



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Comercial

LOS INCOTERMS 2010 COMO MANIFESTACIÓN DE LOS USOS MERCANTILES Y SU VINCULACIÓN CON LA *LEX MERCATORIA*

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad de Chile

JAVIERA ALEJANDRA SANZANA SÁNCHEZ

Profesor Guía: Luis Octavio Bofill Genzsch
Santiago de Chile
2019

A Ignacio Araya Paredes, por su dedicación y apoyo constante.

Resumen	5
Abstract	6
Abreviaturas	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO PRIMERO: JUSTIFICACIÓN HISTÓRICA DE LOS INCOTERMS Y SU RELACIÓN CON LA UNIFORMIZACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL.....	13
1. CONTEXTO HISTÓRICO.....	13
2. LOS USOS O COSTUMBRES MERCANTILES Y LA <i>LEX MERCATORIA</i>	15
3. FENÓMENO DE LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL.....	17
4. REGULACIONES INTERNACIONALES COMO CONSECUENCIA DE LA UNIFORMIZACIÓN.....	22
4.1. Las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	23
4.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena)	24
4.3. Los Incoterms	26
CAPÍTULO SEGUNDO: GÉNESIS, EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DE LOS INCOTERMS ...	30
1. INCOTERMS 1936.....	30
2. EVOLUCIÓN DE LOS INCOTERMS	32
3. CONCEPTO Y ALCANCE DE UN INCOTERM	34
4. ASPECTOS QUE REGULAN LOS INCOTERMS.....	36
4.1. La entrega de la mercancía.....	36
4.2. El momento de la transmisión del riesgo.....	39
4.3. La distribución de los gastos que conlleve la operación mercantil.....	42
4.4. La obtención de la documentación necesaria.....	44
4.5. La responsabilidad por la carga	44
5. OBLIGACIONES QUE GENERA LA INCLUSIÓN DE UN INCOTERM AL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE MERCANCÍAS.....	45
5.1. Obligaciones del vendedor.....	48
5.2. Obligaciones del comprador.....	49
5.3. Obligaciones de ambas partes	49
CAPÍTULO TERCERO: EVOLUCIÓN DE LOS INCOTERMS Y LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA VERSIÓN DEL AÑO 2010	51
1. EVOLUCIÓN DESDE LOS PRIMEROS INCOTERMS.....	51

2.	AGRUPACIÓN DE LOS INCOTERMS EN LA VERSIÓN DEL AÑO 2000.....	52
3.	FALENCIAS DE LA VERSIÓN INCOTERMS 2000	54
3.1.	Confusión que produce la clasificación de los grupos de Incoterms según el lugar donde se transmite el riesgo entre las partes	54
3.2.	Posibilidad de utilización de las reglas Incoterms sólo en compraventas internacionales de mercaderías	55
3.3.	Ambigüedad en la determinación ' <i>traspasar la borda del buque</i> ' como momento de verificación de la entrega de la mercancía	56
3.4.	Falta de adaptación a técnicas de contratación modernas	57
3.5.	Conclusión parcial.....	58
4.	CONTEXTO DE REVISIÓN Y ASPECTOS DEL DESARROLLO DEL COMERCIO CONSIDERADOS POR LA CCI.....	59
4.1.	Cambios en las modalidades de transporte.....	60
4.2.	Dinamicidad del Comercio Internacional	60
4.3.	Nuevas herramientas para el desarrollo del comercio	64
4.4.	Necesidad de certeza contractual	64
4.5.	Adaptación a la regulación aduanera	65
5.	MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LOS INCOTERMS 2010.....	65
5.1.	Clasificación en función del modo de transporte utilizado	66
5.2.	Utilización en operaciones que se desarrollan dentro de los mercados domésticos	69
5.3.	Reestructuración de Incoterms del Grupo D.....	70
5.4.	Determinación de la transmisión del riesgo en cláusulas FOB, CFR y CIF.....	71
5.5.	Determinación de los cargos por manipulación de la mercancía en el terminal en el caso de CPT, CIP, CFR y CIF	71
5.6.	Adecuación a la cobertura de seguros y determinación de las certificaciones de seguridad	72
6.	REGLAS INCOTERMS 2010	72
6.1.	Incoterms introducidos por la versión 2010 y que aplican para cualquier modo de transporte o transporte multimodal.....	72
6.1.1.	DAT, Delivered at Terminal o Entrega en el Terminal	73
6.1.2.	DAP, Delivered at Place o Entrega en Lugar	74
6.2.	Incoterms para el transporte por vía marítima o por vías navegables interiores ..	74
6.2.1.	Única modificación de esta clasificación: FOB, Free On Board o Libre a bordo	75

CAPÍTULO CUARTO: ANÁLISIS CRÍTICO ACTUAL.....	77
1. INCOTERMS 2010 Y EL NUEVO PARADIGMA DEL MERCADO ECONÓMICO SUPRANACIONAL	77
2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA REGLA INCOTERM.....	78
2.1. Ley aplicable y juez llamado a conocer del asunto en las compraventas domésticas.....	80
2.2. Ley aplicable y juez llamado a conocer del asunto en compraventas internacionales.....	83
2.3. Incoterms ante el incumplimiento o interpretación errónea.....	88
3. PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS INCOTERMS...	90
3.1. Situación de la aplicación internacional.....	91
3.2. Situación de la aplicación en Chile	91
3.2.1. Incongruencias en el criterio jurisprudencial	94
3.2.2 Necesidad de certidumbre jurídica y derecho comparado	97
4. CRÍTICAS ACTUALES.....	100
4.1. Problema del desconocimiento	100
4.2. Problemas asociados a la recomendación de la cláusula de arbitraje	101
4.3. Aplicación de los Incoterms 2010.....	102
4.3.1. Conflictos derivados de la utilización de los Incoterms EXW y DDP	102
4.3.2. Baja utilización del Incoterm FAS	103
4.3.3. Utilización de FOB y CIF en transporte contenerizado.....	103
4.3.4. Falencias en la utilización de DDP.....	104
4.4. Desarrollo doctrinario de los Incoterms	104
CONCLUSIÓN.....	106
BIBLIOGRAFÍA.....	108

Resumen

La doctrina ha dicho que los Incoterms son el “conjunto de reglas internacionales, regidos por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional” relativas a las condiciones de entrega de la mercancía¹. Para que estas reglas produzcan efecto, es necesario que se modifiquen y adapten a los cambios que presente la actividad comercial y las prácticas mercantiles.

Es así como la Cámara de Comercio Internacional ha ido modificado estas reglas en diversas oportunidades desde su creación en 1936 creándose nuevas modalidades de contratación, modificando las ya existentes o incluso eliminando reglas que han caído en desuso. Bajo este contexto, los Incoterms versión 2010 llegan a modificar la versión anterior del año 2000, proponiendo adaptaciones de las reglas al uso comercial.

Para entender el porqué de cada una de las versiones de los Incoterms se hace necesario un análisis de ellos abarcando en primera instancia el contexto histórico en el que nacen, para luego analizar los motivos que dan origen a dichas adaptaciones posteriores que derivan en la modificación, eliminación o creación de nuevos términos Incoterm.

¹ HUAMÁN, Marco Antonio. (2013). *Comentarios a las innovaciones de los Incoterms 2010*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Vol. 11 N°12, p. 328.

Abstract

The doctrine has said that Incoterms are the "set of international rules, governed by the International Chamber of Commerce, which determine the scope of the commercial clauses included in the international sales contract" relating to the conditions of delivery of the goods. In order for these rules to be effective, they must be modified and adapted to changes in commercial activity and practices.

This is how the International Chamber of Commerce has modified these rules on numerous occasions since their creation in 1936, creating new contracting modalities, modifying existing ones or even eliminating rules that have fallen into disuse. In this context, the Incoterms 2010 version modified the previous version of the year 2000, proposing adaptations of the rules to commercial use.

In order to understand the reason for each version of the Incoterms, it is necessary to analyze them, first of all covering the historical context in which they were born and then the reasons that give rise to these subsequent adaptations that lead to the modification, elimination or creation of new Incoterm terms.

Abreviaturas

CCI: Cámara de Comercio Internacional.

CISG: Convención de Viena o la Convención de las Naciones Unidas sobre Contrato Internacional de Mercaderías.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

INCOTERMS: International Commercial Terms.

IUA: The International Underwriting Association.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

RAFTD's: Definiciones Revisadas de Comercio Exterior de América.

TLC: Tratado de Libre Comercio.

UNECE: Comisión de las Naciones Unidas para la Economía de Europa.

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

INTRODUCCIÓN

El comercio es el marco contextual en donde se desarrollan las relaciones de intercambio que favorecen la inversión, la contratación y la compraventa de mercancías. En este contexto y para la regulación de esta actividad, surgieron reglas en un principio locales cuyo uso fue expandiéndose universalmente hasta adquirir el carácter de *uso mercantil*.

La globalización por su parte -entendida como el fenómeno histórico de integración mundial entre países- supone, entre otras cosas, el incremento en las relaciones comerciales que se generan para la satisfacción de distintas necesidades ante una demanda creciente tanto de productos como de servicios, lo que conlleva a que exista cada vez más flujo comercial entre miembros particulares o privados de la comunidad internacional, ya sea en calidad de importador o exportador. En este sentido, es una realidad el que las cifras de comercio exterior propenden continuamente al alza. Por ejemplo, en el año 2017 en Chile se evidenció un intercambio comercial de 123.265 millones de dólares, contemplando un aumento del 11% respecto del año 2016².

La existencia de reglas que regulen el ejercicio y desarrollo del comercio es necesaria desde la perspectiva de la reducción de la incertidumbre en la relación contractual. Estas, pueden formar parte de la legislación vigente y, por tanto, pueden resultar obligatorias para todo aquel que ejerza la actividad comercial. Sin embargo, la gestación de estas reglas puede surgir dentro de un contexto ajeno a la obligatoriedad, esto es, no nacer como *ley* a partir de la cual se regule un comportamiento *ex post* a su dictación, sino que es la práctica y el desarrollo de esta práctica del comercio el que determina las reglas necesarias aplicables a la regulación de esa misma práctica.

En sentido de lo anterior, la regulación mercantil dada por un Estado no necesariamente se ajusta a la de otro en el que se encuentre la contraparte de un contrato, lo que conduce a un problema en la determinación de la ley que regirá el contrato y la ley llamada a solucionar un eventual asunto litigioso. Así, para hacer frente a esta problemática surgen

² Servicio Nacional de Aduanas. (2018). *Compendio Estadístico de Comercio Exterior Enero-Diciembre 2017*. Departamento de Estudios del Servicio Nacional de Aduanas. Disponible en: <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20180123/asocfile/20180123154026/compendio_estadistico_compendio_2017_v02_23012018_final.pdf> visitado el 7 de enero de 2019, p.3.

reglas mercantiles de carácter universal y que reflejan usos estandarizados aplicables a los contratos e independientes del derecho interno.

Por otra parte, el comercio es una actividad en continuo desarrollo y en este contexto muchas veces el conjunto de normas que regulan una determinada actividad no va necesariamente satisfaciendo las necesidades regulatorias que requiere la actividad comercial. Así, surgen reglas no coercitivas y vinculantes sólo en medida que se agreguen al contrato que regule la operación comercial en específico.

En este contexto y como herramienta útil a quienes ejercen el comercio, surgió en 1936 un compilado de reglas estándar bajo la denominación de *International Commercial Terms*, que buscaban contribuir al desarrollo del intercambio comercial. Estas, fueron creadas por la Cámara de Comercio Internacional y bajo la mirada atenta de los comerciantes, exportadores e importadores, quienes finalmente incluyeron estas reglas dentro de los contratos de compraventa mercantil que celebraban.

Las reglas Incoterms surgen en el marco de la *lex mercatoria*, entendida esta como el conjunto de reglas que derivan de la práctica mercantil de los comerciantes, por cuanto se trata de un derecho que nace a propósito del ejercicio del comercio y para la regulación de estas actividades. En otras palabras, la *lex mercatoria* es la ley que emana de los comerciantes para los comerciantes, y por tanto, la identificamos dentro del derecho como aquel “formado por costumbres y prácticas de una clase social, la de los comerciantes”^{3 4}.

En relación a lo anterior, es pertinente tener en consideración que las reglas Incoterms no tienen fuerza obligatoria por cuanto no nacen de una ley. Sin perjuicio de ello, su inclusión en el contrato de compraventa de mercancías obliga a interpretar las cláusulas de este según dicho Incoterm.

³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. (2004) *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 29.

⁴ Cabe destacar que la doctrina ha distinguido la *lex mercatoria medieval* de la *nueva lex mercatoria*. La denominación *lex mercatoria* apunta al nacimiento de reglas puramente consuetudinarias y en razón a que no existía regulación mercantil mientras que la *nueva lex mercatoria* incluye las reglas emanadas del fenómeno de codificación del derecho mercantil a partir del siglo XIX. En este sentido: FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. (2004) *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 34.

Situados en este contexto, las reglas Incoterms cumplen con ser un *uso mercantil*, ya que estos “no sólo han surgido respondiendo a una necesidad de reglamentación jurídica de nuevos productos, sino que muestran una capacidad de adaptación y mutabilidad a las nuevas circunstancias”⁵.

Los Incoterms otorgan a los operadores del comercio -entendiendo a estos como los vendedores y compradores- seguridad jurídica acerca del proceso de entrega de la mercancía por cuanto a partir de estas reglas se regulan aspectos como la transmisión de riesgo, el reparto de costos y la distribución de obligaciones relativas a la obtención de documentos necesarios para el éxito del proceso de importación de la mercadería.

Es por la imprevisibilidad de los riesgos, que el interés de las partes será siempre la reducción al mínimo de ellos o al menos, la certeza acerca de dónde comienza y termina la responsabilidad de cada uno en virtud del riesgo que corre cada uno de los contratantes.

Es por lo anterior, que en la práctica los Incoterms determinan hasta dónde llega la responsabilidad de cada uno de los actores en medida que se entrega a los operadores del comercio un *vocabulario mundial* acerca de la regulación de las relaciones contractuales que se generan entre ellos.

Así, los Incoterms cumplen con “el objetivo de ofrecer una normativa que contribuye a la normalización, a la seguridad jurídica y al entendimiento en las compraventas internacionales de mercancías” eliminando las barreras de distancia geográfica existentes que podrían derivar en la utilización de múltiples instrumentos regulatorios con distintas modalidades, interpretaciones o reglas, las que generarían a su vez diversas disputas entre estos operadores y que por tanto, podrían trabar el desarrollo expedito de la actividad comercial, lo que llevaría a una diversificación del criterio del *riesgo* privando a la operación en concreto de certeza jurídica^{6 7}.

⁵ CALVO, Alfonso-Luis. (1997). *La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Navarra: Ed. Thomson, p. 136.

⁶ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p.56.

⁷ RODRÍGUEZ, Maximiliano. (2010). *Términos comerciales internacionales –Incoterms- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho colombiano*. *Revist@ Mercatoria*, Vol. 9, Nº2, p. 21.

Es por todo lo anterior, que las reglas que regulan la actividad mercantil -y en este caso, la interpretación de las cláusulas relativas a la entrega y transporte de la mercancía- deben ajustarse a las nuevas necesidades y adaptarse a las nuevas tecnologías porque son reglas que reducen el costo transaccional de todo comerciante o aquel que intervenga en una operación comercial.

Ahora bien, la necesidad de conocimiento acerca de estas reglas deriva justamente del funcionamiento del comercio internacional y su propensión a la estandarización de reglas. En este sentido, aquel comerciante que desconozca las reglas Incoterms se encuentra en desventaja desde el punto de vista económico, por cuanto la transacción para su contraparte podría no ser tan atractiva y/o eficiente como sí lo sería contratar con un comerciante que estandarice sus relaciones comerciales para hacerlas más expeditas, rápidas y seguras desde un punto de vista jurídico y mercantil.

Los Incoterms han sufrido numerosas revisiones y correspondientes modificaciones por parte de la Cámara de Comercio Internacional desde su creación en 1936. Las revisiones han llevado a la confección de nuevas versiones en los años 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, y 2000, siendo la última modificación vigente la versión del año 2010, que viene a modificar ciertos aspectos e Incoterms de la versión del año 2000.

Dentro de los aspectos que fueron revisados por la CCI y que dieron lugar a la versión Incoterms del año 2010, se encuentra la masiva utilización de Incoterms no previstos para el medio de transporte utilizado en las operaciones en específico y la utilización de estas reglas en contratos de compraventas nacionales de mercancías. Así, dentro de las adaptaciones que supone esta versión, se encuentra la reestructuración de la clasificación de los Incoterms según medio de transporte y la posibilidad de ser utilizados en compraventas nacionales.

La versión del año 2010 y todas las que le preceden, no poseen fuerza de ley y por tanto su uso no resulta obligatorio. Sin perjuicio de ello, al momento de incluirse una regla Incoterm en el contrato de compraventa mercantil, esta obliga a interpretarlo según lo que este Incoterm establezca, determinando en el caso concreto el momento exacto de la transmisión del riesgo, la obligatoriedad o no de contratar un seguro y la responsabilidad a propósito de los trámites aduaneros necesarios.

Además, será necesario incluir no sólo el Incoterm elegido para regir el contrato sino también el año de la versión utilizada y el lugar en donde se debe realizar la entrega de la mercancía. Lo anterior, ya que, como consecuencia de la naturaleza jurídica de estas reglas, una versión no deroga las otras y por lo tanto, las partes podrán pactar la interpretación de los términos contractuales según el Incoterm de que se trate en cualquiera de sus versiones si así lo estiman conveniente.

CAPÍTULO PRIMERO: JUSTIFICACIÓN HISTÓRICA DE LOS INCOTERMS Y SU RELACIÓN CON LA UNIFORMIZACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

1. CONTEXTO HISTÓRICO

El derecho comercial es un fenómeno histórico, esto es, nace del desarrollo de la actividad comercial y por tanto, para entender el surgimiento y evolución de este derecho especial, debe analizarse su gestación histórica⁸.

Por otra parte, el comercio internacional ha sido definido como una “actividad basada en los intercambios de bienes capitales y servicios que lleva a cabo un determinado país con el resto de los países del mundo, regulado por normas internacionales o acuerdos bilaterales”⁹. Sin perjuicio de la definición que entrega Ballesteros, las raíces del comercio internacional no se encuentran únicamente en el relacionamiento comercial de los distintos países o estados, sino más bien, la actividad mercantil se desarrolla de manera anterior e independiente al surgimiento de los estados independientes por los comerciantes -como representantes de intereses privados o particulares-.

Al realizar una somera revisión histórica al desarrollo del comercio y más propiamente, al desarrollo del *comercio internacional*, se puede concluir que este comienza como un incipiente sistema de compraventa transfronteriza de materias primas y manufacturas en donde no existían pautas comerciales determinadas, sino que más bien el desarrollo de la actividad mercantil se producía de manera privada respecto de las partes contratantes y por tanto, bajo el contexto del derecho privado de carácter consuetudinario. En este sentido, no resultaba necesario alcanzar tratos mercantiles internacionales que regularan la actividad mercantil ya que el comercio transfronterizo aún no se desarrollaba a gran escala.

En los atisbos del derecho comercial, en la época de desarrollo incipiente del mercantilismo, no existían Estados nacionales constituidos, sino más bien áreas comerciales que iban en creciente comunicación ya sea por explosión demográfica o hitos histórico-

⁸ PUGA, Juan Esteban. (2005). *El acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p.35.

⁹ BALLESTEROS ROMÁN, Alfonso. (2001). *Comercio Exterior: Teoría y Práctica*. Murcia: Universidad de Murcia, p.11.

culturales como lo son por ejemplo las cruzadas, las que ponen en contacto a los pueblos europeos con los asiáticos. Estos contactos cada vez menos esporádicos y más frecuentes son la antesala de los intercambios mercantiles entre ambas culturas.

