA) para proteger sus intereses, en 1906, un grupo de comerciantes se separó de la LCTA y formó una nueva asociación más especializada, la *London Cattle Food Trade Association* (LCFTA), para quienes comerciaban con proteínas vegetales utilizadas como piensos para animales. En 1965, la LCFTA eliminó «Londres» de su título, lo que refleja una creciente internacionalización. En 1969, comenzaron las negociaciones de fusión entre la LCTA y la CFTA. El resultado de estas conversaciones fue la formación de una nueva asociación conjunta, la Asociación de Comercio de Granos y Piensos en 1971. Vid. <https://www.gafta.com/about>.
- (121) O como indica Zeller, Bruno, «Commodity Sales and The CISG», en Andersen, Camilla B. & Schroeter, Ulrich G., eds., *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p.634, una inventada cláusula que resulta necesaria para someter a partes que nada tienen que ver con el derecho inglés. Por el contrario, señala las ventajas del derecho inglés sobre la CISG: Zhou, Qi, «The CISG and English Sales Law: An unfair competition», *International Sales Law. A Global Challenge*, edited by

DiMatteo, Larry, Cambridge University Press, 2014, pp.669-682.

- (122)Vid, por ejemplo, clausula 26 Domicile del Contract n.º 122, GAFTA, for shipment of rice in bags Tale Quale–CIF/CIFFO/C&F/C&FFO Terms, de 1 febrero 2021:»This contract shall be deemed to have been made in England and to be performed in England, notwithstanding any contrary provision, and this contract shall be construed and take effect in accordance with the laws of England (...). For the purpose of any legal proceedings each party shall be deemed to be ordinarily resident or carrying on business at the offices of The Grain and Feed Trade Association, (GAFTA), England, and any party residing or carrying on business in Scotland shall be held to have prorogated jurisdiction against himself to the English Courts or if in Northern Ireland to have submitted to the jurisdiction and to be bound by the decision of the English Courts. The service of proceedings upon any such party by leaving the same at the offices of The Grain and Feed Trade Association, together with the posting of a copy of such proceedings to his address outside England, shall be deemed good service, any rule of law or equity to the contrary notwithstanding».
- (123)Vid., por ejemplo: The Refined Sugar Association, Rules and Regulations, 2 marzo 2021 (The Sugar Association of London), cláusula 23. Nótese que se trata de las reglas de la asociación y que el contrato puede establecer en contrario, prevaleciendo sobre aquellas. En este sentido, resulta curiosa la cláusula 25 cuando señala que: «Where the parties have not specified a particular Incoterm as applicable, the most suitable Incoterm will apply to the contract, provided always that no Incoterm shall apply which would be inconsistent with the express terms agreed by the parties».
- (124)En este sentido se pronuncia Fujita, p.503.
- (125)En las condiciones generales de Repsol, Repsol Group’s general conditions for the purchase of goods in Spain, que lógicamente ceden ante las condiciones particulares que se puedan acordar en el pedido o en otros documentos, parecen referirse de forma indirecta a los Incoterms® al señalar en diversas ocasiones que determinadas cuestiones se regularán por «the International Commercial Terms applicable according to the Order». Pese a que el contrato se somete al derecho español y jurisdicción española, se excluye incomprensiblemente la Convención de Viena. Vid. Clausula 24.

Además, en las *General Terms & Conditions for Sales and Purchases of Crude Oil & Petroleum Products*, edición 2017, donde el derecho aplicable es el derecho inglés y se excluye la Convención (cláusula 10), sí que la referencia a los Incoterms® lo es presumiblemente a los de la CCI, al referirse a la versión 2010, aunque para el término DES la referencia es a la versión 2000. En la edición 2020 el derecho aplicable es el español, pero de nuevo se excluye la Convención de Viena.