Uno de los primeros ejes de desarrollo que podemos mencionar como manifestación de la incipiente organización mercantil para propender al desarrollo del comercio internacional es la Liga Hanseática en el siglo XIV (“Liga”), que cumplía con ser una federación comercial de distintas ciudades que, gracias a este tipo de regulación mercantil, lograron un alto nivel de prosperidad. Pero incluso antes de alcanzar la extensión de federación de ciudades, es posible identificar como cimientos de la Liga, la agrupación de gremios de mercaderes que transaban bienes entre distintas ciudades, principalmente portuarias, y en donde la ciudad de Flandes posee un papel preponderante. Por otro lado, existió otro eje comercial centrado en la ciudad de Venecia, la que mantuvo el monopolio del comercio en el mediterráneo occidental y oriental¹⁰. Sin perjuicio de tratarse de polos de desarrollo distintos, entre ellos existió comunicación de manera permanente.

El primer vestigio de desarrollo de una empresa de carácter internacional se encuentra en la *British East Indian Company* alrededor del año 1600. En adelante, el intercambio comercial fue creciendo en medida que los productos ofrecidos se fueron diversificando y la interacción entre comerciantes se hacía cada vez más habitual, lo que provocó a su vez el efecto de un aumento en la demanda de estos productos y por consiguiente, la necesidad de perfeccionamiento de la técnica comercial en la transacción internacional de bienes. Este contexto favorece la aparición de grandes comerciantes, los que fueron marcando pauta en el desarrollo de reglas reguladoras del comercio a gran escala. Es así como, por ejemplo, el negocio de la seda deja de ser exclusivamente fronterizo y de subsistencia, pasando a complejizarse a través de tratos mercantiles acordes a la transacción de este producto a gran escala¹¹.

Para el desarrollo y éxito de la actividad comercial internacional, la seguridad jurídica de los mercaderes y el desarrollo de técnicas regulatorias e infraestructuras de apoyo al

¹⁰ PUGA, Juan Esteban. (2005). *El acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 38.

¹¹ MEDRANO FERNÁNDEZ, Violeta. (2007). *El comercio terrestre castellano-portugués a finales de la Edad Media: Infraestructuras de apoyo a la actividad de mercaderes*. Revista de Historia. Universidad de Valladolid, vol. 8, p. 350.

comercio cumplieron un papel fundamental y es en este sentido que “el derecho mercantil [surge] como una garantía histórica, en tanto fue concebido como un derecho especial para sujetos especiales”^{12 13}. En esta calidad de derecho *especial*, surgen reglas para la regulación de transacciones internacionales que constituyeron modelos de regulación y que terminaron por expandirse al rededor del mundo, regulando los diversos aspectos que comprende la exportación e importación de mercancías.

En sentido de lo anterior y, a manera de contextualizar, las ciudades más relevantes de la Baja Edad Media se hacen poderosas por el desarrollo mismo del comercio y como consecuencia de este desarrollo, se sujeta esta actividad a un estatuto y jurisdicción especial¹⁴.

2. LOS USOS O COSTUMBRES MERCANTILES Y LA *LEX MERCATORIA*

Una vez establecido el surgimiento de estatutos especializados, debe identificarse el carácter público o privado con que nacen estas regulaciones especiales, ya sea, como estatuto que emana de la entidad estatal para la regulación de una actividad que le reporta beneficios tanto al erario público como a los particulares y que se desarrolla dentro de su territorio, o como estatuto que surge a partir de la actividad y técnica de los comerciantes, quienes van creando reglas prácticas para la regulación expedita de su actividad.

En el primer caso señalado, se está ante una especie de regulación *desde arriba*, en medida que es la autoridad quien demarca las pautas del desarrollo de la actividad. En el segundo caso, existiría un tipo de regulación *desde abajo*, lo que supone que son los mismos actores de la actividad comercial quienes proponen y pactan la creación, modificación o eliminación de reglas a partir de la práctica diaria del comercio internacional, ajustándose más rápidamente a las necesidades regulatorias que van surgiendo en dicha práctica.

¹² MEDRANO FERNÁNDEZ, Violeta. (2007). *El comercio terrestre castellano-portugués a finales de la Edad Media: Infraestructuras de apoyo a la actividad de mercaderes*. Revista de Historia. Universidad de Valladolid, vol. 8, p.356.

¹³ VÁSQUEZ, María Fernanda. (2015). *Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial*. Santiago: Ed. Legal Publishing, p. 15.

¹⁴ PUGA, Juan Esteban. (2005). *El acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p.48.

En este sentido el desarrollo incipiente del comercio sienta las bases para la generación de la *lex mercatoria*, la que se manifiesta como una reglamentación creada por la clase mercantil y cuya obligatoriedad se establece a partir de una sumisión voluntaria de los comerciantes a las reglas que de ella emanen. Así, estas reglas surgen porque se han hecho necesarias en la práctica para la solución de conflictos que puedan surgir en el desarrollo de la práctica comercial, no pasando por un proceso legislativo en el cual sean previamente dictadas y promulgadas.

De esta manera, la *lex mercatoria* se impone como un derecho que nace a manos de los comerciantes y no desde la autoridad *para* los comerciantes. Al respecto, se ha señalado que “los comerciantes arreglaban sus asuntos entre sí, conforme a los mismos *usos*, lo que respondía a una de las vocaciones del derecho comercial: la de satisfacer las exigencias del comercio”, por lo que desde los inicios el desarrollo del derecho comercial ha sido impulsado por estas convenciones entre los mismos operadores del comercio que derivarán en instrumentos regulatorios de la actividad (énfasis agregado)¹⁵.

Dicho lo anterior, se puede destacar que el derecho comercial posee tres aspectos que lo definen como tal, a saber i) la regulación interna de la actividad de los gremios, sea cual sea la forma de agrupación de los comerciantes, relativa a cantidades, pesajes, calidades, restricciones a la producción o cuotas; ii) una jurisdicción mercantil que se impone sobre las regulaciones locales, generando un efecto transnacional de la aplicación de dichas reglas; y, iii) un conjunto de normas mercantiles cuyas fuentes son los usos o costumbres mercantiles¹⁶.

Acerca de los usos mercantiles, se puede señalar que estos proporcionan la celeridad y certidumbre que la técnica legislativa por lo general no está llana a otorgar por las formalidades que envuelven la promulgación de una nueva norma, falencia que se agrava si se tiene en cuenta que el comercio internacional se rige justamente por la rapidez y la seguridad jurídica. Al suplir esta falencia, los usos van tomando cada vez mayor relevancia en el tiempo.

¹⁵ BAEZA OVALLE, Gonzalo. (2003). *Derecho Comercial. Tomo I*. Santiago: Ed. LexisNexis, p. 245.

¹⁶ PUGA, Juan Esteban. (2005). *El acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p.59.

Los usos mercantiles caben dentro de la categoría de “costumbres técnicas”, entendidas estas como “nociones de carácter técnico o profesional del comercio que se refieren a diversos aspectos de este tráfico” y que, por tanto, regulan un área del derecho que no quedaba cubierta por el derecho canónico y civil que normaba la actividad jurisdiccional en la Edad Media¹⁷. En este sentido, a la época en que comienza a configurarse la *lex mercatoria*, la costumbre operaba incluso fuertemente contra ley, llamando al cumplimiento de las obligaciones según las reglas contractuales *non obstante aliquo iure canonico vel civil*^{18 19}.

Sin perjuicio de lo anterior, y a partir del fenómeno de la estandarización del derecho y codificación, la doctrina ha desarrollado el concepto de una *nueva lex mercatoria*. Esta, se compone no sólo por los estatutos regulatorios generados por los comerciantes, sino que también por la normativa comercial que han dictado sucesivamente los países, mayormente a partir de la codificación del derecho comercial.

Así, la nueva *lex mercatoria* ha propiciado una convergencia entre los estatutos públicos y los privados mercantiles y en este sentido, el aporte de la *lex mercatoria* es que “configura para el Estado una directriz habilitante, al intentar procurar la unificación del derecho sin soportar los costes de la negociación que supone un proceso de este tipo”, de manera que los usos mercantiles van dando un marco regulatorio sólido y rápidamente ajustable a la actividad mercantil de la mano de la normativización de estas reglas²⁰.

3. FENÓMENO DE LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

Los usos mercantiles son una manifestación de la *lex mercatoria*, y esta a su vez, puede entenderse como el “conjunto de normas derivadas como consecuencia de los usos de comercio internacional elevados a rango de sistemas, o bien a un orden jurídico distinto al

¹⁷ OLAVARRÍA, Julio. (1970). *Manual de Derecho Comercial*. Barcelona: Ed. Claraso, p.58.

¹⁸ Traducción libre del aforismo jurídico *non obstante aliquo iure canonico vel civil*: “a pesar de alguna ley canónica o civil”.

¹⁹ PUGA, Juan Esteban. (2005). *El acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 65.

²⁰ VÁSQUEZ, María Fernanda. (2015). *Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial*. Santiago: Ed. Legal Publishing, p. 23.

derecho nacional” y por lo mismo, la *lex mercatoria* no apunta a regulaciones nacionales internas sino más bien a una regulación y aplicación universal de reglas y principios²¹.

En sentido de lo anterior, la *lex mercatoria* es ambiciosa por cuanto busca regular relaciones que se generan y desarrollan más allá de la frontera de un país, de manera que “significa un rompimiento de los esquemas clásicos del derecho internacional privado pues a diferencia de este -que pretende encontrar la *ley nacional* aplicable-, regula directamente los contratos internacionales extrayendo las reglas aplicables de la propia práctica de los comerciantes, de fallos y laudos arbitrales y de instrumentos internacionales que recojan reglas de aceptación universal” y que por tanto, al evolucionar, escapa de la positivización (énfasis agregado)²². En consecuencia, sus fuentes son consuetudinarias en medida que en ellas se evidencie el reconocimiento de un uso o costumbre.

La *lex mercatoria* se configura históricamente por la propagación de usos o prácticas desarrolladas entre comerciantes, llevando a que estas traspasaran fronteras y se manifestaran de manera independiente frente a los derechos estatales, los que sólo pasarían a regular los contratos mercantiles de manera supletoria a los usos y prácticas uniformes observadas por los comerciantes. En este sentido, surgieron fenómenos como “la revolución industrial, por un lado y la liberalización política, por otro, [los que] provocaron la desaparición de tribunales especiales y propugnaron la objetivación del derecho mercantil”²³.

Como consecuencia de lo anterior, para la eficacia de la incorporación de prácticas mercantiles uniformes al derecho interno, fue necesaria la estandarización de reglas de derecho mercantil, la que fue llevada a cabo progresivamente por distintos Estados, generando el fenómeno que se conoce como la *nueva lex mercatoria*.

Ahora bien, esta estandarización en el uso de reglas en el derecho mercantil internacional va de la mano con el proceso de uniformización del derecho comercial, el que a su vez se vio influenciado por el fenómeno de la codificación que se observó históricamente

²¹ RODRÍGUEZ, Maximiliano. (2010). *Términos comerciales internacionales –Incoterms- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho colombiano*. Revist@ Mercatoria, Vol. 9, p. 18.

²² OVIEDO ALBÁN Jorge. (2011). *Estudios sobre compraventa internacional de mercaderías. Aplicaciones jurisprudenciales*. Berlín: Ed. Académica Española, pp. 18 y 19.

²³ VÁSQUEZ, María Fernanda. (2015). *Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial*. Santiago: Ed. Legal Publishing, p. 15.

inicialmente respecto del derecho civil y por motivo del aumento de las relaciones internacionales comerciales, lo que trajo consigo un aumento del tráfico mercantil y la tendencia a la concentración de las todas las figuras mercantiles en un único instrumento jurídico: el Código de Comercio²⁴. Asimismo, y en este punto, la legislación comercial internacional se entendió como el número de tratados internacionales que crean derecho uniforme del comercio internacional y cuyas reglas van incorporándose a las legislaciones internas o nacionales²⁵.

El fenómeno de codificación del siglo XIX estuvo fuertemente influenciado por la discusión acerca de la unificación o no del derecho privado, en cuanto a si era necesario mantener una separación entre derecho civil y mercantil o si acaso era recomendable optar por una codificación unitaria²⁶.

En este punto, el Código de Comercio francés de 1807 marca un hito por cuanto por sus características, el derecho comercial no se regula meramente como derecho privado de manera genérica, sino que como derecho especial y de esta manera se sistematiza y regula la actividad de los comerciantes. Este código influyó significativamente en la creación de gran cantidad de códigos de comercio dictados con posterioridad, incluido el Código de Comercio chileno de 1865.

Por otra parte, la adaptación de las reglas a la normativa internacional de carácter unificado que eleva la trascendencia de la unidad interna del derecho privado, también influye en las distintas legislaciones produciendo un efecto cascada, de manera que por ejemplo, en Suiza el derecho comercial y civil se unifican, en Italia el Código Italiano de 1942 reconoce la unificación e incluso en Alemania hablamos de unificación como un componente cultural pero no aplicado a lo jurídico, ya que siguieron existiendo dos códigos: uno de derecho civil y otro de derecho mercantil. Aun así, existieron sectores resistentes a la unificación alegando cuestiones distintas al pragmatismo de la actividad comercial, como por ejemplo la pérdida de

²⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. (2004) *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 37.

²⁵ VÁSQUEZ, María Fernanda. (2015). *Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial*. Santiago: Ed. Legal Publishing, p. 20.

²⁶ CARVAJAL ARENAS, Lorena. (2006). *La manifestación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, p. 40.

identidad cultural, eliminación de la competencia entre comerciantes de distintos países y los elevados costos que suponía la codificación.

Si bien los cimientos de regulación de la actividad como ya se ha dicho, estaban dados por la misma costumbre mercantil, la codificación especializada del derecho comercial se hace cargo de una determinación no menor, por cuanto define las características que determinan al comerciante como sujeto que ejerce actos de comercio. En ese sentido, son comerciantes aquellos que efectúan actos de comercio de manera habitual y con ánimos de permanencia en la actividad, haciendo de ello su profesión y habiendo tras este ejercicio un ánimo de lucro requiriendo de ciertos conocimientos específicos y por cuanto se configura como la actividad de subsistencia^{27 28}.

Sin perjuicio de los distintos resultados del fenómeno de la codificación según la normativa adoptada por distintos países, la discusión influyó en gran manera para que a principios del siglo XX el derecho comercial comenzara a estandarizarse reuniendo reglas en cuerpos reglamentarios universales de carácter no obligatorio, por cuanto la codificación evidenció una limitación práctica en el desarrollo del comercio en medida que está limitada a las fronteras del país en la que se dicta el código. Con la masificación de este fenómeno, la codificación comenzó a prescindir del funcionamiento del mercado para el establecimiento de reglas y, en consecuencia, disminuyó la importancia de los usos comerciales²⁹.

Posteriormente, el desarrollo del comercio provoca el crecimiento económico de distintos países en vías de desarrollo y caracterizados por ser mercados pequeños, los que fueron optando por “modelos de crecimiento que se centran en la firma de acuerdos, tratados y convenios, con el propósito de aumentar la inversión extranjera directa”³⁰. Esta nueva forma de generar relaciones comerciales deriva en la inutilización del derecho comercial codificado y con ello se gesta el fenómeno de la descodificación. Este fenómeno supuso la prescindencia de las reglas comerciales codificadas y por lo mismo, generó un ambiente propicio para el desarrollo de la estandarización de los usos derivados de las costumbres mercantiles.

²⁷ PUGA, Juan Esteban. (2005). *El acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 118.

²⁸ *Ibíd.*, p. 131.

²⁹ VÁSQUEZ, María Fernanda. (2015). *Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial*. Santiago: Ed. Legal Publishing, p. 15.

³⁰ CÁNDANO PÉREZ, Mabel. (2018). *La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal*. Revista Prolegómenos derechos y valores, Vol. 21 N°41, p. 152.

Es así como surge la necesidad de una regulación no limitada al aspecto fronterizo, volviendo así a las raíces consuetudinarias del derecho mercantil para al establecimiento de reglas que abarquen la regulación de *toda* actividad comercial, incluyendo con ello las transacciones internacionales.

Es de esta manera que se establecen, por ejemplo, reglas de aplicación universal respecto a las condiciones generales de venta manifestado fuertemente en la especificación de las obligaciones de las partes de una compraventa internacional en la Convención de Viena ("Convención"). Por otra parte, se evidenció una masificación de contratos tipo dependiendo de la clase de producto objeto de la compraventa. Así es en este mismo contexto de estandarización en que surgen las reglas Incoterms.

Sin embargo, el proceso de uniformización del derecho comercial no estuvo exento de complicaciones, por cuanto el debate acerca de su conveniencia giró en torno a dos tendencias. A saber: la tendencia reformista y, por otra parte, la tendencia conservadora. La primera se caracterizó por propender a la uniformización de las prácticas comerciales globales en orden a alcanzar un nivel de apertura que permitiera la participación a distintos actores en las transacciones internacionales de manera favorable. La segunda, utilizó argumentos como la dificultad en la armonización para negarse a la uniformización. Esta segunda tendencia fue por regla general apoyada por algunos países con gran grado de desarrollo económico a la época, y que, por tanto, velaban por la mantención de las ventajas prácticas de su posición económica³¹.

Cabe hacer la apreciación de que hablar de unificación del derecho comercial no es sinónimo de armonización del derecho. En este sentido, la unificación supone la generación de textos comunes, de aplicación universal y estandarizada de reglas de derecho mercantil - separadas del derecho civil- lo cual supone un resultado normativo, aunque sea a distintos niveles de integración, mientras que la armonización no implica necesariamente la adopción íntegra de una normativa en concreto. Así, la armonización no posee fuerza vinculante a efectos jurídicos, sino más bien supone la depuración de un sistema determinado y en cuanto a su no obligatoriedad, la doctrina enmarca este fenómeno dentro de la denominación de *soft*

³¹ PALIS-POPA, Lucia. (2012). *Development of the International trade in terms of the Incoterms 2010 rules*. Annals of Dunarea de Jos, University of Galati, Vol. XVIII N°1, p.100.

law. En este sentido, las reglas Incoterms son una manifestación de dicho fenómeno por cuanto son instrumentos cuasi legales que por sí mismos no son vinculantes jurídicamente por carecer de rango normativo.

4. REGULACIONES INTERNACIONALES COMO CONSECUENCIA DE LA UNIFORMIZACIÓN

Habiendo establecido el cómo se construye y contextualiza el derecho comercial uniformado, diremos que este se ejemplifica en la promulgación de convenciones internacionales y creación de órganos internacionales. Dentro de este contexto, se crea la Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC por sus siglas en inglés) fundada el año 1919 por la Conferencia de Atlantic City, con sede en París y compuesta por empresarios, financistas y comerciantes de todo el mundo, con objetivos como impulsar la globalización de la economía, promover el crecimiento y la prosperidad, difundir y defender la experiencia empresarial y, el objetivo que nos es atingente: fijar reglas y estándares³².

Al mismo tiempo, en Estados Unidos se crean las Definiciones Revisadas de Comercio Exterior de América (RAFTD'S) las que se componían de seis términos que no poseían fuerza legal y/o vinculante y, por tanto, para obligar a las partes debían incorporarse en los contratos, y que especifican las obligaciones del vendedor y comprador. Los RAFTD's fueron utilizados especialmente en Estados Unidos, Canadá y México. Estos términos fueron derogados el año 1985 dando paso a la utilización de los Incoterms por cuanto estos últimos se ajustaron acorde a la especialización del transporte, imponiéndose así una especie de código universal.

Encontramos también el convenio UNIDROIT que opera como catálogo de reglas generales para los contratos mercantiles internacionales, las que regirán en medida que las partes del contrato hayan sometido su regulación a estos principios expresamente o hayan acordado que el contrato se rija por principios generales de derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes³³. Al respecto, se ha señalado que “los principios UNIDROIT son un

³² ICC. *Qué es la Cámara de Comercio Internacional*. Disponible en <<http://www.icc-chile.cl/index.php/que-es-la-camara-de-comercio-internacional-icc/>>, visitado el 18 de enero de 2019.

³³ CÁNDANO PÉREZ, Mabel. (2018). *La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal*. Revista Prolegómenos derechos y valores, Vol. 21 N°41, p. 154.

intento por recoger en principios el derecho comercial autónomo que los sujetos que operan a nivel internacional se han ido dando en el ámbito de los contratos, o sea, la denominada *lex mercatoria*³⁴. El objetivo tras la creación de estas reglas es el de “estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial, entre Estados y grupos de Estados”³⁵.

Bajo este contexto nace también la Comisión de las Naciones Unidas para la Economía de Europa (UNECE) y ya para la década de 1980 surge la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías.

De estos órganos de carácter internacional surgen regulaciones que prescinden de la aplicación de la ley para hacerse cargo de necesidades inmediatas de los comerciantes y para propender al desarrollo mismo de la actividad, dando pie a que los usos comerciales se vayan estandarizando y uniformando al alero de estas organizaciones internacionales que los publican como reglas y difunden para su uso masivo.

Sin perjuicio de la masificación de estas regulaciones, surgen algunas que resultan icónicas atendiendo a su contenido y al objeto de esta investigación, como lo son las reglas UNCITRAL y la Convención de Viena -los que serán referidos brevemente- y los Incoterms.

4.1. Las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Dentro de las reglas y convenciones de carácter internacional que regulan el desarrollo del comercio, existen algunas icónicas como lo es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) cuya función es la de modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.

³⁴ CARVAJAL ARENAS, Lorena. (2006). *La manifestación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, pp. 38 y 39.

³⁵ UNESCO. El Convenio de Unidroit de 1995. Disponible en <<http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/>>, visitado el 18 de enero de 2019.

Establecida el 17 de diciembre de 1966 por la Resolución N°2205 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la CNUDMI (“Comisión”) se constituye como respuesta a la escasa ratificación del Convenio de la Haya de 1964 sobre la formación del contrato de compraventa internacional, la que no pudo alzarse realmente como una normativa unificadora del derecho mercantil internacional.

La Comisión tiene como objeto la facilitación del desarrollo del comercio y provocar un aumento en la inversión internacional. Para ello, se compone de países con distintas tradiciones jurídicas y de desarrollos económicos diversos, lo que produce una multiplicidad de criterios a tener en cuenta al momento de la redacción de reglas mercantiles.

Dentro de los temas que estudia, encontramos “la resolución de controversias, las prácticas contractuales internacionales, el transporte, el régimen de insolvencia, el comercio electrónico, los pagos internacionales, las operaciones garantizadas, la contratación pública y la compraventa de mercancías”, siendo tal su relevancia a efectos del comercio, que se conoce como el “órgano jurídico central del sistema de Naciones Unidas del derecho mercantil internacional”³⁶.

4.2. La Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena)

La Convención se alza como un instrumento relevante respecto a la regulación del comercio internacional en medida que ha sido acogida por 70 países con características económicas, políticas y geográficas diversas entre los que encontramos Ecuador, Perú, Argentina, Colombia, Uruguay, México, Estados Unidos, Canadá, España, Francia, Italia, Bélgica, Alemania, Uzbekistán, Mongolia, Iraq, etc. En Chile, la Convención tiene vigencia desde el año 1991³⁷.

³⁶ CNUDMI. (2013). *Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Viena: Naciones Unidas, p.1.

³⁷ CNUDMI. Situación actual Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> visitado el 21 de enero de 2019.

Su aplicación incluye a todos aquellos contratos de compraventa de carácter internacional, es decir, aquellos que tengan un elemento *extranjero*. En este sentido, una compraventa será internacional cuando “las partes contratantes tienen establecimientos en distintos estados o cuando las partes tienen sus establecimientos en un mismo estado, pero el lugar de conclusión del contrato, el lugar en que están situadas las mercancías o el lugar al que deben ser transportadas para su entrega, se encuentran en un estado distinto”, de manera que el criterio para su utilización es de carácter objetivo³⁸.

El contenido regulatorio de la Convención dice razón con la configuración de las obligaciones de las partes contratantes en una compraventa internacional, de manera que el énfasis se encuentra en la regulación de la conformidad material y jurídica de la compraventa de manera que, por una parte, la mercancía objeto de la compraventa corresponda en cantidad, calidad y tipo y además resulte útil para el uso ordinario o especial que se expresa o tácitamente se haga saber, y por otra, que dichos bienes se encuentren excluidos de pretensiones de terceros, según se desprende de los artículos 31 a 34 de la Convención.

El antecedente de la creación de esta Convención está íntimamente ligado a la constitución de la CNUDMI por cuanto una de las tareas prioritarias autoimpuestas por la Comisión fue la de “unificar el derecho sobre venta internacional sobre la base de eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos jurídicos en los que tropezaba la corriente del comercio internacional”³⁹. Fue así que la Comisión propuso el Proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, celebrando una conferencia internacional en abril de 1980 de la cual se obtuvo como resultado la creación de la Convención, generándose así la unificación de las normas sobre formación del contrato de compraventa internacional y de las relativas a la compraventa, lo que contribuyó a la armonización y unificación del derecho mercantil internacional⁴⁰.

En este punto es posible identificar cómo la Convención cumple un rol *unificador* del derecho mercantil por cuanto regula las obligaciones de las partes de una compraventa en un texto común.

³⁸ Esperanza Castellanos. (2014). *La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, pp. 81 y 82.

³⁹ *Ibíd*, p.85.

⁴⁰ *Ibíd*, p.86.

Por otra parte, la Convención también aporta al fenómeno de la *armonización* del derecho mercantil por cuanto la utilización de la Convención como instrumento regulador del contrato deriva en residual en medida que las partes contratantes pueden pactar expresamente no seguirla, según lo dispuesto en el artículo 6 de la misma, suponiendo un reconocimiento del instrumento regulatorio a la prevalencia de la autonomía privada al señalar que:

“Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

Sin perjuicio de la amplia cobertura obligacional que otorga la Convención, existen ciertas materias que no son reguladas por esta como “la determinación de las medidas que resulten razonables para mitigar el daño [lo que] es una cuestión de hecho que dependerá tanto de los usos como de las prácticas establecidas entre las partes” y por lo tanto, será necesario complementar la interpretación de la Convención en armonía con las reglas consuetudinarias del derecho mercantil y las reglas propias del Estado en el que se dirima un asunto litigioso⁴¹.

4.3. Los Incoterms

Respecto a la determinación de *qué son los International Commercial Terms*, se puede tener por establecido que éstas comprenden “aquellas cláusulas utilizadas en la compraventa internacional de mercaderías, destinadas a establecer con la mayor claridad y precisión posible, las obligaciones del comprador y vendedor y la oportunidad en que se transmiten los riesgos ante un eventual siniestro que pudiere afectar la mercadería objeto de la transacción”⁴². Además, estas reglas determinan quién ostenta los costos, qué parte -comprador o vendedor- es responsable de la obtención de los documentos necesarios para el transporte y la entrada y salida de la mercancía a distintos países, la contratación del seguro, como también

⁴¹ OVIEDO ALBÁN, Jorge. (2014). *La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Vol. 26, pp.16 y 17.

⁴² GALLEGOS, Jaime. (2011). *Incoterms. Una valiosa herramienta del Comercio Internacional. Reseña a las principales modificaciones introducidas en su versión 2010*. Anuario de Derecho Comercial y Marítimo, Vol. 2, p. 144.

de otras obligaciones accesorias a la exportación o importación de bienes como por ejemplo las formalidades aduaneras y certificación de los bienes.

En medida que los Incoterms son ampliamente utilizados en el ámbito del comercio internacional, puede establecerse que son reglas que nacen de la actividad privada pero que gozan de una aplicación universal y que por dicho carácter se han estandarizado de manera tal que deben modificarse acorde a las necesidades que el desarrollo del comercio vaya presentando⁴³.

Los Incoterms, también como ejemplo de la uniformización del derecho comercial internacional, se diferencian de la Convención de Viena por cuanto son reglas que se incluyen como cláusulas en el contrato de compraventa internacional de mercaderías y aportan a la determinación del cumplimiento de las obligaciones de las partes en medida que interpretan los términos o condiciones para el transporte de la mercancía.

En cuanto a la discusión doctrinaria acerca de la conveniencia de la uniformización del derecho comercial, los Incoterms constituyen un claro ejemplo de concreción de este fenómeno por cuanto esta herramienta interpretativa de uso universal armoniza de mejor manera las intenciones y pretensiones de las partes y facilita la contratación, siendo así que por ejemplo en Estados Unidos, prevaleció la utilización de las reglas Incoterms por sobre las reglas RAFTD's, dictadas por dicho país ya que por ejemplo, las reglas RAFTD's incluyen cinco distintas variables del término FOB, todas distintas al FOB considerado en los Incoterms. Es así que "por su precisión, flexibilidad, uso y aceptación cada vez mayores, son los que prevalecen en el comercio internacional"⁴⁴.

Los Incoterms se alzan como una herramienta eficiente por cuanto poseen ventajas prácticas en su aplicación que deriva en la eliminación de dificultades ya sea idiomáticas, de distancia, culturales y/o derivadas del ejercicio de prácticas comerciales específicas. Lo anterior, ya que para que un Incoterm rija un contrato de compraventa de mercancías basta

⁴³ COETZEE, Juana. (2013). *The interplay between Incoterms and the CISG*. Journal of Law & Commerce, Vol. 32 N°1, p. 4.

⁴⁴ SOSA, Rafael. (2012). *Incorporación de las Reglas Incoterms al derecho comercial mexicano*. Uso y utilidad de los Incoterms 2010 en el comercio, aduanas y contratos de compraventa internacional, p. 270.

con que se determine cuál se utilizará incorporando la sigla correspondiente, el año de la versión utilizada y el lugar de entrega de la mercancía, aportando facilidad en su utilización.

Al regular los términos de transporte en el contrato de compraventa, se excluye del ámbito de injerencia de los Incoterms la regulación acerca de la transferencia de dominio, la exoneración de las obligaciones en caso fortuito o las demás consecuencias del contrato no relativas a los riesgos y costos del transporte⁴⁵.

Sin perjuicio que los Incoterms son reglas que cumplen una función -como se ha dicho- distinta a las contenidas en la Convención de Viena, muchas veces es posible evidenciar que los Incoterms como herramienta reglamentaria alcanzan un nivel de complementariedad con la Convención, lo que hace variar la aplicación de ciertas disposiciones de esta última por entenderse que son materia interpretativa de las condiciones de transporte. Por ejemplo, a propósito del *riesgo*, la Convención de Viena señala que “el vendedor responde de toda falta de conformidad existente al momento de la transmisión del riesgo al comprador, momento que como puede deducirse de los artículos 66 a 70, *en general coincide con el de la entrega de mercaderías* (énfasis agregado)”.

En la práctica, si el contrato está regulado por un Incoterm, serán estas reglas las que resuelvan el problema de la determinación del momento de la transmisión del riesgo. Así, la determinación del momento de la transmisión del riesgo en la Convención de Viena puede coincidir o no con el Incoterm incorporado en el contrato. Por ejemplo, en el caso de FCA, el riesgo se transmite al momento de la entrega de la mercancía al primer transportista. Por otro lado, en el caso de DAP, el vendedor o exportador corre con el riesgo hasta que la mercadería llegue a punto de destino sin ser descargada, o en el caso de DAT, al momento de ser descargada en el puerto de destino, por lo que en estos casos el riesgo no se transmite en los términos de la Convención de Viena y, según como se ha dicho, prevalecen respecto a la Convención.

En sentido de lo anterior, la aplicabilidad del Incoterm dice razón con evitar el cotejo interpretativo de este con la normativa internacional estandarizada en la Convención para dar

⁴⁵ RAMBERG, Jan. (2011). ICC Guide to Incoterms 2010. Paris: International Chamber of Commerce, p.21.

paso a la aplicación de las reglas de transporte que las mismas partes hayan convenido a través de la inclusión de un Incoterm al contrato de compraventa^{46 47}.

El artículo 9.2 de la Convención refleja más claramente la relación de complementariedad con las reglas Incoterms por cuanto señala que:

*“Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación **un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento** y que, en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate” (énfasis agregado).*

La remisión tácita a los usos refleja la importancia, en general, de la determinación de obligaciones *según* los usos, lo que en la práctica no es más que realzar la fuerza de la costumbre como fuente del derecho comercial.

Así, se evidencia cómo los Incoterms y la Convención poseen como objetivo la concreción de una reglamentación disponible a las partes de un contrato de compraventa de mercancías de carácter internacional capaz de implementarse universalmente. Sin embargo - y como se ha dicho- para que un contrato sea regido por una regla Incoterm esta debe incluirse en él, ya que son recomendaciones de la CCI y no reglas internacionales que rijan el contrato per sé⁴⁸.

⁴⁶ CARLE, Gregorio Cristóbal. *La transmisión del riesgo en el contrato de compraventa internacional y la Convención de Viena de 11 de abril de 1980: Breves apuntes*. Diario del Exportador. Disponible en <<https://www.diariodelexportador.com/2017/10/la-transmision-del-riesgo-en-el.html>> visitado el 21 de enero de 2019.

⁴⁷ OVIEDO ALVÁN, Jorge. (2014). *La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Vol. 26, p.15.

⁴⁸ En este sentido, el artículo 1 de la Convención de Viena determina de antemano su ámbito de aplicación al señalar que: “1) *La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.* 2) *No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.* 3) *A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.*”

CAPÍTULO SEGUNDO: GÉNESIS, EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DE LOS INCOTERMS

Para la comprensión de qué constituye una regla Incoterm, cómo y cuándo cabe su utilización, cómo se determina su contenido y finalmente, cómo se elige un Incoterm respecto de otro, es necesario entender el fin de estas reglas. Así, -como ya se ha dicho- el fin de los Incoterms es propender a la estandarización de normas de aplicación universal en materia de comercio a través de la uniformización de reglas de carácter internacional, específicamente, en lo relativo al transporte de la mercancía objeto de la transacción.

Para cumplir con este fin último de estandarización universal de reglas, la Cámara de Comercio Internacional efectúa un seguimiento permanente respecto del funcionamiento y utilización de los Incoterms en los distintos países en que se ha extendido su aplicación. Así también, la CCI realiza un análisis continuo acerca de las distintas interpretaciones que surgen de la utilización de estas reglas.

Sin perjuicio del funcionamiento que hoy en día tienen los Incoterms, es necesario analizar someramente el contexto en que estas reglas nacen para entender su fin último y en la práctica, utilizar las reglas correctamente en el desarrollo de las relaciones comerciales.

1. INCOTERMS 1936

Según como se señalado *supra*, a partir de la evolución regulatoria del derecho comercial, se crean los *International Commercial Terms*. Pero incluso antes que estas reglas se dictaran con el fin de hacerse universalmente aplicables, existieron regulaciones que sirvieron de antesala a dicha dictación dentro de las cuales se puede destacar la creación de la Convención de Viena, la CNUDMI y particularmente las reglas RAFTD's.

El primer registro que existe acerca de términos comerciales de utilización internacional lo encontramos en las cortes británicas a principios del siglo XIX, época en la que era común la utilización del término FOB. A partir del registro de estos usos, se evidencia cómo los comerciantes fueron dando pauta a los derechos y obligaciones que correspondían a cada uno de ellos a propósito de la entrega de la mercancía objeto de la compraventa internacional.

Para el año 1890, existen registros de la utilización de un nuevo término: CIF, por lo que la práctica comercial da cuenta que los términos utilizados fueron evolucionando y creándose nuevos para hacerle frente a las necesidades de la práctica mercantil.

Como ya se ha dicho, el año 1919 se funda en París la Cámara de Comercio Internacional a partir de la reunión de un grupo de empresarios, industriales, financistas y comerciantes que buscan la creación de una organización de carácter universal que representara sus intereses en todo el mundo. En un contexto postguerra, se hizo evidente la necesidad de reorganizar el comercio mundial a efectos de propender al movimiento de las economías, sin perjuicio que el propósito de la creación de CCI no fue sólo el restablecimiento de las relaciones comerciales en la postguerra, sino más bien servir a los negocios internacionales a través de la promoción del comercio y las inversiones, la apertura de los mercados de bienes y servicios y el libre movimiento del capital, misión que se sostiene como premisa principal hasta el día de hoy entre sus más de seis millones de miembros alrededor de más cien países⁴⁹.

A inicios del siglo XX, el fenómeno de la globalización fue ofreciendo a los comerciantes la posibilidad de intercambiar mercadería más allá de las distancias acostumbradas, de manera que el comercio vivió un gran impulso y las relaciones comerciales con territorios distantes se hicieron exponencialmente más comunes.

Por otra parte, se encuentra la creación de las reglas RAFTD's, impulsadas por Estados Unidos, las que se alzaron como la primera institucionalización de usos comerciales, pero dictadas con el objeto de ser utilizadas por los importadores y exportadores que operaran en dicho territorio. La aplicación práctica de estas reglas da cuenta de la necesidad de ampliar su rango de aplicación y no limitarlo al territorio de un solo país, dando cuenta de la conveniencia de reglas de carácter universal y uniforme que amplíen el espectro de comerciantes que puedan utilizarlas. En este sentido, la dictación de estas reglas provoca un llamado de atención a la Cámara de Comercio Internacional y de esta manera se instala en la organización la idea de dictar reglas comerciales como las RAFTD's, pero que puedan ser utilizadas internacionalmente.

⁴⁹ International Chamber of Commerce. *Who we are*. Disponible en <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>> visitado el 22 de enero de 2019.

Con el fin de entender y analizar los términos habituales utilizados por los comerciantes para la regulación de sus relaciones jurídicas, la CCI llamó a un primer congreso el año 1920. En dicha instancia se creó el Comité Especial, el cual tenía como objetivo la reunión de especialistas de diferentes países y el desarrollo de investigaciones a fin de ir dando forma a la uniformización de reglas de comercio internacional.

En este contexto, la CCI realizó un estudio a propósito de la aplicación de seis términos comerciales en trece países publicando los resultados en el año 1923. Estos, arrojaron una disparidad de interpretaciones en la aplicación de los términos cuando variaba el uso dado en el país que se analizaba. Este estudio evidencia la intención que tuvo la CCI de entender estas distintas aplicaciones para posteriormente lograr la aplicación y dictación de reglas universales y únicas.

En el año 1928 y según como la misma CCI señala en su sitio web, con el fin de examinar las discrepancias evidenciadas respecto de la interpretación de los Incoterms y, según consta en el estudio publicado el año 1923, se realiza un segundo estudio que expande la muestra a más de treinta países, abarcando por tanto un mayor rango interpretativo del comportamiento de los comerciantes al momento de tomar acuerdos comerciales⁵⁰.

Los resultados de ambas investigaciones y el análisis por parte de un panel de expertos acerca de las distintas interpretaciones de los términos internacionales, fueron determinantes para que en 1936 se dictaran los Incoterms 1936, los que contemplaban las reglas FOB, FAS, CIF, C&F, Ex Ship y Ex Quay, todas relacionadas al transporte a través de vías marítimas, entendiendo que a dicha época el comercio internacional se desarrollaba casi en su totalidad a través del transporte marítimo.

2. EVOLUCIÓN DE LOS INCOTERMS

Sin perjuicio que con la dictación de los Incoterms 1936 se logra la estandarización del uso de estos términos comerciales en el mundo, desde un principio la CCI da cuenta de la

⁵⁰ International Chamber of Commerce. *Incoterms rules history*. Disponible en <<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-history/>> visitado el 22 de enero de 2019.

necesidad de ir precisando y actualizando el contenido de cada uno de los términos a medida que las relaciones comerciales fueran desarrollándose en el tiempo. En este sentido, las variaciones en las prácticas comerciales, los productos comercializados y sus distintos cuidados, y por sobre todo, la evolución en general de los medios de transporte, harán que los comerciantes vayan eligiendo unos términos por sobre otros y, si las reglas que buscan regular la práctica comercial no se ajustan a las necesidades de los mismos operadores del comercio, quedarán en evidente desuso.