- (126)BP Oil International Limited General Terms & Conditions for Sales and Purchases of Crude Oil and Petroleum Products 2015 Edition Version 1.2, effective from 13th July 2020, donde claramente la referencia es a los términos de la ICC puesto que bajo el condicionado se trata de Incoterms®2010. En cuanto al derecho aplicable, es el derecho inglés, con exclusión de la CISG. Por su parte, el BP Global Oil Americas General Terms and Conditions for Purchases and Sales of Crude Oil, Refined Petroleum, and Related Products 2020 Version 1.1, se refiere a la aplicación de tres diferentes versiones de los Incoterms: «CFR», «CIF», «DAP», «DDP», «FCA», and «DPU» shall each have the meaning given to it in Incoterms®2020, except as modified by the Agreement. «DAT» shall have the meaning given to it in Incoterms®2010, except as modified by the Agreement. «DES» shall have the meaning given to it in Incoterms®2000, except as modified the Agreement. Además, el contrato se somete al derecho de Nueva York con exclusión de la Convención de Viena (sección 26).
- (127)Lo mismo sucede examinando las condiciones generales de Shell. Vid. para los diversos modelos de contratos: <https://www.shell.com/business-customers/trading-and-supply/trading/general-trading-terms-and-conditions.html>
- Sin embargo, en algunos de ellos no existen referencias a los Incoterms® CCI, y el derecho aplicable es algún derecho nacional como los de Holanda, Alemania, Canadá, USA, en algunos casos Texas o Nueva York, pero nuevamente sí como común denominador con expresa exclusión de la CISG.
- (128)Vid. Condiciones Generales de Venta de Acerinox Europa, S.A., con inclusión del «Incoterm EXW», aunque no existe referencia a la CCI. Sometimiento al derecho común español, pero con exclusión de la Convención de Viena. Curiosamente en las condiciones generales de adquisición y suministro de bienes del Grupo Acerinox, se hace referencia al «Incoterm DDP», indicando versión del año 2010, y que «El

Contrato se regirá por la legislación correspondiente al domicilio señalado para el Cliente en el Contrato», lo que por definición no implica la exclusión de la Convención de Viena.

(129)Vid. Perales Viscasillas, Pilar, «Las conexiones internacionales por gasoductos: contratos de interconexión y de capacidad», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.º 20/enero-junio 2017, pp.1-52; y «CISG and Strategic Commodities (The example of Gas in Europe)», *Mélanges en L'Honneur du Professeur Claude Witz*, Lexis Nexis, 2018, pp.633-651.

(130)Vid. con detalle Fujita, pp.474 y ss.

Profundamente equivocado el documento elaborado por la Unctad que en la nota a pie n.º 42 indica que: «Moreover, the application of the CISG is normally expressly excluded in CIF or FOB contracts», sin especificar un mercado en particular. De hecho, el documento no circunscribe ni su título ni en los ejemplos al mercado de *commodities*, alcanzando también al de productos manufacturados, por lo que indicar como se hace en la nota 13 que: «This Briefing Note makes extensive references to English law as it is the law commonly chosen by the parties to international commercial contracts», resulta nuevamente erróneo.

(131)Cláusula 5.1.3 de las General Terms and Conditions of the IBERDROLA GROUP for the supply of equipment and materials, 2018, donde claramente la referencia al Incoterm DDP, lo es en relación a los Incoterms® CCI; el contrato además se somete a derecho español sin exclusiones de ningún tipo: 2.10.1 These GTC and the Contract shall be governed by the laws of Spain.

(132)*Inter alia*: ICC Model Contract - International Sale (Manufactured Goods); y ITC (International Trade Center) Model Contract for the International Sale of Goods.

Sorprende que en relaciones que pueden quedar perfectamente disciplinadas por la Convención, se excluya ésta tal y como se ejemplifica en el Auto AP Barcelona, 29 enero 2020, donde se discutía la competencia de los tribunales españoles bajo la cláusula del contrato: «...23. DERECHO APLICABLE. Este Acuerdo se interpretará de conformidad con las leyes del Estado de Washington, Estados Unidos de América. ADE y el DISTRIBUIDOR excluyen la aplicación a este Contrato de Distribuidor de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos para la Venta Internacional de Bienes («CISG»). Las partes acuerdan que el Tribunal Superior del Estado de Washington para el Condado de King en Seattle, Washington sea la jurisdicción y el lugar para cualquier disputa o controversia sobre los términos y condiciones de este Acuerdo o que surja como resultado de la ejecución de este Acuerdo...».

(133)Por ejemplo: Gabriel, p.41; Lefebvre, Guy/Jiao, Jie, «L'utilisation du terme de commerce FOB: une incertitude pour les commerçants», *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Rome: UNIDROIT, Vol.2, Rome, 2016, pp.1768-1769. En este sentido, la doctrina en muchas ocasiones no tiene claro el orden de fuentes, y en una especie de *totum revolutum* consideran que los Incoterms® pueden devenir aplicables en atención al art.6, 9.1 y 9.2 CISG. Vid. Por ejemplo: Coetzee, p.6. No se toma en consideración el art.8.3 CISG (por ejemplo, Villar Gagliardi/Pazinato Ramos, pp.119 y ss; o Huber, Peter/Mullis, Alastair, *The CISG. A new text book for students and practitioners*, Sellier, 2007, p.19. O en la jurisprudencia: *Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial* No. 26 (Argentina) 2 julio 2003, en un caso: FOB Montevideo: aplicación Incoterms sobre la base del art.9.1 y 9.2 CISG; y *der Saane (Zivilgericht)* (Suiza) 20 febrero 1997: «CIF Moscow» de acuerdo con Incoterms® (1990); *High Arbitration Court (or Presidium of Supreme Arbitration Court) of the Russian Federation* (Rusia) 25 diciembre 1996 (Pace); *Tribunal cantonal Valais* (Suiza) 28 enero 2009, CISG -Online 2025 también con referencia al art.9.1 CISG.