Es por lo anterior, que la CCI está en constante observación del funcionamiento de los términos Incoterms en el comercio ya sea a través de investigaciones particulares, observaciones de sus miembros o de la solución de controversias internacionales a través de la Corte Internacional de Arbitraje, lo que ha derivado en distintas revisiones de estas reglas.

En el año 1947, se crea la UNECE con el fin de promocionar la cooperación económica entre los Estados miembros de la ONU y en 1966 se crea la CNUDMI, organizaciones que difunden la aplicación de las reglas Incoterms, por lo que la utilización de estos se vuelve más masiva.

Es a partir de la masificación de la utilización y la adaptación de las reglas a los usos comerciales, que en el año 1953 se publicó una nueva versión de estas reglas, incorporando los Incoterms Ex Works, FOR o FOT, Freight or Carriage paid to (Flete o porte pagado hasta) y DAF (Entrega en frontera). Los cambios en esta versión se producen al incorporar términos utilizables en medios de transporte vía terrestre, ampliando su aplicabilidad antes restringida al ámbito marítimo.

Luego, el año 1967 se incluyó el término DDP y se precisó el término DAF por problemas interpretativos que conllevó la anterior versión. En 1976, tomando en cuenta el creciente tráfico aéreo de la época y su utilización dentro de la cadena de entrega de la mercancía, se crea el término Incoterm FOB Aeropuerto o FOA.

Ya en el 1980 se dicta nuevamente una versión revisada que propende a la utilización del transporte multimodal y la adecuación al creciente tráfico mediante container. Esta versión incluye los términos FCA (Libre transportista), DCP (Flete pagado hasta), CIP (Transporte y seguro pagados hasta) y FRC (Libre transportista, lugar convenido).

El continuo trabajo de la CCI de recopilar los usos e interpretaciones de los Incoterms derivó en la revisión de estos el año 1990. Esta versión contempla la eliminación de los términos FOR, FOT y FOA, por considerar que FCA abarcaba todas las formas de la utilización del Incoterm aunque variara el medio de transporte utilizado, ya sea ferrocarril, tren o aeropuerto respectivamente.

Finalmente, las últimas revisiones son las de los años 2000 y 2010 respectivamente. Estas son versiones que se relacionan con los cambios que trae consigo el comercio en el siglo XXI, entendiendo con ello las comunicación electrónica entre los comerciantes, las múltiples modalidades que puede tomar el medio de transporte utilizado en una misma cadena logística de transporte, las distintas obligaciones administrativas o aduaneras que tenga una operación comercial de esta naturaleza, la complementariedad de las partes -importador y exportador- en la facilitación de estos documentos y también la utilización de los Incoterms dentro del territorio de un país.

3. CONCEPTO Y ALCANCE DE UN INCOTERM

La CCI define los Incoterms como “las reglas de ICC sobre el uso de términos comerciales nacionales e internacionales, [que] facilitan la gestión de los negocios globales”⁵¹. A partir de estas, se “define con claridad las obligaciones respectivas de las partes y reduce el riesgo de complicaciones jurídicas” mediante su incorporación en el contrato de compraventa ya sea, mencionándose en la oferta, en las condiciones de venta, en la confirmación del pedido o bien, estableciéndolos por separado⁵².

Es así que los Incoterms no obligan *per sé* en medida que no nacen de la técnica legislativa nacional, es decir, no son leyes y por tanto su uso no es obligatorio. Sin embargo, su utilización es ampliamente divulgada en toda compraventa internacional de mercancías siendo un *uso* dentro del contexto del intercambio comercial, entendiendo como tal todo comportamiento comercial que tiene que ser observado en los círculos profesionales que pertenecen a un determinado sector económico. En este sentido, las reglas Incoterms se

⁵¹ Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional. (2010). *INCOTERMS 2010, Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*. Barcelona, p. 4.

⁵² *Ibíd.*

deben analizar considerando que “son una redacción sumaria de las costumbres internacionales”, y de esta manera “actúan como reglas supletorias interpretativas”. Así, los Incoterms actúan como reglas interpretativas de los contratos en los que se incluyen y si bien dicha inclusión resulta voluntaria, estas reglas obligan por cuanto constituyen una manifestación de la autonomía privada de las partes y de la nueva *lex mercatoria*.

De esta manera los Incoterms aportan con la facilitación de la conducción del comercio global y en ese sentido no son un contrato, sino más bien un *lenguaje* internacional, ya que “a diferencia de los otros instrumentos de derecho comercial internacional disponibles en materia de compraventa internacional de mercaderías, (...) tienen en cuenta no sólo el contrato de compraventa como tal, sino que tienen en consideración todos y cada uno de los pasos necesarios y las medidas que deben adelantar las partes para terminar con éxito una operación de exportación e importación de mercaderías”, logrando la reducción o incluso, evitando incertidumbre en las relaciones comerciales en medida que se determinan las respectivas obligaciones y, por tanto, se reducen los riesgos de complicaciones entre los contratantes⁵³.

Los Incoterms nacen al alero de la práctica comercial internacional uniforme en el marco de una creciente globalización económica y auge del comercio internacional. En este sentido, el derecho comercial se alzó como respuesta a estos fenómenos y se materializó en distintas convenciones internacionales promovidas por organismos internacionales, entre ellos, los Incoterms⁵⁴. Sin embargo, cuando se habla de *aplicación universal* no se busca establecer que su utilización sólo se da dentro del contexto del comercio internacional ya que, como se evidenciará en el análisis de las modificaciones introducidas por la versión 2010, las particularidades y ventajas que supone la utilización de los Incoterms dentro de un proceso logístico de entrega de mercadería no sólo ha ahondado en los mercados internacionales, sino también en los nacionales o domésticos.

⁵³ RODRÍGUEZ, Maximiliano. (2010). *Términos comerciales internacionales –Incoterms- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho colombiano*. Revist@ Mercatoria, Vol. 9, p. 45.

⁵⁴ VÁSQUEZ, María Fernanda. (2015). *Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial*. Santiago: Ed. Legal Publishing, p. 16.

4. ASPECTOS QUE REGULAN LOS INCOTERMS

Habiendo definido las reglas Incoterm y entendiendo el contexto en que estas se publicaron, resulta necesario detenerse en precisar que la inclusión de un Incoterm a un contrato de compraventa de mercancías no supone dar por sentada la regulación -de manera acabada- de todos los derechos y obligaciones que a partir de este contrato se generen. En este sentido, todas aquellas condiciones o cláusulas contractuales que no digan relación con los elementos que efectivamente regulan los Incoterms -transmisión del riesgo, documentación, transporte y contratación de seguros, según se verá más adelante-, quedan fuera del alcance regulatorio de estos. Así, en medida que aquellas materias no reguladas por los Incoterms no se incluyan en el contrato de compraventa, estas no formarán parte de él y en este sentido, habrá que recurrir a reglas de interpretación contractual para la determinación de la voluntad de las partes.

Ahora bien, también cabe tener en cuenta que los elementos precisados por los Incoterms estarán determinados por el año de la versión y el Incoterm de que se trate⁵⁵. Así, resulta de vital importancia la estipulación acabada del Incoterm que se incluye en el contrato, por cuanto los Incoterms van en continua evolución y de esta manera, un mismo Incoterm, pero de una versión anterior -o posterior- puede presentar variaciones que no lo hagan idéntico al de la anterior -o posterior- versión.

Así, dentro de los elementos regulados por los Incoterms se encuentran i) la entrega de la mercancía; ii) el momento de la transmisión del riesgo; iii) la distribución de gastos que conlleva; iv) la obtención de la documentación necesaria; y, v) la responsabilidad por la carga.

4.1. La entrega de la mercancía

La determinación de la forma y el lugar en donde se debe entregar la mercancía y cuáles serán los documentos que serán exigibles por cada una de las partes al producirse este hito, estarán determinados por el Incoterm que se utilice en el caso en concreto.

⁵⁵ HUAMÁN, Marco Antonio. (2013). *Comentarios a las innovaciones de los Incoterms 2010*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Vol. 11 N°12, p. 329.

Como referencia y respecto a los contratos que han optado regirse por la Convención de Viena, el artículo 30 de la Convención señala que para que se configure la *entrega*, “el vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”⁵⁶. Al guiarse por el tenor literal de dicha norma, se desprende que la entrega de la mercadería sería una obligación distinta a la *transmisión* -lo que vendría a ser más bien la *transferencia* en términos jurídicos- de la propiedad y aún más, no sería necesariamente el momento de la transmisión del riesgo.

Por otra parte, la CNUDMI, entiende por *entrega* la realización por parte del vendedor de todos los actos necesarios para que el comprador pueda entrar en posesión de la cosa.

Sin perjuicio de lo anterior, a efectos de la determinación del cumplimiento de la obligación por parte del vendedor, se deben entender como conceptos distintos la cadena logística de entrega de la *entrega* misma como momento de la transferencia de dominio. Así, dentro del contexto del uso de un Incoterm, se entiende que la *entrega de la mercancía* comprende la cadena logística total que supone la determinación del medio o medios de transporte que se utilicen para el tránsito de la mercancía desde el lugar de origen o exportación al lugar donde se importa y no el momento de transferencia del dominio o aquel en que se constituye al comprador en posesión de la mercancía.

Aún más, si se ahondara en la determinación de cuál es efectivamente la obligación del vendedor, sería posible evidenciar que incluso en nuestro país la doctrina nacional no ha zanjado cuál es la obligación principal del vendedor en el contrato de compraventa⁵⁷. Por una parte, se ha dicho que el vendedor se obliga a la transferencia del dominio, posición que se justifica a partir de la eficiencia jurídico-social del contrato mismo de compraventa, por cuanto los contratos de compraventa se suscriben justamente con el fin último de transferir el dominio

⁵⁶ En este sentido, “*el principio básico de la autonomía contractual en la compraventa internacional de mercancías está reconocido por la disposición que permite que las partes excluyan la aplicación de la Convención o modifiquen los efectos de cualquiera de sus disposiciones*”, por lo que un contrato no se regirá por la Convención de Viena en medida que haya sido excluida su aplicación y/o las estipulaciones contractuales se aparten de lo dispuesto en ella. NACIONES UNIDAS. (2010). *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, p. 38.

⁵⁷ El artículo 1793 del Código Civil señala que: *la compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio.*

por una parte y adquirirlo por otra. En este sentido, algunos autores aluden a un argumento de texto por cuanto el vendedor “por definición, se obliga a ‘dar’, y la obligación de dar es la que tiene por objeto la transferencia de dominio o la constitución de un derecho real”⁵⁸. Por otra parte, la doctrina contraria aboga que la obligación principal del vendedor es la constitución del comprador en poseedor útil y pacífico de la cosa, justamente porque la obligación de *entregar* no supondría la transferencia del dominio.

Sin perjuicio de las discusiones que pueden suscitar ya sea, a nivel de interpretación de la Convención, la interpretación de las obligaciones de las partes dentro de un contrato de compraventa en los términos del artículo 1793 del Código Civil chileno o interpretación de las obligaciones de las partes en los términos de la CNUDMI, la interpretación de la obligación de entrega de la mercancía por parte del vendedor bajo el contexto de utilización de las reglas Incoterms supone una aplicación más amplia que la efectividad o no de la transferencia del dominio.

Así, bajo la utilización de un Incoterm lo determinante será que la obligación de entrega de la mercancía por parte del vendedor comprende no sólo la entrega de los bienes en cuestión, sino también la entrega de toda la documentación necesaria para el transporte de la mercancía para su exportación e importación y por otra parte, también exige correlativamente la recepción por parte del comprador. Es decir, bajo la utilización de una regla Incoterm debe mirarse la obligación de entrega desde el punto de vista del transporte y no únicamente respecto del estado de la mercancía.

En sentido de lo anterior, si el problema de la entrega involucrara el *estado* en que se encuentra la mercancía, no compete la determinación de responsabilidad a partir de los Incoterms, ni tampoco de la normativa de nuestro Código Civil en los términos del artículo 1793 y siguientes, sino que bajo el contexto de una compraventa internacional de mercaderías habrá de estarse a la regulación a la que se sometieron las partes, ya sea, las normas que regulan el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención de Viena -en sus artículos 45, 46, 51 y 74 a 79, las normas de un lugar en específico y al cual se haga referencia en el contrato, las reglas previamente determinadas que deberá aplicar un juez árbitro o bien, a las reglas generales del lugar en donde se haya generado la obligación, mientras que a efecto de

⁵⁸ UGARTE, osé Joaquín. (1970). *La obligación esencial del vendedor es transferir el dominio*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p.151.

las reglas Incoterms, lo relevante será la existencia o no de la obligación de contratación de un seguro.

A este respecto, la doctrina ha distinguido entre la *entrega en sentido material* y la *entrega en sentido legal*. A partir de esta distinción, la entrega en sentido material sería aquella que “resuelve en la simple transmisión de la posesión material de la cosa” y la entrega en sentido legal comprendería “el conjunto de actos que debe realizar el vendedor para que su obligación principal se entienda cumplida”⁵⁹. En este sentido, podríamos distinguir que a efectos de las reglas Incoterms la *entrega* supone una entrega material por cuanto se pone al porteador en disposición de la cosa sin llegar a la determinación del cumplimiento de la obligación principal.

4.2. El momento de la transmisión del riesgo

El riesgo “indica la posibilidad de un evento futuro dañino”, que a estos efectos se configuraría como la pérdida o deterioro de la mercancía objeto de la compraventa mercantil⁶⁰. Así, la transmisión del riesgo supone la determinación del momento en que el riesgo respecto de la integridad de la mercancía se transfiere del vendedor al comprador, traspasándose la responsabilidad por la pérdida o deterioro de la mercadería. Así, el traspaso de la responsabilidad, entendido como la *transmisión del riesgo* que se produce desde vendedor hacia el comprador, en un momento determinado por la regla Incoterm que hayan incorporado las partes al contrato.

Por lo general, el riesgo se transmite en el lugar convenido para la entrega, pudiendo ser la entrega de la mercancía a un costado del buque, a bordo del buque, en la fábrica del importador o comprador, etc., pero también en momentos distintos, en los que, si bien la mercancía sigue en manos o a cargo del vendedor, el riesgo lo corre el comprador.

La relevancia de este momento está dada en medida que se “responsabiliza de todo siniestro acontecido a la mercancía” al vendedor si es que aún no ha sido transmitido el

⁵⁹ CALVO, Alfonso-Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. (1997). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. En: Contratos Internacionales. España, Ed. Tecnos, pp. 259.

⁶⁰ ABELIUK, René. (1993). *Las Obligaciones. Tomo II*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p.982.

riesgo⁶¹. Es así, que en el caso de pérdida o daño de la mercadería antes de la entrega “la transmisión de riesgos no ha llegado a producirse, por lo que la empresa vendedora debe reponer la mercancía o articular otra solución prevista”. Viceversa, si la entrega se produce antes del siniestro, el comprador “debe abonar el precio acordado, pues el riesgo grava en tal caso a dicha parte”⁶².

En este sentido, la responsabilidad del vendedor por la mercadería, regulada por las reglas Incoterms, termina al momento de la transmisión del riesgo al comprador. Sin perjuicio de ello, al momento de una operación de compraventa mercantil debe tenerse en consideración que “la transmisión del riesgo sólo supone agotada la entrega de las mercaderías sin que se entiendan cumplidas las restantes obligaciones del vendedor”⁶³.

En oposición a las reglas Incoterms, la Convención de Viena presenta una solución distinta respecto de la determinación de la transmisión del riesgo, ya que esta normativa señala que “[e]l paso del riesgo se producirá, a tenor de lo previsto en el artículo 69.1 (...), cuando el comprador *retire las mercaderías* o, si no se hace cargo de ellas a tiempo, *desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición*” (énfasis agregado)⁶⁴. En este sentido, las soluciones a las que arriben los Incoterms y la Convención pueden ser distintas, lo que podría generar conflicto en caso de que apliquen ambas reglamentaciones.

Según observa Coetzee, la doctrina no es conteste acerca de este punto ya que, para algunos autores, primarían las disposiciones de la Convención por entender que la incorporación de Incoterms al contrato de compraventa internacional supondría meramente un complemento de las disposiciones de la Convención de Viena, lo que no excluye la aplicación de la regla contenida en la Convención. Lo anterior, bajo la imposición de un criterio de utilidad fundado en que la parte que tenga las mercancías bajo su custodia sea también la que debe asumir el riesgo por cuanto está mejor preparado para proteger la mercadería y por tanto, salvarla de un peligro inminente, evitando litigios que le obliguen a responder por la pérdida o

⁶¹ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 66.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ VIDAL, Álvaro. (2006). *El incumplimiento del vendedor y la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, p. 247.

⁶⁴ CALVO, Alfonso-Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. (1997). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. En: Contratos Internacionales. España, Ed. Tecnos, p. 254.

el daño de las mercancías debido a una conducta contraria a sus obligaciones⁶⁵. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera la independencia de los Incoterms y la correspondiente supletoriedad de la normativa de la Convención, de manera que primaría la aplicación de los Incoterms por ser considerados el resultado del ejercicio de la autonomía privada de las partes⁶⁶.

En sentido de lo anterior, los Incoterms se incluyen en el contrato para regular materias específicas de la compraventa internacional de mercancías. Para ciertos autores, el mismo artículo 9 de la Convención permite la remisión del contrato a una reglamentación distinta y en este sentido, por criterio de especialidad -al incorporarse expresamente en el contrato-, para la interpretación de los elementos que regulan los Incoterms deberá estarse a estas reglas y no a la Convención. Así, la determinación de la transmisión del riesgo deberá interpretarse a la luz de las reglas Incoterms.

Ante esta disputa, debe tenerse en cuenta la finalidad regulatoria del derecho mercantil, cual es el establecimiento de reglas para el tránsito expedito de mercaderías. Por lo tanto, desde esta perspectiva, deberá preferirse la aplicación de las reglas incorporadas de manera específica y voluntaria en el contrato, y que no limiten el desarrollo de las operaciones comerciales, sino que, al contrario, resuelvan el problema de la determinación de las obligaciones y permitan llevar a cabo la operación. En este sentido, la lógica del derecho mercantil pareciera inclinarse a la primacía de los Incoterms -para resolver un conflicto interpretativo- por sobre la Convención, por tratarse de reglas que las partes pactan y, por lo tanto, incluyen de manera expresa en el contrato de compraventa.

Por otra parte, si se utilizara la Convención para desestimar el uso de un Incoterm por no encontrarse dentro de sus artículos, se estaría negando a las partes la posibilidad de pactar sus operaciones comerciales con libertad y bajo los términos considerados -para ellos- más eficientes, olvidando con ello que en el derecho comercial rige preponderantemente la costumbre y, en consecuencia, los usos comerciales como formas primordiales de regulación de obligaciones contractuales entre comerciantes.

⁶⁵ ENDERLEIN, Fritz y MASKOW, Dietrich. (1992). *International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Oceana Publications, p. 39.

⁶⁶ COETZEE, Juana. (2013). *The interplay between Incoterms and the CISG*. Journal of Law & Commerce, Vol. 32 N°1, p. 8.

Por lo tanto, si bien los artículos 66 a 69 de la Convención de Viena regulan la transmisión del riesgo, atendiendo a la supletoriedad de las normas de dicha Convención y a la autonomía de la voluntad, es que se puede señalar que la transmisión del riesgo se regula “de manera explícita, y muchas veces implícitamente cuando se conviene un contrato con alguno de los términos comerciales (Incoterms)”⁶⁷. En este sentido, las distintas regulaciones operan de manera complementaria, de manera que la Convención pasa a regular todos aquellos aspectos en que no sea contraria a los Incoterms. De esta manera, se logra un desarrollo más expedito del tráfico mercantil y se hace más segura la operación.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso que una regla Incoterm no pueda utilizarse para regular debidamente una operación mercantil en específico -por ejemplo, si se utiliza un Incoterm que regula el transporte marítimo de la mercancía para el transporte terrestre de esta-, la lógica indica que la solución debiese ir en la línea de remitir a la normativa vigente que resuelva el asunto, la que podrá ser la Convención de Viena u otra que resuelva el asunto en medida que prevalezca la intención de las partes al momento de contratar.

4.3. La distribución de los gastos que conlleve la operación mercantil

Para entender la distribución de los gastos, primero debe tenerse en cuenta que los *gastos* son aquellos desembolsos de dinero necesarios para financiar una acción determinada –en este caso, transportar la mercadería- y no aquellos desembolsos necesarios para la producción de un bien o servicio -los que vendrían siendo propiamente un *costo* desde una perspectiva contable-.

Habiendo dicho lo anterior, las reglas Incoterms sirven también para la determinación de la distribución de gastos en cuanto qué parte del contrato –comprador o vendedor- será responsable de estos en virtud de la cadena logística de transporte de la mercancía. Estos gastos deben ser asumidos por las partes al momento de contratar ya sea este el gasto que deriva de la contratación del flete, de la contratación de un seguro, sobrecostos por

⁶⁷ CADENA, Walter y CUBILLOS, Germán. (2012). *La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de Mercaderías*. Diálogos de Saberes: investigaciones y ciencias sociales, Vol. 37, p. 35.

incumplimiento de alguna de las dos partes contratantes, u otros gastos necesarios para el éxito de la operación.

A partir de la externalización de la función logística de la cadena de transporte, surgen actores externos especializados en el desarrollo de la cadena logística que son subcontratados para el ejercicio de esa función. A este respecto, la doctrina ha señalado que “la externalización supone ventajas por cuanto significa una reducción de los costes fijos y la conversión de estos en variables (...) y permite centrar los esfuerzos de la empresa en su actividad principal”⁶⁸.

El gasto de la contratación de un agente externo lo soportará la parte que corresponda según el Incoterm incorporado al contrato. Así, por ejemplo, en el caso de uno de los términos más utilizados en la práctica comercial, el Incoterm CIF, es el vendedor quien asume la responsabilidad completa de que la mercadería llegue a puerto de destino, por lo que se hace responsable de todos los desembolsos de dinero que ello implique, incluyendo el transporte, descarga de la mercancía y en este caso, de la contratación de un seguro. En el caso del Incoterm FOB -también ampliamente utilizado- la responsabilidad del vendedor termina cuando este ha dispuesto la mercancía a bordo del buque, por lo que el comprador es quien contrata el fletamento y la posterior descarga de la mercancía.

Sin perjuicio de las ventajas de la externalización, el mismo autor reconoce una gran desventaja, cual es la pérdida de autonomía del comprador respecto del operador logístico, lo que puede derivar en falta de poder de negociación o en la dificultad de forjar una relación cliente-proveedor que beneficie a ambas partes.

Ahora bien, estas ventajas y desventajas deben tenerse en cuenta por los contratantes al momento de contraer la obligación mercantil a efectos de incorporar al contrato la regla Incoterm que más se ajuste a sus necesidades, lo que será un acuerdo que deberán resolver las partes del contrato en las etapas preliminares de negociación.

⁶⁸ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 35.

4.4. La obtención de la documentación necesaria

Este punto supone la determinación de responsabilidad acerca de la obtención de la documentación necesaria, esto es, el comprobante de origen de la mercancía, la factura, el *ocean bill*, *air way bill* o el *bill of lading* dependiendo del medio de transporte utilizado. Además, supone la obtención de las certificaciones correspondientes cuando estas sean exigidas por la autoridad y los poderes que autorizan el transporte cuando quien realiza el transporte sea un tercero, tanto para realizar los trámites de exportación como los de importación junto con la documentación que acredite la entrega de la mercadería⁶⁹.

En este caso, quien posee la obligación de gestionar dichos documentos que perfeccionan el proceso de exportación e importación o documentos para la entrega de la mercancía, está predeterminado según el Incoterm que se incluya en el contrato. Así, por ejemplo, si el vendedor se responsabiliza por la llegada de la mercancía hasta el lugar o puerto de destino -como en el caso del Incoterm DDP-, deberá completar el documento único de salida (D.U.S.), gestionar la resolución que otorga la calificación de exportación de servicios y entregar la factura comercial. Sin perjuicio que en la práctica la realización de estas gestiones radica en el agente de aduanas, la responsabilidad de la contratación del agente y verificación del cumplimiento de los trámites de exportación e importación radica en la parte que determine el Incoterm utilizado.

4.5. La responsabilidad por la carga

Como ya se ha dicho, los Incoterms no refieren a la transferencia de la propiedad respecto de la mercancía ni tampoco acerca de las consecuencias que derivarán del incumplimiento de contrato, situación en la que, para determinar la responsabilidad, deberán las partes remitirse primero a la interpretación de lo pactado en el contrato mismo y supletoriamente a la Convención de Viena -cuando esta sea aplicable- o a las regulaciones comerciales y/o civiles que correspondan en su defecto para la determinación de eventuales indemnizaciones.

⁶⁹ La documentación necesaria para la exportación e importación de mercancías se encuentra en la página web del Servicio Nacional de Aduanas disponible en <<http://www.aduana.cl/importaciones-de-productos/aduana/2007-02-28/161116.html>> visitado el 28 de enero de 2019.

En sentido de lo anterior, las reglas Incoterms se limitan a la determinación de cuál de las partes contratantes será la que tiene que cumplir con determinadas gestiones a efectos de tenerse por cumplido el contrato en lo relativo al transporte dependiendo de la regla Incoterm elegida. Es por ello, que a efectos de los Incoterms se habla de responsabilidad *por* la carga aludiendo a su transporte de un lugar a otro y no respecto a la *calidad* de la mercancía, sin perjuicio que dentro de la obligación de transporte entendemos incorporada la preservación de la integridad de ella.

En efecto, hay ciertos aspectos ya regulados por los Incoterms que pueden estar doblemente regulados por, como se ha dicho, la normativa interna de un país -ya sea civil o comercial- y también por la Convención de Viena en el caso de compraventas internacionales. En estos casos, debe prevalecer la interpretación de las obligaciones que obedezca a la regla Incoterm incorporada, pues su sola mención en el contrato supone el consentimiento de las partes de someterse a dicha regulación.

Así también, otros aspectos de la compraventa mercantil como lo son la determinación del precio a pagar, la forma de efectuarse el pago, posibles indemnizaciones por desperfectos respecto de la calidad de la mercancía y todos aquellos aspectos que no digan relación con el transporte de la mercadería, no son regulados por los Incoterms ya que no contemplan parte de la cadena logística de transporte y entrega.

5. OBLIGACIONES QUE GENERA LA INCLUSIÓN DE UN INCOTERM AL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE MERCANCÍAS

Con la determinación del Incoterm incluido en el contrato, se determinan los límites de responsabilidad de cada una de las partes, entendiéndose repartidas las obligaciones y los costos de la cadena logística de entrega. De esta manera, la incorporación de un Incoterm al contrato supone determinar i) la entrega de la mercancía, considerando el traslado desde el lugar o puerto de origen a destino, la preparación o embalaje de la carga y la contratación del transporte; ii) cómo se cumplirá con los trámites aduaneros y qué parte soportará esta carga, a partir de la entrega de documentos que resultan “necesarios para que el comprador disponga

efectivamente de la mercadería⁷⁰, los que en la práctica son los certificados de fletamento, el conocimiento de embarque o *bill of lading*, la factura comercial, la póliza de seguro, el certificado de inspección sanitaria, licencia de exportación, certificado de origen y lista de empaque; iii) el momento en que se transmitirá el riesgo de pérdida o deterioro de la mercancía desde el vendedor hacia el comprador; y iv) la carga de contratar un seguro -en caso que el Incoterm utilizado lo exija- y el mínimo que este debe cubrir, además de las responsabilidades en específico que establezcan las partes en el contrato de compraventa.

Es importante destacar que, en este punto, la interpretación acerca de cada una de las obligaciones relativas al transporte que se generan para las partes, deberá condecirse con la modalidad Incoterm de que se trate, de manera que no existan vacíos legales en cuanto a la determinación tanto de la obligación como de a quién le corresponde cumplirla y, viceversa, qué parte puede exigir dicho cumplimiento. En este sentido, si se contrata bajo la modalidad de un Incoterm que regula el transporte sólo por vías marítimas y/o vías navegables interiores, la parte encargada de la contratación del transporte no podrá ordenar el transporte por la vía terrestre.

En sentido de lo anterior, resulta importante que al momento de incorporar un Incoterm a un contrato de compraventa las partes tengan claridad acerca de a qué se están obligando y respecto de qué aspectos podrán exigir su cumplimiento a la contraparte, por cuánto las obligaciones del contrato en el que se incorpora un Incoterm quedarán determinadas por la inclusión de este uso comercial de manera que las partes podrán efectivamente exigir su cumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, existen casos en donde las partes no están contestes en la determinación de sus obligaciones, ya sea porque una de ellas erró en el entendimiento del Incoterm incorporado en el contrato o bien, porque ambas partes no comprendieron el rango de aplicabilidad del Incoterm al contrato en específico. Así, por ejemplo, resulta muy común la incorporación de Incoterms utilizables sólo para el caso de transporte por vía marítima o vías navegables interiores para contratos en que la mercancía se transportará por vía terrestre. En estos casos, la jurisprudencia chilena no presenta un criterio unificado para fallar de qué manera se verificaría el cumplimiento de la obligación, por cuanto ha llegado a interpretar los

⁷⁰ RODRÍGUEZ, Maximiliano. (2010). *Términos comerciales internacionales –Incoterms- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho colombiano*. Revist@ Mercatoria, Vol. 9, N°2, p. 25.

contratos de compraventa internacional bajo las reglas del Código Civil y no bajo la normativa internacional, sean estos los Incoterms, la Convención u otras reglas. Los problemas jurisprudenciales a la luz de la interpretación y aplicación de la normativa internacional serán tratados en el capítulo cuarto de este trabajo.

Teniendo en cuenta lo señalado, gran parte de los comerciantes ha optado por solucionar estas discrepancias interpretativas sometiéndose a las decisiones de jueces árbitros especializados, lo que aporta mayor certeza jurídica asociada a una mayor expectativa de que el Incoterm incluido en el contrato sea interpretado de manera armónica al tenor del funcionamiento de los usos comerciales y las intenciones de las partes al momento de contratar. En este sentido, las ventajas que supone el arbitraje dicen relación con que “la autonomía de la voluntad constituye un pilar esencial del arbitraje internacional, libertad que se manifiesta en varias potestades conferidas a las partes, como el hecho que éstas siempre pueden prever las normas de forma y fondo (...)”⁷¹. Asimismo, Picand señala que el auge del arbitraje comercial internacional tiene directa relación con otorgar a las partes ciertos beneficios “dentro de los cuales considerarán muy especialmente el conocimiento que tengan los árbitros sobre el derecho de fondo que quieren elegir en su contrato”⁷². Sin embargo, la solución de conflictos ante jueces árbitros engrandece la disparidad de criterios de jueces locales, por cuanto las bases para el establecimiento de responsabilidades dependiendo si resuelve un juez árbitro o un juez local, parten de premisas distintas -por un lado, propiciar el desarrollo expedito y eficiente del comercio y por otro, la aplicación de leyes civiles locales a una operación internacional-. Además, se puede agregar que los laudos arbitrales en general, no son públicos, lo que no aporta a la unificación de criterios de interpretación jurisprudencial.

Sin perjuicio de las obligaciones específicas que asume cada una de las partes determinadas en virtud del Incoterm escogido para regular el contrato de compraventa en específico, se puede clasificar de forma genérica las obligaciones que competen a cada una de las partes y aquellas que competen a ambas partes, comprador y vendedor.

⁷¹ VÁSQUEZ, María Fernanda. (2009). *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*. Santiago: Ed. Legal Publishing, p. 40.

⁷² PICAND, Eduardo. (2017). *Las Cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p.93.

5.1. Obligaciones del vendedor

Por regla general, las obligaciones del vendedor serán las de proveer la documentación necesaria para obtener la licencia de exportación tramitados a su propio costo y riesgo, así como también la de entregar la mercadería en el lugar y la fecha convenida, obligaciones que son del todo lógicas en una operación de compraventa internacional de mercaderías por cuanto se entiende que es el vendedor quien está en mejor posición de obtener dicha documentación y obviamente, de realizar la entrega del producto que vende.

Respecto a otras obligaciones específicas de la parte vendedora, existe la de notificar a la empresa compradora, gestionar los documentos de entrega y la comprobación, embalaje y marcado de la mercancía⁷³.

En este contexto, “lo habitual es que, al menos, la empresa vendedora presente la factura y la lista de bultos (*packing list*), pues ambos documentos son necesarios para poder formalizar el despacho de exportación”⁷⁴.

Sin perjuicio de la obligación de obtener la documentación necesaria para el transporte, debe tenerse siempre en cuenta que los Incoterms se incluyen dentro del contrato de compraventa y no en los contratos de transporte propiamente tales, los que llegan sino a ser consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contractuales preestablecidas por las partes. De tal manera, el incumplimiento de la obligación de contratar el transporte se asocia al contrato de compraventa -por cuánto en él se establece la obligación- y no al contrato de transporte mismo. Así, el contrato de transporte -como entidad jurídica distinta- deberá estar a lo que en el contrato de compraventa se establezca cumpliendo así las responsabilidades y obligaciones que emanan para las partes a partir de la inclusión de una regla Incoterm en dicho contrato.

⁷³ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 64.

⁷⁴ *Ibíd.*

5.2. Obligaciones del comprador

Por su parte, el comprador tendrá por regla general las obligaciones de pagar el precio acordado, recibir la mercadería en lugar y fecha convenida y también proveer de la documentación necesaria para la realización de las gestiones de importación a su costo y riesgo ya que, siguiendo la lógica anterior, es quién está en una posición logísticamente ventajosa para la obtención de dicha documentación. Además, por regla general deberá el importador asumir los costos documentales de tránsito de la mercadería en los diversos países por los cuales esta se transporta.

En contraposición a las obligaciones específicas del vendedor, las del comprador comprenden la notificación de recepción de la mercancía a la empresa vendedora, la prueba de la entrega y la inspección de la mercancía, entendiéndose que esta última supone que la mercancía esté disponible para el comprador y que, por tanto, determina el momento en que el riesgo de la operación de transporte se radica en él⁷⁵.

5.3. Obligaciones de ambas partes

De las obligaciones de la parte compradora y la parte vendedora, se puede señalar que “[s]e sigue mayoritariamente el criterio lógico de que cada parte realice los trámites de su país, por lo que el de exportación es gestionado y abonado por la empresa vendedora (...) y el de importación es obligación de la empresa compradora, incluso el pago de impuestos”⁷⁶.

Las demás obligaciones que deberán determinar las partes serán aquellas relativas a la contratación de un medio de transporte, entendiéndose con ello generalmente que quien cargue con esta obligación también deberá pagar el costo de ella. Sin embargo, la determinación de quién está obligado a la contratación del transporte dependerá de la regla Incoterm que se incluya.

También a partir de los Incoterms se determinan las responsabilidades según los trámites de exportación e importación que deban realizarse, lo que supone la determinación

⁷⁵ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 64.

⁷⁶ *Ibíd.*

de la responsabilidad acerca de la obtención de licencias, autorizaciones, acreditaciones de seguridad y otras formalidades que exija la operación. En este punto, las partes son responsables de ayudarse con los costos de información relacionados a los que tengan acceso de manera más directa, de manera de velar por un tránsito expedito de la mercadería.

Cabe añadir, que comúnmente las partes discuten acerca de la contratación de un seguro de transporte pese a que la modalidad Incoterm escogida no lo contemple, con el fin práctico de disminuir los riesgos que suponga la operación. Así también, es común que sea un *agente de aduana* el encargado de realizar las gestiones documentarias que supone la importación de un bien⁷⁷.

⁷⁷ “El agente de aduana es un profesional auxiliar de la función pública aduanera, cuya licencia lo habilita ante el Servicio Nacional de Aduanas para prestar servicios a terceros como gestor en el despacho de mercancías.” Servicio Nacional de Aduanas. Disponible en <http://www.aduana.cl/agentes-de-aduana/aduana/2012-04-27/094321.html#vtxt_cuerpo_T0> visitado el 28 de enero de 2019.

CAPÍTULO TERCERO: EVOLUCIÓN DE LOS INCOTERMS Y LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA VERSIÓN DEL AÑO 2010

1. EVOLUCIÓN DESDE LOS PRIMEROS INCOTERMS

Como ya se ha señalado, la primera versión de los Incoterms del año 1936 contempló la sistematización de los usos comerciales FOB (Libre a bordo), FAS (Libre al costado), CIF (Costo, seguro y flete), C&F (Costo y flete), Ex Ship (Franco sobre buque) y Ex Quay (Franco sobre muelle). Estos, fueron evolucionando hasta llegar a la versión del año 2010, la que actualmente está siendo analizada para abrir paso a la nueva versión del año 2020.

Los cambios de cada una de las versiones que han sido publicadas han ido asociados a distintas contingencias, siempre con el objetivo de dotar al comercio internacional de reglas que unifiquen las prácticas comerciales para el desarrollo de la economía y el comercio global. Así, los Incoterms 1936 sólo contemplaban reglas de uso marítimo -por cuanto era la forma preponderante de comercialización de productos-, para que luego la versión del año 1953 abriera paso a la incorporación de reglas para transporte multimodal. En ese mismo sentido, la versión del año 1976 abre paso a la contratación de transporte aéreo, la de 1980 se ajusta al creciente tráfico mercantil en contenedores, la del año 1990 se adapta a la creciente industria del transporte multimodal, la del año 2000 llega a sistematizar de manera simplificada las reglas ya existentes para finalmente, publicarse la versión del año 2010 que aporta con modificaciones que obligan a las partes a cooperar con el intercambio de información como método de fortalecimiento a la seguridad de las transacciones, principalmente en virtud del auge de la contratación electrónica.

De esta manera y a modo de síntesis, las modificaciones que ha introducido la CCI a las sucesivas versiones dicen relación con los nuevos métodos de transporte, cambios en las formalidades de los contratos de compraventa internacional, cambios a partir de la desaduanización de mercancías, así como también, cambios en las formas de transmisión de la información entre las partes contratantes. Así, si en el año 1936 los Incoterms limitaban su aplicabilidad sólo al transporte marítimo y a lo largo de trece países, hoy existe un diverso catálogo de reglas para transporte marítimo y multimodal, aplicable a lo largo de ciento cuarenta países y que puede ser consultado por comerciantes de treinta y un lenguas diferentes.

Sin perjuicio de la publicación de la versión 2010 de los Incoterms, tanto la versión Incoterms del año 2000 y todas las anteriores pueden seguir siendo utilizadas puesto que, como se ha señalado *supra*, las nuevas versiones en ningún caso derogan las antiguas, por lo que a efectos prácticos todas las anteriores versiones se encuentran disponibles a las partes para su utilización.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el perfeccionamiento de estas reglas va de la mano con la evolución del ejercicio del comercio, por lo que no resulta recomendable la utilización de versiones anteriores a la última vigente. En este sentido, es importante hacer hincapié en que para la determinación específica de las obligaciones que se generan para las partes, es necesario incluir dentro del contrato cuál es la versión Incoterm a la que se está aludiendo, de manera que no quepa duda acerca de cuáles son las obligaciones y derechos de cada una de las partes en el caso en específico⁷⁸.