Los considera usos mercantiles atendiendo a «su carácter profesional, corporativo, previsible, útil y adaptado a las necesidades de los operadores del comercio»: Cavaller, pp.158 y ss con un detallado análisis de esta cuestión en función de las diversas versiones de los Incoterms®, si bien finalmente se inclina por su naturaleza contractual sin perjuicio que en alguna circunstancia pueda probarse que son usos del comercio (id., p.178).

(134)*Cour d'appel de Luxembourg*, 16 junio 2010, CISG-Online 5093, resolviendo en este caso a favor de interpretar dicho término conforme a los Incoterms® CCI pero sin cita de la CISG al considerar que los Incoterms® constituyen una unificación y una codificación de los términos y definiciones de las ventas (*les Incoterms constituent une unification et une codification des termes et définitions des ventes*).

Igualmente, sin cita de la Convención, pero interpretando la cláusula EXW por referencia a los Incoterms® CCI, SAP Barcelona, 26 febrero 2018 (España).

Con cita de la CISG, el caso del Juzgado de Primera Instancia de Lérida, 13 diciembre 2016 (España), donde se había pactado «CFR Port Alger» que fue interpretado conforme a Incoterms® (si bien no especifica en ningún momento a la CCI), y señalando erróneamente que la Convención de Viena «reconoce que, en la práctica, la mayoría de las transacciones internacionales se rigen de acuerdo con las obligaciones reflejadas en los Incoterms, lo que les da un valor añadido a la hora de regularlos contratos de compraventa internacional».

- (135) Dicha cláusula fue interpretada conforme a los preceptos de la Convención de Viena (artículos 31 y 67) y los Incoterms® CCI: «Dando por bueno que no fuera la cláusula C.I.F (Coste y Flete) la que presidiera el contrato de transporte marítimo internacional de autos, sino la denominada C.F.F.O., esta última no puede traducirse en los términos que la parte apelante pretende, pues, de conformidad con las cláusulas del Convenio de Viena (..) las dos primeras siglas -C.F., hoy Incoterm

C.F.R.-, significan que el vendedor ha de pagar los gastos y el flete necesario para hacer llegar la mercancía al punto de destino, siendo de cuenta del comprador el riesgo de pérdida o daño de aquélla, así como cualquier otro pacto adicional cuando la carga ha traspasado la borda del buque. Las siguientes siglas -F.O.-, constituyen una condición de estiba, la de que el porteador queda relevado de las operaciones de descarga». Vid. SAP Córdoba, 31 octubre 1997 (España). Vid. Perales Viscasillas, Comments, pp.286-287, con cita de otros casos patológicos.

- (136) El caso no se ha salvado de las críticas doctrinales, véase: Perales Viscasillas, Comments, pp.289-291; Johnson, pp.408-411.

- (137) Vid. *BP Oil International, Ltd. y BP Exploration & Oil, Inc. v. Empresa Estatal Petróleos de Ecuador*, Appellate Court, 5th District, Texas, 11 junio 2003, donde las partes acordaron: «CFR La Libertad-Ecuador», y el tribunal dictaminó de igual forma que en el caso *St.Paul* al indicar que los Incoterms® «are well known in international trade means that they are incorporated through article 9(2)»; *China North Chemical Industries Corporation v Beston Chemical Corporation*, CISG -Online 1177 (Pace), donde se acordó «CIF» to Berwick, Louisiana», sosteniendo el tribunal que: «Incoterms is the dominant source of definitions for the commercial delivery terms used by parties to international sales contracts»; *Bankruptcy Court for the Eastern District of Pennsylvania* (U.S.) 18 June 2014 (decision affirmed by the U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, United States, 19 January 2016 (2016 WL 215229)) 511 B.R. 738 (CLOUT 1639); *Cedar Petrochemicals inc. v. Dongbu Hannong Chemical Ltd.*, Federal District Court [New York] (U.S.) 28 September 2011 CISG-Online 2338 (Pace), donde se acordó «FOB Ulsan Anchorage, Korea», si bien en este caso el acuerdo escrito también incluía una cláusula por la cual las partes expresaban su acuerdo de que los Incoterms 2000 regirían el plazo de entrega, pero con una perturbadora frase: «[i]t is worth noting at the outset that the entire body of Incoterms—'F.O.B.» included—is incorporated into the CISG through Article 9(2) thereof.»

Comentario crítico a varios de estos casos puede verse en Johnson, pp.412-420.