A continuación, teniendo en cuenta que las últimas versiones vigentes de los Incoterms son aquellas de los años 2000 y 2010, respectivamente, se analizarán los principales diferencias y cambios entre una y otra versión, por cuanto la adaptación de las falencias que presentó la versión del año 2000 dio paso a la dictación de los Incoterms 2010.

2. AGRUPACIÓN DE LOS INCOTERMS EN LA VERSIÓN DEL AÑO 2000

Como ya se ha señalado, la versión anterior a los Incoterms 2010 es la del año 2000, la que fue dictada y publicada por la Cámara de Comercio Internacional a través de su publicación N°560 del año 2000. Esta versión, contempla la existencia de trece Incoterms clasificados en cuatro grupos, donde el criterio de distinción para la clasificación se determina según el lugar en donde se transmiten los riesgos, dividiéndose así en grupos según la letra que da inicio a la nomenclatura del Incoterm de que se trate, organizándose entre los grupos E, F, C y D.

⁷⁸ STAPLETON, Drew Stapleton; PANDE, Vivek y O'BRIEN Dennis. (2014). *EXW, FOB or FCA? Choosing the right Incoterm and why it matters to maritime shippers*. Journal of Transportation Law, Logistics and Policy, Vol. 81, p. 236.

En sentido de lo anterior, el grupo E contiene al Incoterm EXW del inglés Ex Works o en fábrica, cuya determinación del momento de transmisión del riesgo está dado por el momento en que la mercancía se encuentra dispuesta para la *salida* de las instalaciones del vendedor.

Así mismo, el grupo F contiene los Incoterms FCA (Libre transportista), FOB (Libre a bordo) y FAS (Libre al costado del buque), respecto de los cuáles la transmisión del riesgo se produce cuando el vendedor entrega la mercancía en el lugar o medio de transporte indicado por el comprador en el país de origen. En estos casos, el costo del transporte no se encuentra pagado, de manera que el comprador se hace cargo de la mercancía desde el momento en que la recibe. En este sentido, el envío se da en conformidad a las instrucciones del comprador, quien concluye el contrato y designa al transportista.

A su vez, el grupo C contiene los Incoterms CFR (Costo y flete), CIF (Costo, seguro y flete), CPT (Transporte pagado hasta) y CIP (Transporte y seguro pagados hasta). Estos Incoterms se agrupan por cuanto el momento de la transmisión del riesgo presenta una figura especial, esto es, que el momento de entrega de la mercadería es distinto al de la transmisión del riesgo. Además, los Incoterms incluidos en este grupo suponen que el vendedor contrata el transporte, pero sin asumir los riesgos de la pérdida o daño de la mercancía después de la entrega en el país de origen.

Los Incoterms del grupo C permiten separar la transmisión del riesgo de la entrega de la mercancía como un único momento, y es en este sentido que reflejan fielmente la diferencia entre el cumplimiento de las obligaciones del contrato de compraventa relativas al transporte de la mercancía de aquellas relativas a mantener la integridad de esta.

Finalmente, el grupo D contiene los Incoterms DAF (Entrega en frontera), DES (Entrega sobre buque en puerto de destino), DDP (Entrega con derechos pagados), DEQ (Entrega en muelle de destino) y DDU (Entrega con derechos no pagados). Todos los cuáles suponen que el vendedor soporta todos los gastos y riesgos que supone el llevar la mercancía a destino, cubriendo los traslados hasta que el transportista entregue la mercancía en el punto convenido. DAF, DES, DEQ y DDU, fueron eliminados por la versión 2010, pasando a ser reemplazados como se explicará más adelante por las modalidades DAT (Entrega en el terminal) y DAP (Entregado en lugar).

3. FALENCIAS DE LA VERSIÓN INCOTERMS 2000

Dentro de las falencias que el uso de las reglas Incoterms del año 2000 fue manifestando en la práctica encontramos i) la ineficiencia de la clasificación según el lugar donde se transmite el riesgo; ii) la posibilidad de utilizar las reglas Incoterm sólo en compraventas internacionales; iii) ambigüedad en la determinación 'traspasar la borda del buque' como momento en el que se verifica la entrega; y, iv) la falta de adaptación a técnicas de contratación modernas.

3.1. Confusión que produce la clasificación de los grupos de Incoterms según el lugar donde se transmite el riesgo entre las partes

La clasificación de los Incoterms -de la versión del año 2000 y todas las anteriores- en cuanto al lugar de transmisión del riesgo produce en la práctica confusión a los comerciantes acerca del *medio de transporte* por el que se opte para concretar la cadena logística de entrega, lo que derivó en que el Incoterm que se incluía en el contrato no correspondía al medio de transporte utilizado.

Lo anterior deriva en un problema por cuanto el Incoterm cumple una función interpretativa dentro del contrato de compraventa, por lo que al incorporarse en un contrato se entiende que se aplican las condiciones, deberes y responsabilidades que dicho Incoterm determina dentro de un contexto de aplicación dado. Por lo tanto, en caso de pactar una operación de transporte vía terrestre, pero utilizando un Incoterm que concurre sólo respecto del transporte marítimo, el Incoterm derivaría en inutilizable por no respetarse su ámbito de aplicación.

Dicho lo anterior, sucedió que "en la práctica cotidiana se emplearon Incoterms como FOB y CIF -que son los de más frecuente uso-, para casos en que las mercancías eran transportadas por vía aérea o terrestre, lo que, a la hora de generarse controversias entre las partes, no permitía una correcta interpretación de las obligaciones"⁷⁹.

El problema aquí evidenciado se singulariza en que en estos casos la utilización de un Incoterm como herramienta útil para la eficaz regulación del transporte en una operación

⁷⁹ GALLEGOS, Jaime. (2011). Incoterms. *Una valiosa herramienta del Comercio Internacional. Reseña a las principales modificaciones introducidas en su versión 2010*. Anuario de Derecho Comercial y Marítimo Nº2, p. 160.

mercantil deriva en que en realidad no produce el efecto de determinar claramente las obligaciones de las partes por alterarse el contexto de utilización para el cual fue diseñado y por tanto, se torna en inutilizable, lo que conlleva a un proceso interpretativo posterior para la determinación exacta del cumplimiento o no del contrato que degenera el ideal de celeridad detrás de la creación de estas reglas.

Por ejemplo, si se contratara bajo un Incoterm aplicable sólo al transporte marítimo a una cadena logística de transporte multimodal, las partes -vendedor y comprador- podrían no tener precisión acerca del momento de transmisión del riesgo, porque no aplicarían las reglas de transmisión del riesgo en el momento en que la mercadería se encuentre *al costado del buque* o *a bordo del buque*, lo que degenera la correcta aplicación del Incoterm en la operación específica y deriva en problemas interpretativos acerca de dónde efectivamente es transmitido el riesgo al comprador.

El problema que ocurre en la práctica a partir de la utilización del Incoterm en desadecuación al medio de transporte utilizado, podría derivar por ejemplo en un juicio civil de determinación de la responsabilidad y la contribución al pago de las indemnizaciones que correspondan –o no- si es que ocurre un siniestro, en un escenario en el cual el momento de la transmisibilidad del riesgo no está lo suficientemente claro.

La clasificación de los Incoterms en cuanto al momento de la transmisión del riesgo tiene la finalidad de englobar y graficar el funcionamiento de cada una de las modalidades. Sin embargo, dicha clasificación podría ser más útil a fines jurídicos que comerciales en relación a que los agentes jurídicos podrían tener una lectura más sencilla acerca de cuándo se producen los efectos de la transmisión del riesgo. En este sentido, siguiendo el fin de estas reglas cual es el servir como una herramienta de apoyo para el desarrollo del comercio de manera rápida y eficaz, debe estarse a la facilidad en su aplicación para quienes operan el comercio.

3.2. Posibilidad de utilización de las reglas Incoterms sólo en compraventas internacionales de mercaderías

Hasta antes del año 2010, los Incoterms no estaban cumpliendo cabalmente con ser útiles a la satisfacción de necesidades de *todos* los operadores del comercio. En este sentido,

la regulación contenida en la versión del año 2000 no se hace cargo de las formas de contratación distintas a la comercialización de productos vía compraventa *internacional*, provocándose en la práctica que el comercio doméstico o nacional se encuentre exento a la posibilidad de someterse a estas reglas.

En la práctica mercantil, los Incoterms logran permear de tal manera en el desarrollo del comercio que comienza -con el objetivo de hacer más eficiente el intercambio comercial- a ser necesaria su utilización para intercambios comerciales dentro del territorio de un mismo país. De esta manera, a efectos de la utilización de los Incoterms se consideraban dos formas distintas de contratación dependiendo si se trataba de una compraventa *internacional* de mercancías o una compraventa de mercancías desarrollada dentro del ámbito nacional. Dichas compraventas muchas veces contienen obligaciones y responsabilidades semejantes -salvo por lo relativo a la exportación e importación de la mercadería-, y por lo mismo, hacían que no se justificara la exclusión de las compraventas nacionales para la utilización de los Incoterms.

Es por lo anterior, que el limitar la aplicación de las reglas Incoterm a las compraventas internacionales de mercaderías pareciera ser más bien una limitación arbitraria, puesto que entendemos que para que existiese la posibilidad de una correcta aplicación de las reglas Incoterm dentro del comercio interno de los países, simplemente se pueden dejar sin efecto todas las obligaciones relativas a la entrega de documentación de exportación e importación y con las demás gestiones aduaneras, resultando al fin y al cabo, una regulación igualmente eficaz del transporte y despacho de la mercancía.

3.3. Ambigüedad en la determinación '*traspasar la borda del buque*' como momento de verificación de la entrega de la mercancía

En este punto se alude específicamente a la nomenclatura que da la CCI al señalar que la mercancía *traspasa la borda del buque* en el caso de los Incoterms FOB, CFR y CIF, todos utilizables sólo si se trata de transporte por vía marítima. Esta nomenclatura, supone en la práctica problemas de determinación de la responsabilidad en medida que no queda del todo claro el momento exacto de la transmisión del riesgo.

Lo anterior, supone ambigüedad en la determinación de en cuál de las dos partes contratantes radica el riesgo en caso de un siniestro en el trayecto de la mercancía *hacia* la borda del buque que pudiere provocar la pérdida o deterioro de todo o parte de la mercancía objeto de la transacción ya que, técnicamente la mercadería no está posicionada al costado del buque, pero tampoco está *a bordo* de él.

En este sentido, a partir de los Incoterms 2000 FOB, CFR y CIF existe un momento de la cadena logística de entrega en donde no se encuentra debidamente determinado en todo momento cuál de las partes sería responsable en caso de pérdida o deterioro de la mercancía y por tanto, qué parte es la que corre el riesgo.

3.4. Falta de adaptación a técnicas de contratación modernas

No cabe duda de que en el contexto de la globalización y a partir del desarrollo de la tecnología, la herramienta de la comunicación electrónica resulta ser el medio más eficaz para lograr los acuerdos comerciales de compraventa de mercancías. En este contexto es que surge el *e-commerce* o comercio electrónico, entendiendo este como el “conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen”⁸⁰. Esta forma de contratación ya instalada en la costumbre mercantil supone que tanto la negociación del contrato como la determinación de sus cláusulas son discutidas a través de Internet, incluyendo “todas las operaciones necesarias para concretar operaciones de compra y venta, *matching*, negociación, información de referencia comercial, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios (...) y *banking* de apoyo”⁸¹.

El *e-commerce* se ha desarrollado exponencialmente en el mundo y también en nuestro país. Así lo ha reconocido la Cámara de Comercio de Santiago, señalando que el crecimiento estimado de esta forma de contratación para el año 2019 es de un 30% mientras que las ventas presenciales van en lenta caída⁸².

⁸⁰ SOTO COAGUILA, Carlos. (2002). *La contratación electrónica: los ‘contratos informáticos’ y los contratos celebrados a través de medios electrónicos*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N°55, p. 183.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² EMOL. El dulce momento del e-commerce en Chile seguirá en 2019: Proyectan ventas por US\$6.500 millones. Disponible en <<https://www.emol.com/noticias/Economia/2019/01/03/932899/Especialistas-apuntan-a-la-consolidacion-del-crecimiento-del-ecommerce-en-el-2019.html>> visitado el 3 de enero de 2019.

Dentro de las ventajas que este tipo de contratación posee respecto de la modalidad de contratación convencional en que las partes firman un mismo documento en papel, encontramos i) la disminución de tiempo que media entre las comunicaciones de las partes; ii) la reducción de costos administrativos para ambas partes contratantes; y en consecuencia, iii) la posibilidad de incrementar sustancialmente las transacciones realizadas en medida que requieren de menos tiempo para finiquitarse.

La relevancia de que los Incoterms como herramienta que propicia la facilidad y eficacia de la contratación, no contemplara la adecuación a la contratación vía electrónica, derivó en que no se cumplía el fin último de estas reglas de ser útil a los operadores del tráfico mercantil. Por lo mismo, la imposibilidad de concretar la realización del contrato por el hecho de no estar reconocida la contratación electrónica como presupuesto para la utilización de las reglas Incoterms, supone hacer de la perfección del contrato de compraventa la fase menos expedita de todo el proceso de contratación.

3.5. Conclusión parcial

Como se puede deducir de los puntos esgrimidos, en los Incoterms 2000 existe una indeterminación del momento de la transmisión del riesgo y, por tanto, en la práctica, indeterminación respecto de dónde termina la responsabilidad del vendedor y comienza la del comprador. Así también, el lugar de transmisión del riesgo como criterio de clasificación de los Incoterms lleva a confusiones en la utilización de las reglas en específico por cuanto supone un criterio más bien jurídico que operacional, lo que lejos de simplificar la utilización de los Incoterms por los comerciantes, complejiza su entendimiento.

Por otra parte, los problemas que se perciben respecto de las versiones más antiguas y en este caso, la versión Incoterms del año 2000, como lo son la inaplicabilidad de los Incoterms a compraventas nacionales y la no adecuación a la contratación electrónica, son señal de que la utilización de estas reglas va evidenciando deficiencias en su utilización en medida que el mercado y sus modalidades de contratación se van perfeccionando o van mutando, haciéndose más eficientes.

En este sentido, y teniendo en cuenta que la misión de los Incoterms es justamente el establecimiento de una interpretación uniforme de los usos más utilizados en la práctica comercial y la unificación de dichas prácticas mercantiles, es necesario que la última versión (del año 2010) y las sucesivas revisiones lideradas por la CCI contemplen la uniformización de prácticas a través de la reglamentación de ellas en la forma de un Incoterm, adaptando estas reglas a la práctica mercantil y estandarizando con ello los usos derivados de la *lex mercatoria*.

4. CONTEXTO DE REVISIÓN Y ASPECTOS DEL DESARROLLO DEL COMERCIO CONSIDERADOS POR LA CCI

La revisión de la versión Incoterms del año 2000 y la propuesta de una nueva, se efectuó entre los meses de noviembre del año 2007 y abril del año 2009. Este proceso contempló la inclusión de ciertas adecuaciones recomendadas por parte de un grupo técnico, compuesto por expertos de 7 países, para luego pasar a un grupo revisor compuesto por expertos de 130 países que opera como validador de las modificaciones que supone la nueva versión. Finalmente, la CCI dicta a partir de su publicación N° 715 del año 2010, la nueva versión de Incoterms, cuya entrada en vigencia se fijó para el 1 de enero de 2011.

Además, en este proceso se incluyó como participantes a los mismos transportistas, agentes de aduana y de instituciones bancarias, los que oficiaron de actores invitados a fin de entregar recomendaciones respecto a la reglamentación y modificaciones necesarias. Estos actores fueron incluidos en este proceso en medida que dichas recomendaciones se encuentran permeadas por la experiencia de la práctica comercial habitual ya que, de manera directa o indirecta, inciden en el proceso logístico de entrega de la mercadería.

Como ya se ha dicho, la modificación que deriva en una nueva versión de las reglas Incoterms se produce por la necesidad reglamentaria de adecuarse a las prácticas comerciales que reflejan la utilidad o no del Incoterm en específico. En este sentido, dentro de los factores que inciden en la modificación se pueden señalar i) los cambios en las modalidades de transporte; ii) la dinamicidad del comercio internacional; iii) las nuevas herramientas para el desarrollo del comercio; iv) la necesidad de certeza contractual; y, v) la adaptación a la regulación aduanera.

4.1. Cambios en las modalidades de transporte

Dentro del desarrollo de una actividad como la mercantil, se van generando cambios en la modalidad del transporte producto de la evolución de las tecnologías de transporte y la comunicación transfronteriza que lo van haciendo cada vez más eficiente.

Lo anterior, se manifiesta en el establecimiento de carreteras, mejoras en vías ferroviarias, establecimiento de rutas expeditas de comercio naviero o bajas en los costos de transporte respecto de un determinado medio.

Dentro de los factores que generan cambios en la optimización de la utilización de un determinado medio de transporte podemos encontrar i) una mejora de los rendimientos de los medios de transporte utilizados; ii) la adaptación del medio de transporte a los requisitos del envío a través de la aplicación de procesos técnicos en caso de mercaderías que requieran un tratamiento especial; iii) la aplicación de tecnologías de la información a la cadena logística, en cuanto a los sistemas de geolocalización y seguimiento de la operación de transporte; iv) la multimodalidad como forma de transporte eficiente; y finalmente, v) la profesionalización y especialización de la oferta de transporte⁸³.

Todos los anteriores factores derivan en modificaciones relativas a los costos, la distribución de riesgos y la modalidad de transporte utilizado, la que se determina por las necesidades de los comerciantes atendiendo a razones de costo, tiempo, características de la mercancía transportada, entre otros. Estos factores son la respuesta a una economía globalizada en la que en virtud de la interconexión global existen procesos de transporte de mayor duración que comprenden a su vez cadenas logísticas más complejas que requieren de soluciones que hagan más expedito el transporte de las mercancías.

4.2. Dinamicidad del Comercio Internacional

En el marco de desarrollo de la economía a nivel mundial, la doctrina ha dicho que “el universo actual se ensalza en el comercio internacional ágil, dinámico, como consecuencia del

⁸³ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, pp. 24-26.

incremento de la liberalización de mercados, eliminaciones arancelarias, acuerdos internacionales, acuerdos de promoción comercial o tratados de libre comercio, acuerdos estratégicos de integración comercial”, entre otros⁸⁴. En el caso de Chile y de acuerdo con la información recabada por Aduanas, los principales acuerdos de intercambio comercial son “el TLC con Estados Unidos, el TLC con China, el Mercosur y el Acuerdo de Asociación Económica con la Unión Europea”⁸⁵.

El comercio internacional es dinámico, esto es, se adapta o modifica en virtud de las nuevas herramientas para su ejercicio. Así también lo ha reconocido la doctrina, señalando que “las nuevas tendencias del comercio mundial están dadas por su rápido crecimiento, su cambio de estructura y el desarrollo tecnológico; y por la existencia de mercados más abiertos”⁸⁶. De esta manera, un mercado en particular puede llegar a afectar el resto de la economía mundial producto de la interconexión entre mercados, al punto de afectar las políticas comerciales, económicas e incluso monetarias de distintos Estados que, al estar vinculados a los demás -bajo el contexto de globalización-, se ven afectados por los movimientos de la economía mundial.

Como ejemplo de la sensibilidad de los movimientos que sufre la economía mundial, en el contexto de la crisis económica del año 2009 y dentro de la explicación del panorama general de la economía que entregó Naciones Unidas en el Informe de Desarrollo y Comercio del año 2009, se estableció que “la desaceleración se convirtió en una recesión con todas las de la ley y se prevé que en 2009 el PIB mundial se reducirá más de un 2,5%. Por su profundidad y amplitud se trata de una crisis sin precedentes y prácticamente *ninguna economía ha quedado indemne* (énfasis agregado)”⁸⁷. Así, en el caso de Chile, según cifras del Servicio Nacional de Aduanas, el año 2009 se registró una variación -27% de exportaciones y -31,5% en el caso de las importaciones en comparación al año 2008.

⁸⁴ HUAMÁN, Marco Antonio. (2013). *Comentarios a las innovaciones de los Incoterms 2010*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Vol. 11 N°12, p. 325.

⁸⁵ Servicio Nacional de Aduanas. (2014). *Anuario estadístico 2014*. Departamento de Estudios del Servicio Nacional de Aduanas, p. 34. Disponible en <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20141017/asocfile/20141017182810/anuario_estad__stico_servicio_nacional_de_aduanas_2014.pdf> visitado el 30 de enero de 2019.

⁸⁶ CÁNDANO PÉREZ, Mabel. (2018). *La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal*. Revista Prolegómenos derechos y valores, Vol. 21 N°41, p. 152.

⁸⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (2009). *Informe sobre el comercio y desarrollo 2009. Panorama general*. Nueva York y Ginebra. Naciones Unidas, p. 1.

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que el Comercio Internacional va modificando su manera de ejercitarse y reglamentarse en medida que la interconexión entre distintos mercados hace necesario el perfeccionamiento de los entendimientos entre comerciantes, de manera que al alero de la *lex mercatoria* surgen *formas* o *usos* que las mismas partes utilizan para perfeccionar sus contratos de compraventa de mercaderías, entre ellos, los Incoterms.

Sin perjuicio de lo anterior, la razón del dinamismo se encuentra en gran parte en las políticas comerciales que van desarrollando los países cuando toman decisiones respecto del rumbo de su economía, de manera que pueden propender al libre comercio de mercaderías entre países o por el contrario, proponer medidas restrictivas al comercio internacional como por ejemplo, restricciones respecto de las importaciones. La tendencia mundial en el contexto de un mundo globalizado como el nuestro, por lo general, tiende a ir bajando las barreras de entrada para propender al libre tránsito de las mercaderías entre distintos países, lo que se ve reflejado en los índices en aumento de exportaciones e importaciones registradas.

Por ejemplo, en el caso de Chile es posible evidenciar, por regla general, un aumento progresivo de las exportaciones y una concentración de los destinos a los que los bienes son enviados (China, Estados Unidos y en menor medida Brasil y Argentina)⁸⁸. En el caso de las importaciones, si bien las cifras no revelan necesariamente un alza sostenida, en términos generales han aumentado significativamente en las últimas décadas, lo que no es más que la demostración empírica del funcionamiento de -en este caso- el mercado chileno en el contexto de la globalización^{89 90}.

Así, según se constata en la Tabla N°1 y N°2, en nuestro país el flujo de las exportaciones e importaciones se realiza principalmente por medio del transporte marítimo y según cifras del Servicio Nacional de Aduanas, el año 2017 el 88,5% de las exportaciones se

⁸⁸ Servicio Nacional de Aduanas. *Exportaciones por países y bloques 1991 a 2017*. Disponible en <<http://www.aduana.cl/cuadros-y-series-estadisticas/aduana/2016-09-14/143317.html>> visitado el 30 de enero de 2019.

⁸⁹ Jaime Gallegos y Rodrigo Polanco. (2013). *Evolución jurídica de la Política Comercial de Chile: desde el GATT hasta el TPP*. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, segunda época, año I N°2, p. 72.

⁹⁰ Servicio Nacional de Aduanas. *Importaciones por países y bloques 1991 a 2017*. Disponible en <<http://www.aduana.cl/cuadros-y-series-estadisticas/aduana/2016-09-14/143317.html>> visitado el 30 de enero de 2019.

realizaron por esta vía. Por otra parte, el 77% de las importaciones –en cuanto a monto FOB– ingresan por la vía marítima, entrando el 44,2% de estas por los puertos de la región de Valparaíso.

Tabla N°1: Total de exportación de carga en toneladas de exportaciones chilenas⁹¹.

Cuadro 4: Movimiento de Carga en Toneladas de las Exportación Chilenas por Vía de Transporte

Vía de Transporte	Monto FOB (MM US\$)				Toneladas (TON)			
	Enero - Diciembre		Participación 2017	Variación 2017/2016	Enero - Diciembre		Participación 2017	Variación 2017/2016
	2016	2017			2016	2017		
Marítima, Fluvial y Lacustre	53.988,5	59.120,9	88,5%	9,5%	61.425.113	61.315.030	96,3%	-0,2%
Aéreo	2.521,7	2.862,2	4,3%	13,5%	1.222.853	1.340.456	2,1%	9,6%
Carretero/Terrestre	3.346,4	3.735,9	5,6%	11,6%	768.049	784.343	1,2%	2,1%
Otra	1.085,1	1.091,6	1,6%	0,6%	276.437	211.113	0,3%	-23,6%
Total Exportación	60.941,8	66.810,6	100,0%	9,6%	63.692.452	63.650.941	100,0%	-0,1%

Fuente: Declaraciones de Salida (DUS); Exportaciones a título definitivo ajustadas con sus documentos modificatorios. Servicio Nacional de Aduanas.
Fecha de proceso: 05/01/2018

Tabla N°2: Total de importación de carga en toneladas de importaciones chilenas⁹².

Cuadro 10: Movimiento de Carga en Toneladas de las Importaciones Chilenas por Vía de Transporte

Vía de Transporte	Monto CIF (MM US\$)				Toneladas (TON)			
	Enero - Diciembre		Participación 2017	Variación 2017/2016	Enero - Diciembre		Participación 2017	Variación 2017/2016
	2016	2017			2016	2017		
Marítima, Fluvial y Lacustre	41.039,8	46.138,0	77,0%	12,4%	52.712.790	55.954.473	92,0%	6,1%
Carretero/Terrestre	4.782,1	5.170,5	8,6%	8,1%	3.596.798	3.640.640	6,0%	1,2%
Aéreo	7.999,2	8.564,7	14,3%	7,1%	499.349	1.158.872	1,9%	132,1%
Otra	3,1	36,2	0,1%	1053,5%	6.070	82.500	0,1%	1259,3%
Total Importación	53.824,3	59.909,4	100,0%	11,3%	56.815.006	60.836.485	100,0%	7,1%

Fuente: Declaraciones de Ingreso (DNI); Importaciones a título definitivo ajustadas con sus documentos modificatorios. Servicio Nacional de Aduanas.
Fecha de proceso: 05/01/2018

Es por este carácter dinámico del Comercio Internacional, que las reglas que envuelven su desarrollo -como los Incoterms- deben ir adaptándose tanto a las épocas de desaceleración de la economía como aquellas en que esta propenda al alza, así como también a todos los cambios que vaya introduciendo la práctica mercantil al desarrollo del comercio.

Lo anterior, genera la necesidad de procesos de modificaciones reglamentarias que hagan posible la utilidad de los usos mercantiles como herramienta que regula en específico las obligaciones de las partes ya que “a medida que aumenta el volumen y la complejidad de las ventas internacionales, también se incrementan las posibilidades de malentendidos y

⁹¹ Servicio Nacional de Aduanas. (2018). Compendio Estadístico de Comercio Exterior Enero-Diciembre 2017. Departamento de Estudios del Servicio Nacional de Aduanas, p. 4 Disponible en: <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20180123/asocfile/20180123154026/compendio_estadistico_compendio_2017_v02_23012018_final.pdf> visitado el 30 de enero de 2019.

⁹² *Ibíd.*, p. 9.

litigios costosos, cuando los contratos de compraventa no se redactan adecuadamente”⁹³.

4.3. Nuevas herramientas para el desarrollo del comercio

A efectos del contexto modificador de las reglas Incoterms, también resulta relevante la incorporación de nuevos recursos y tecnologías en el desarrollo de la actividad comercial. Estos se traducen en herramientas que van de la mano con el progreso tecnológico como, por ejemplo, la emisión de documentos electrónicos en pos de la facilitación del ejercicio del comercio, lo que deriva en la necesidad de adaptación de los cuerpos regulatorios de la actividad a la logística internacional imperante y a los tipos de comunicación entre contratantes.

En este sentido, como ya se ha dicho, el comercio electrónico o *e-commerce* ha crecido exponencialmente en medida que ofrece diversas ventajas dentro de las que se destaca la posibilidad de ejercitar virtualmente el comercio desde cualquier parte del mundo, lo que reporta una ganancia que puede ser traducida en tiempo o costos de contratación. Por otra parte, las adaptaciones reglamentarias también propician una mayor eficiencia en la cadena logística de transporte y agilidad en el proceso de contratación.

Estas nuevas herramientas inciden en la cadena logística de transporte de la mercadería, lo que afecta directamente la eficacia de esta.

4.4. Necesidad de certeza contractual

Junto con la determinación en específico de las obligaciones que se generan para las partes del contrato de compraventa de mercancías, las demás especificaciones contractuales que en él se incluyen deben propiciar certeza, generando que tanto el comprador como el vendedor tengan absoluto conocimiento y seguridad acerca de la distribución de los riesgos y el desarrollo de la entrega y transporte de la mercancía misma. En otras palabras, las partes deben tener claridad acerca de las obligaciones y las *responsabilidades* que a cada uno le son atinentes.

⁹³ HUAMÁN, Marco Antonio. (2013). *Comentarios a las innovaciones de los Incoterms 2010*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Vol. 11 N°12, p. 325.

Ahora bien, esta es una necesidad constante de los operadores del comercio en medida que la actividad comercial está en constante desarrollo. Por lo mismo, este y los demás puntos expuestos no sólo constituyen una razón para las modificaciones que incorporó la versión 2010, sino que cada una de las versiones Incoterms busca hacerse cargo de dar mayor certeza contractual y ajustarse a las necesidades y herramientas del desarrollo del comercio de la época en que estas reglas son modificadas.

Si bien todas las versiones de los Incoterms –incluida la del año 2010- contemplan la determinación de las obligaciones de cada una de las partes contratantes, la evolución propia de las relaciones comerciales ya sea que estas incorporen nuevos usos comerciales o nuevas formas de contratación, requiere de un *ajuste* en dichas obligaciones especificándolas de manera que la regla Incoterm elegida pueda cumplir con el ideal de interpretar a cabalidad cada una de las responsabilidades de las partes en la cadena logística de transporte. En este contexto, la CCI publica -junto a la publicación de cada nueva versión- recomendaciones de uso de los Incoterms para que su aplicación al caso particular sea eficaz.

4.5. Adaptación a la regulación aduanera

En este punto, se puede señalar que uno de los motivos de la modificación de los Incoterms de la versión del año 2000 es la “concreción de las obligaciones de cada parte respecto de los despachos aduaneros” como punto a cubrir por la regulación, la que supone la adaptación a la normativa relativa a los procedimientos de importación en medida que los Estados van modificando los procedimientos internos de seguridad aduanera según lo va exigiendo la contingencia mundial o la política de seguridad interna del Estado en cuestión⁹⁴.

5. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LOS INCOTERMS 2010

La Cámara de Comercio Internacional dictó a través de su publicación N°715 del año 2010, la última versión disponible de los Incoterms que rige desde el mes de enero del año

⁹⁴ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 27.

2011. Con ella, se establecieron modificaciones a la anterior versión y nuevas recomendaciones, redefiniendo las responsabilidades de vendedores y compradores en la entrega de mercancías en el contexto de un contrato de compraventa de mercaderías.

Los cambios que introducen los Incoterms 2010 se generan en el contexto de la aspiración de ampliar su utilización a distintos actores -no necesariamente comerciantes- y también precisar su utilización, de modo que no existan confusiones respecto de su aplicabilidad que deriven en la invalidez de la cláusula Incoterm incluida en el contrato.

Del análisis de los factores que contextualizan los cambios en el desarrollo de la actividad comercial señalados *supra*, se desprende la necesidad de que la regulación vaya adaptándose al cambio. En virtud de esta necesidad de ajuste, la CCI toma en cuenta todos los factores que influyen en la implementación práctica de estas reglas para así generar una adaptación eficiente de la regulación y por qué no, una adaptación que sea realmente aplicable a la práctica de la contratación mercantil de la época.

Dentro de las modificaciones que realiza la versión 2010 a la del año 2000 se encuentran i) la clasificación en función del modo de transporte utilizado; ii) la utilización de los Incoterms en operaciones que se desarrollan dentro de los mercados domésticos; iii) la reestructuración de los Incoterms del grupo D; iv) la determinación de la transmisión del riesgo en las cláusulas FOB, CFR y CIF; v) la determinación de los cargos por manipulación de la mercancía en el terminal, en el caso de los Incoterms CPT, CIP, CFR y CIF; y, vi) la adecuación a la cobertura de seguros y determinación de las certificaciones de seguridad.

5.1. Clasificación en función del modo de transporte utilizado

Como ya se ha dicho, la versión anterior clasificaba los Incoterms en cuatro grupos correspondientes a la letra inicial del Incoterm la cual indica el momento de la transmisión del riesgo desde vendedor hacia el comprador (E, F, D y C). Esta clasificación llevó a que, en la práctica, los comerciantes incluyeran a sus contratos de compraventa de mercaderías un Incoterm no compatible con el medio de transporte utilizado, por lo que a efectos reglamentarios de validez de una cláusula Incoterm, dichas inclusiones erróneas no producían efecto alguno y más bien generaron problemas de interpretación acerca de la real intención de las partes.

En la nueva versión, la clasificación se realiza a partir del *modo de transporte* que se utilice, esto es, i) cualquier modo de transporte ya sea terrestre, aéreo o multimodal; o, ii) transporte marítimo y/o a través de vías navegables interiores.

Dentro de la clasificación a partir del transporte terrestre, aéreo o multimodal, encontramos los Incoterms i) CPT (Transporte pagado hasta), el cual supone que el vendedor costea el transporte de la mercancía hasta su descarga en el lugar o país de destino, sin perjuicio que la transmisión del riesgo se produce al entregar la mercancía al primer porteador en el país de origen; ii) CIP (Transporte y seguro pagados hasta), Incoterm que supone la misma modalidad anterior pero con la obligación de contratación de un seguro por parte del vendedor; iii) EXW, En Fábrica (Lugar convenido), a partir del cual el vendedor pone la mercancía a disposición del comprador en su propia fábrica o instalaciones; iv) FCA (Libre transportista), el cual supone que el vendedor costea el traslado de la mercancía hasta el punto convenido sin considerar la descarga, sin perjuicio que la transmisión del riesgo se produce al entregar la mercancía al transportista que haya contratado el comprador; v) DPP (Entregado con derechos pagados), a partir del cual el vendedor es responsable de los costos de la entrega hasta el punto convenido y además, “deberá pagar por cualquier derecho de exportación e importación” y “llevar a cabo todos los trámites aduaneros”⁹⁵; y, finalmente, los Incoterms vi) DAT (Entrega en el terminal); y vii) DAP (Entregado en lugar), los que fueron introducidos por la versión Incoterms 2010 y serán tratados más adelante.

Dentro de las posibles combinaciones de modos de transporte, encontramos la posibilidad de transportar la mercancía i) en un contenedor vía marítima y posterior traslado por carretera o ferrocarril; ii) transporte por carretera en camión completo o grupaje; iii) transporte a través del ferrocarril y posterior o anterior a este, traslado a través de la carretera; y finalmente, iv) transporte aéreo y traslado posterior o anterior a través de carreteras⁹⁶.

Por otro lado, existe la clasificación en virtud de transporte por vía marítima o a través de vías navegables interiores –como ríos o lagos navegables-. Esta clasificación incluye la

⁹⁵ RODRÍGUEZ, Maximiliano. (2010). *Términos comerciales internacionales –Incoterms- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho colombiano*. Revist@ Mercatoria, Vol. 9, Nº2, p. 60.

⁹⁶ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 77.

hipótesis de transporte puerto a puerto, y en ella se encuentran los Incoterms i) CFR (Costo y flete), a partir del cual el vendedor se hace responsable de todos los costos hasta que la mercancía llegue a destino, sin perjuicio que la transmisión del riesgo se verifica una vez que la mercancía se carga en el buque; ii) CIF (Costo, seguro y flete), en virtud del cual se asume la misma modalidad de CFR, pero el vendedor se obliga a costear un seguro; iii) FAS (Libre al costado del buque), respecto del cual el vendedor se obliga a costear la cadena logística hasta que la mercancía se ubique a bordo del buque; y, finalmente iv) FOB (Libre a bordo), Incoterm que fue modificado por la versión 2010 y que será analizado más adelante.

En razón de esta nueva clasificación, se ofrece un mejor manejo a los comerciantes respecto a la incorporación del Incoterm más apropiado para la operación de transporte en específico, ya que distingue de manera fácil bajo qué modo de transporte se puede incorporar qué Incoterm⁹⁷. En este sentido, la modificación obedece a que para las partes contratantes resulta más sencillo realizar la elección a los Incoterms dependiendo del medio de transporte que se utilizará más que el momento de la transmisión del riesgo, por tratarse este último de un concepto que resulta engorroso para quien no maneja conceptos técnico-jurídicos.

En sentido de lo anterior, esta modificación se hace cargo del problema práctico suscitado por la clasificación anterior, cual es, la incerteza acerca de las responsabilidades de cada una de las partes y el momento de transmisión del riesgo. Por ejemplo, la práctica comercial ha demostrado la indebida utilización del Incoterm FOB en casos en que el transporte es multimodal -en circunstancias que sólo opera respecto del transporte marítimo o por vías navegables-. En este sentido, el uso erróneo de cláusulas Incoterm expone a los vendedores a una *brecha de riesgo* mayor a la que habían previsto ya que, por ejemplo, en el caso de FOB, el riesgo se transmite –de acuerdo a los Incoterms 2010- en el momento en que la mercadería se encuentra *a bordo del buque*, por lo que la consideración de una cadena logística mayor, en donde probablemente no se carga la mercadería inmediatamente al buque, supondría la responsabilidad del vendedor durante todo ese traslado hasta que se cargue debidamente la mercancía en el buque, esto es, una cobertura de responsabilidad mucho mayor a la originalmente prevista⁹⁸.

⁹⁷ STAPLETON, Drew; PANDE, Vivek y O'BRIEN Dennis. (2014). *EXW, FOB or FCA? Choosing the right Incoterm and why it matters to maritime shippers*. Journal of Transportation Law, Logistics and Policy, Vol. 81, pp. 230-231.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 234.

5.2. Utilización en operaciones que se desarrollan dentro de los mercados domésticos

El incremento de las relaciones comerciales y económicas en zonas geográficas donde predomina el libre tránsito comercial y la posibilidad de adecuar una cláusula Incoterm al contrato de compraventa para el transporte dentro de un mismo país, -bajo la premisa que dicho uso no se contrapone *prima facie* con la validez de aplicación del Incoterm-, hicieron de la aplicación de las reglas Incoterms dentro de los mercados domésticos una realidad que la reglamentación anterior no contemplaba.

Así, la versión 2010 reconoce formalmente que los Incoterms están disponibles para su aplicación a los contratos de venta tanto internacionales como nacionales. Como resultado, las reglas de los Incoterms 2010 establecen claramente que la obligación de cumplir con las formalidades de exportación/importación sólo existe cuando es aplicable⁹⁹. En este sentido, todo lo relativo a la documentación necesaria para la exportación e importación y la repartición de la responsabilidad de las partes relativa a la obtención de esta, no aplica.

La decisión acerca de la apertura de los mercados y la eliminación de las formalidades aduaneras de exportación e importación dependen de las determinaciones de política comercial por las que opten los países entre los cuáles se permite el tránsito de mercaderías. Es así, que la nueva versión señala como obligación la entrega de documentación aduanera como lo es el despacho de exportación e importación en medida que este sea *necesario* dependiendo del caso concreto, generando con ello la posibilidad de utilizar los Incoterms dentro del mercado doméstico y también especificando que su aplicación sigue siendo válida en el caso de Estados que cuenten con facilidades en el tránsito fronterizo de la mercancía.