- (138) A favor: Perales Viscasillas, Comments, pp.288-289; Hachem, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Introduction to Articles 66-70, n.º 23; Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 67, n.º 30.

Aunque no siempre es el caso, evidentemente también cuando las dos partes están de acuerdo en que el término del contrato (FOB en el caso) se interprete conforme a los Incoterms®. Vid. People's Court Shanghai Changning District, 16 julio 2018 (CISG-online 4118).

Obiter dicta, así se considera, i.a., SAP Pontevedra, 6 octubre 2014 (CLOUT 1494) considerando que la cláusula CIF debe interpretarse conforme a Incoterms® (en el caso versión 2000).

- (139) Sobre ello, véase Perales Viscasillas, in: Ferrari/Flechtner/Brand, Draft Digest and Beyond (2003), p. 259.

- (140) Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 67, n.º 31; Bridge, The transfer of risk, p.89; Albornoz, Jorge R., «Los Incoterms en el derecho internacional privado», DeCita, *Derecho del comercio Internacional. Temas y Actualidades. Contratos internacionales*, Directores: Fernández Arroyo, Diego, y

Dreyzin de Klor, Adriana, CEDEP, 2008, p.164.

(141) Se cita el caso del mercado del petróleo (Erauw, in: Kröll/ Mistelis/Perales Viscasillas (2018), Article 67, nota a pie n.º 26), sin embargo, las condiciones generales de las empresas petrolíferas examinadas en este trabajo y anteriormente referidas demuestran que se ofrece una amplia categoría de los Incoterms, y no un único término para su inclusión en el pedido.

(142) Vid. Trans-Lex Principles, No. IV.5.6 - Rights and duties of the parties under «FOB» and «CIF»: «If the parties have agreed on a sale «FOB» or «CIF», the respective rights and duties of the parties under the contract are to be determined according to the latest version of the International Commercial Terms (INCOTERMS®) issued by the International Chamber of Commerce (ICC) unless the parties have indicated that a different meaning is to be attributed to the term used». <https://www.trans-lex.org/928500>».

De acuerdo con Galindo da Fonseca, p.147, los Incoterms más usados por los exportadores brasileños son precisamente FOB y CIF.

(143) Schmidt-Kessel, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary (2016), Art. 9 para. 27.

(144) Ramberg, Incoterms® 2010, p.232; idem con cita también del professor Ramberg: Cavaller, p.165, nota 470.

(145) Vid. En detalle Cavaller, pp.269 y ss.

(146) Vid. Cavaller, p.346. Sigue la jurisprudencia del TJUE diversas sentencias en España. Entre las más recientes: SAP Barcelona, 17 noviembre 2020.

Fuera del ámbito europeo se ha de considerar el art. 22 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) quinquies a) que establece la competencia en materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España para lo cual es relevante la CISG, como en el caso resuelto por el Auto AP Barcelona, 23 mayo 2019 (España) en un contrato con una parte de Singapur, donde se discutía el lugar de la obligación del pago del precio realizado por transferencia bancaria a la cuenta del vendedor en España y donde se aplicó el art.57.1 a) CISG.

(147) Vid. Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DO 4 julio 2008, L 177/6. En la doctrina: Cavaller, pp.236-268.

(148) «Most of international trade, however, is conducted on shipment terms, CIF or FOB; in particular commodities are often traded on CIF terms, along a string of contracts, each of which is performed by tender of documents, including a negotiable bill of lading; this key document serves as evidence of shipment/delivery in accordance with the sale contract, and provides its holder with the exclusive right of access to the goods (document of title), as well as a statutory right of suit against the carrier» (Unctad, p.9, y nota 15).

(149) Fujita, p.200.

(150) CISG-AC Opinion n.º 11: Issues Raised by Documents under the CISG Focusing on the Buyer's Payment Duty (Art 58) lista los documentos que entran en la categoría de ser representativos de las mercaderías, y los que no. Indica la Opinión en relación con los documentos del seguro que, en ausencia de un acuerdo explícito de las partes, el comprador no tendría derecho a retener el pago si no se presentara la póliza del seguro. Los términos CIF o CIP que otorgan el derecho a retener el pago del precio de compra hasta que reciba una póliza o certificado de seguro conforme, no lo es por el Artículo 58 CISG, sino porque el contrato identifica la póliza o certificado de seguro como un documento que debe ser presentado por el vendedor.

(151) En detalle: Fujita, pp.101-103, p.124, y p.200 y ss.

(152) CISG-AC Opinion n.º 5, The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents 7 May 2005, Badenweiler (Germany). Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Professor of Private Law, University of Basel, n.º 4.1.7. En la doctrina: Fujita, pp.202 y ss; y Mohs, pp.1297-1300.