Con esta modificación, la nueva versión simplemente se adecúa a las nuevas necesidades que los operadores del tráfico mercantil presentan en un contexto en donde se rebajan o eliminan barreras arancelarias, se permite el libre tránsito de mercadería a través de

⁹⁹ Traducción libre del siguiente extracto: "The subtitle of the Incoterms® 2010 rules formally recognize that they are available for application to both international and domestic sale contracts. As a result, the Incoterms® 2010 rules clearly state in a number of places that the obligation to comply with export/import formalities exists only where applicable." En International Chamber of Commerce. (2011) *Introduction to the Incoterms 2010*. Disponible en: <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2010/01/ICC-Introduction-to-the-Incoterms-2010.pdf>> visitado el 31 de enero de 2019.

las fronteras cuando existen convenios o pactos que propenden a la integración comercial y/o económica entre países -en el caso del transporte dentro de zonas económicas-. Como se ha señalado *supra*, la utilización del Incoterm para el desarrollo de una compraventa interna no contraviene la eficacia del contrato cuando este abarca el desarrollo de una cadena logística de transporte desarrollada dentro del territorio de un mismo país.

Sin perjuicio que esta adecuación supone por una ventaja para los comerciantes y una adaptación de los Incoterms a una necesidad que ya era latente, algunos autores, suspicaces de los beneficios que supone la utilización de estas reglas en el contexto de los mercados domésticos, postulan que esta modificación llevará al uso masificado de los Incoterms dentro de cada mercado y con ello se provocará una afectación a las normativas internas que regulan las obligaciones comerciales entre los agentes. Es así como, por ejemplo, parte de la doctrina postula que en Estados Unidos se utilizarían los Incoterms por sobre el *U.S. Uniform Commercial Code*¹⁰⁰ y en Chile por sobre el Código de Comercio Chileno.

5.3. Reestructuración de Incoterms del Grupo D

Como se ha señalado *supra*, la versión del año 2000 de los Incoterms clasificaba las reglas según el lugar donde se producía la transmisión del riesgo respecto de la mercadería transportada del vendedor al comprador. Sin perjuicio que en la versión del año 2010 la clasificación se determina según el modo de transporte utilizado y ya no por el lugar o momento de transmisión del riesgo, la nomenclatura de los Incoterms conserva la letra inicial que lo define, ya sea E, F, C o D.

El grupo D, supone que la transmisión del riesgo se produce al momento de arribar la mercadería a destino o al puerto señalado, sin considerar la descarga de esta. Este grupo se ve modificado en la versión Incoterms del año 2010, en medida que en esta se eliminaron los Incoterms DAF, DES, DEQ y DDU por su escasa utilización práctica, abriendo paso a la creación de los Incoterms DAT y DAP, los que se analizarán en la sección siguiente¹⁰¹.

¹⁰⁰ STAPLETON, Drew; PANDE, Vivek y O'BRIEN Dennis. (2014). *EXW, FOB or FCA? Choosing the right Incoterm and why it matters to maritime shippers*. Journal of Transportation Law, Logistics and Policy, Vol. 81, p. 231.

¹⁰¹ En este punto, cabe hacer mención nuevamente a que las nuevas versiones no derogan las anteriores, por cual los Incoterms del año 2000 siguen estando vigentes para los operadores que deseen incorporarlos en la compraventa.

5.4. Determinación de la transmisión del riesgo en cláusulas FOB, CFR y CIF

En la versión Incoterms del año 2000, la transmisión del riesgo se contempla cuando la mercancía *sobrepasa la borda del buque*, cuestión que fue modificada por la versión 2010 por cuanto señala que el riesgo se transmite cuando la mercancía se encuentre *a bordo del buque*. Este cambio resulta fundamental, por cuanto la versión anterior dejaba un momento de incertidumbre acerca de la distribución de riesgos y responsabilidades en el momento en que la mercancía se cargaba en el buque.

En este sentido, a partir de la expresión *sobrepasar la borda del buque* técnicamente no es posible señalar que la mercancía se encuentra *a bordo* y desde un sentido literal, la mercadería *sí* puede traspasar la borda del buque, aun cuando no haya sido descargada dentro del mismo. La expresión señalada, no determinaba debidamente quién corría con la responsabilidad en caso de pérdida de la mercancía y con ello, quién debía soportar la pérdida o deterioro de la mercancía, cuestión que soluciona la versión 2010 al aclarar que la entrega se produce cuando la mercancía *sobrepasa* la borda del buque.

5.5. Determinación de los cargos por manipulación de la mercancía en el terminal en el caso de CPT, CIP, CFR y CIF

En el caso de estos Incoterms, es el vendedor quien paga el transporte hasta el terminal de destino. De esta manera, cuando la mercancía llega al terminal del lugar acordado, se entiende que dentro del precio pagado por el vendedor va incorporado el costo que supone la manipulación y llegada de la mercancía a dicho terminal. Sin embargo, “en muchas ocasiones se vuelve a cobrar al comprador todos los costes en el puerto de destino, incluida la operación de descarga del contenedor, lo que genera una duplicidad de pagos por el mismo concepto”¹⁰².

Es por lo anterior que esta modificación va en la línea de mejorar la determinación de las obligaciones de las partes relativas a la descarga y traslado de la mercancía dentro del mismo terminal para evitar que se produzca un doble pago.

¹⁰² CABRERA, Alfonso. (2011). *Transporte Internacional de Mercaderías*. Madrid: Publicaciones ICEX, p. 67.

5.6. Adecuación a la cobertura de seguros y determinación de las certificaciones de seguridad

En este punto, con la nueva versión Incoterms, la CCI adecúa y estandariza el mínimo de cobertura de los seguros que deben contratar las partes cuando el término en específico lo exija. Así, la versión del año 2010 determina que puede cumplirse la obligación relativa al pago de un seguro por la vía de cumplir con el estándar de la Cláusula C del Instituto de Aseguradores de Londres -que entró en funcionamiento en enero del año 2009-; o, contratando un seguro que cubra de manera similar el estándar mínimo allí establecido.

Además, en cuanto a las certificaciones de seguridad necesarias para completar la operación de transporte, se especifican las obligaciones de las partes en lo que atañe a su obtención, determinando con mayor exactitud qué parte, exportador o importador, es responsable de la obtención de dichas certificaciones.

6. REGLAS INCOTERMS 2010

Habiendo establecido de manera general las modificaciones incluidas en la versión Incoterms del año 2010, corresponde individualizar los Incoterms modificados e incluidos en la versión Incoterms 2010, teniendo en cuenta que la nueva clasificación dice razón con medio de transporte utilizado, ya sea marítimo o por vías navegables, u otro modo de transporte o multimodal.

6.1. Incoterms introducidos por la versión 2010 y que aplican para cualquier modo de transporte o transporte multimodal

El transporte multimodal es aquella “modalidad de traslado plural de mercancías en el marco de un contrato de transporte multimodal, entre dos países distintos, en el que se combinan, al menos, dos modos de transporte distintos que pueden ser organizados por uno o más operadores de transporte”¹⁰³. En ese sentido, el transporte multimodal como tal supone

¹⁰³ MORALES MORILLAS, Carlos. (2005). *Régimen jurídico del transporte multimodal internacional de mercancías: problemática actual*. Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, N°22, p. 53.

una pluralidad objetiva referida a los transportes empleados y en ciertos casos, también una pluralidad subjetiva, esto es, distintos operadores.

Ahora bien, el auge de la contenerización, entendido como la creciente hegemonía de la práctica de transporte por la vía de contenedores de forma y tamaño uniformes, ya sea por razones de índole geográfica o económica, lleva consigo la necesidad de adaptar jurídicamente las formas de transporte utilizadas por los comerciantes. En este sentido y a propósito de este fenómeno, el transporte multimodal ha ido en alza y con ello, su masiva utilización influyó en la modificación del criterio de clasificación de las reglas Incoterms.

Los Incoterms incluidos en esta clasificación son aquellos adecuados para cualquier modo o modos de transporte a excepción del transporte marítimo de puerto a puerto, y dentro de los introducidos por la versión Incoterms 2010 se encuentran i) DAT (Entrega en terminal); y, ii) DAP (Entrega en lugar).

6.1.1. DAT, Delivered at Terminal o Entrega en el Terminal

DAT es uno de los términos introducidos por la versión 2010 que reemplaza el antiguo término DEQ de las anteriores versiones que consideraba como carga del vendedor el pago de los costos de aduana por importación. Con DAT, dichos costos pasan al comprador.

Esta Incoterm supone que la empresa vendedora contrata el transporte y por tanto asume los costos y riesgos hasta que la mercadería sea descargada del medio de transporte escogido al momento de llegar al terminal de destino o, en el lugar determinado por las partes en dicho caso. A estos efectos, la acepción *terminal* incluye “cualquier lugar, cubierto o no, como un muelle, almacén, almacén de contenedores o terminal de carretera ferroviaria o aérea”¹⁰⁴.

A diferencia de las condiciones CPT y CIP, en DAT el riesgo no se transmite sino cuando se produce la entrega, por tanto, varía en que en dichos Incoterms es el vendedor quien contrata el transporte, pero el riesgo se transmite de igual manera al comprador. Esta regla genera una ventaja al vendedor al entregarle más control sobre la operación en medida

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ, Maximiliano. (2010). *Términos comerciales internacionales –Incoterms- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho colombiano*. Revist@ Mercatoria, Vol. 9, N°2, p. 57.

que a través de él media “la contratación con una empresa porteadora que le permita mejorar su seguridad jurídica respecto a eventuales reclamaciones por un siniestro en el transporte”¹⁰⁵.

6.1.2. DAP, Delivered at Place o Entrega en Lugar

Este Incoterm, como se ha señalado *supra*, es una de las novedades que introduce la versión 2010, reemplazando los antiguos términos DAF, DDU y DES.

DAP supone que el vendedor asume todos los costos hasta el destino, incluyendo el transporte de la mercancía hasta el lugar establecido como tal. La diferencia que esta condición tiene con el Incoterm DAT, es que en este caso es el comprador quien debe responsabilizarse por la descarga de la mercancía en el destino, asumiendo con esto los costos que suponga “la estancia y la manipulación de la mercancía en la terminal de destino (puerto, estación ferroviaria o aeropuerto) como los costes posteriores, que suelen consistir en otra fase de transporte (...) hasta el lugar designado”¹⁰⁶. Por lo tanto, la transmisión del riesgo se produce cuando la mercadería es puesta a disposición del comprador preparada para la descarga en el punto convenido, que puede o no ser un puerto.

Cabe mencionar, que esta modalidad se adecúa correctamente al tránsito doméstico de mercaderías, ya sea dentro de un país o una misma área comercial al incluir como obligación el pago de impuestos *sólo cuando sea aplicable*. Lo que deja en evidencia la intención de la CCI de expandir la aplicación de este Incoterm al tráfico mercantil nacional.

6.2. Incoterms para el transporte por vía marítima o por vías navegables interiores

Los Incoterms reunidos en esta clasificación suponen el transporte marítimo de la mercancía o por vías navegables interiores de puerto a puerto. A este respecto, el transporte marítimo se caracteriza por ser un medio adecuado para transportar grandes volúmenes y es por ello que este medio es el globalmente más utilizado para el traslado de mercancías, por

¹⁰⁵ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 120.

¹⁰⁶ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 128.

cuánto la capacidad de carga y el alcance de distancias que puede recorrer, lo hacen uno de los más utilizados por los comerciantes.

Sin perjuicio que el transporte vía marítima sea el más recurrente, como se ha señalado *supra*, el transporte multimodal va en evidente ascenso por cuanto los contratos extienden el transporte de la mercancía ya no sólo de puerto a puerto, sino que la cadena logística puede abarcar la fábrica de alguna de las partes u otro lugar acordado por estas, de manera que la vía marítima se incluye sólo como una parte del transporte total de la mercancía. Así, “aproximadamente el 90% de las mercancías que se transportan en el mundo recurren al transporte marítimo”, sin que la cadena de transporte se agote en el transporte marítimo¹⁰⁷.

Ahora bien, los Incoterms 2010 excluyen la posibilidad de utilizar Incoterms de esta clasificación en caso de transporte en contenedor pese a que la entrega se realice en un puerto. Esto, ya que habitualmente en los casos en que la mercancía se transporta de manera contenerizada, esta se entrega en el puerto *dentro* del contenedor y no cargado *a bordo del buque*, por lo que no son aplicables las reglas que regulan el transporte marítimo y para ello deberán usarse las reglas Incoterms para el transporte multimodal.

6.2.1. Única modificación de esta clasificación: FOB, Free On Board o Libre a bordo

FOB es uno de los Incoterms más utilizados por la práctica mercantil. Por su extendida aplicación, esta condición mantuvo las obligaciones y responsabilidades de las partes, modificando el que, dentro de las responsabilidades del vendedor, la entrega de la mercadería *a bordo del buque* contratado por el comprador en el puerto de embarque. Desde ese momento, se entiende transmitido el riesgo al comprador, quien además deberá asumir los restantes costos que suponga el éxito de la operación.

Cabe recordar, que la anterior versión contemplaba que el momento de la transmisión del riesgo se producía al momento en que la mercancía *sobrepasaba la borda del buque*, lo que llevó a problemas de determinación de la responsabilidad en los casos en que la mercadería sufría deterioros justamente desde el momento en que sobrepasaba la borda, pero no se encontraba *a bordo* por no estar posicionada. En este sentido, con la delimitación a

¹⁰⁷ CABRERA, Alfonso. (2011). *Transporte Internacional de Mercaderías*. Madrid: Publicaciones ICEX, p. 42.

bordo del buque, la CCI busca reducir los problemas interpretativos derivados de algún accidente y consecuente deterioro o pérdida de la mercancía al momento de su carga¹⁰⁸.

En este Incoterm, el comprador negocia directamente con la compañía naviera responsable del flete, logrando un casi total poder de negociación respecto del desarrollo de la cadena logística de transporte, lo que le permite alcanzar mejores precios según sus prioridades y posibilidades. En este sentido, si es el importador o comprador quien posee ventajas para negociar, es probable que busque la incorporación de este término Incoterm respecto de otros que signifiquen para él un menor control sobre la operación.

¹⁰⁸ En este sentido, la modificación de la denominación '*traspasar la borda del buque*' a '*a bordo del buque*' opera para los Incoterms FOB, CFR y CIF. Véase el capítulo tercero, apartado 4.4. Determinación de la transmisión del riesgo en cláusulas FOB, CFR y CIF.

CAPÍTULO CUARTO: ANÁLISIS CRÍTICO ACTUAL

1. INCOTERMS 2010 Y EL NUEVO PARADIGMA DEL MERCADO ECONÓMICO SUPRANACIONAL

Las modificaciones que introduce la versión del año 2010 a los Incoterms suponen cambios relevantes en el desarrollo práctico de la cadena logística de contratación y transporte de mercaderías. Éstas, se sitúan dentro de un contexto de revisión normal propio al ajuste de esta herramienta privada a los usos o costumbres mercantiles, a las nuevas tecnologías o métodos de contratación y a las necesidades de los usuarios de estas herramientas: los comerciantes.

Por otra parte, los cambios en materia de contratación y en particular -lo que nos convoca-, los cambios en el comercio internacional de mercaderías han modificado el paradigma del intercambio internacional hacia un modelo de intercambio comercial *supranacional*. Bajo esta premisa, cierta parte de la doctrina destaca las falencias que ha tenido el derecho mercantil para alzarse como un derecho supranacional, llevando incluso a responsabilizar al fenómeno de la codificación por la limitación de dicho desarrollo. Estos autores destacan, por ejemplo, que la gestación de un mercado meramente europeo fue superada por la economía mundial, y en ese sentido “la idea de que un mercado único -o común- exige un derecho único -o común- se ha evidenciado falsa”¹⁰⁹.

Este nuevo paradigma supone cambios en el desarrollo del comercio en el cual se alzan como principios i) la no discriminación, ya sea entre interlocutores comerciales, productos o servicios; ii) la libertad, entendiendo con esto que los inversionistas han de confiar en que los Estados no implantarán obstáculos comerciales de manera arbitraria; iii) la competitividad, en el sentido que la adaptación normativa a los nuevos tiempos desalientan el desarrollo de prácticas desleales entre competidores; y, iv) la existencia de distintos sujetos como parte de una operación comercial, destacando las multinacionales y los Estados¹¹⁰.

¹⁰⁹ ROJO, Ángel. (2014). *El derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado*. Revista de Derecho Mercantil, N°291, p. 138.

¹¹⁰ CÁNDANO PÉREZ, Mabel. (2018). *La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal*. Revista Prolegómenos derechos y valores, Vol. 21 N°41, p.152.

En este contexto, las reglas Incoterms 2010 surgen para hacer frente “a la realidad de las operaciones de compraventa internacional y su evolución, tratando de clarificar mediante su inclusión al contrato, el reparto de los costes, las obligaciones y los riesgos entre la empresa vendedora y la compradora” dotando de mayor seguridad la operación jurídica involucrada, reduciendo los riesgos derivados de la incertidumbre y adecuándose al desarrollo cada vez más masivo del comercio, haciendo frente a los desafíos que propone el nuevo paradigma¹¹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la versatilidad y rapidez de los nuevos medios y tecnologías introducidas al transporte internacional de mercancías provoca que las revisiones de los Incoterms comiencen a analizarse inmediatamente luego de publicar una última versión. En este sentido, los análisis posteriores a la dictación de los Incoterms 2010 se han enfocado en i) el rol de los Incoterms ante el incumplimiento del contrato de compraventa internacional y nacional; y; ii) la aplicabilidad de las modificaciones introducidas y las falencias que aún presentan estas reglas para su aplicabilidad.

2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LA REGLA INCOTERM

En la compraventa internacional, el incumplimiento -entendido como aquel “hecho objetivo consistente en cualquier infracción de los contenidos de la regla contractual” lesionando el interés del acreedor y obstando al cumplimiento de las obligaciones- puede verificarse de diversas formas¹¹². En este sentido, puede configurarse a partir de la inejecución de la prestación debida, un desvío parcial en el cumplimiento de la prestación, la ejecución tardía de esta o el incumplimiento de obligaciones contraídas a efectos de pactar las condiciones para el transporte de la mercancía, como sería el caso del incumplimiento de la regla Incoterm incorporada al contrato específico.

¹¹¹ CABRERA, Alfonso. (2013). *Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*. Barcelona: Ed. Marge Books, p. 27.

¹¹² VIDAL, Álvaro. (2006). *El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N°3, p. 451.

Como se ha señalado, los Incoterms no incluyen reglas para la solución de controversias derivadas del incumplimiento contractual y tampoco constituyen ley en sentido estricto, sino que son usos comerciales. En este sentido, los Incoterms se circunscriben como una práctica comercial internacional privada *-lex mercatoria-*, en la que los particulares tienen absoluta libertad para la realización de transacciones comerciales en virtud de su autonomía privada, jurídicamente reconocida. Sin embargo, ante el incumplimiento de estas reglas, no existe predeterminación acerca de la regla de conflicto llamada a solucionar el asunto, lo que ha derivado en que diversos tribunales hayan fallado de diversas formas, alejándose de la pretensión unificadora del derecho comercial internacional.

Dicha problemática, se encuentra directamente relacionada con la falta de adaptabilidad de las normativas estatales -principalmente, Códigos de Comercio- a los usos mercantiles y provoca una desadecuación entre las normativas internacionales y las domésticas por cuanto los criterios de solución a problemas interpretativos relativos a la aplicación de los Incoterms en el contexto de un contrato de compraventa internacional, parten de premisas distintas.

Las soluciones a las que se puede llegar para subsanar el incumplimiento de las distintas obligaciones que emanan del contrato no siempre siguen el mismo criterio jurídico para solucionarse. En este sentido, cuando se incluye una regla Incoterm dentro del contrato de compraventa -considerando que los Incoterms regulan sólo ciertos aspectos del contrato relativos al transporte de la mercancía-, la interpretación del tribunal llamado a conocer del asunto debe guiarse por la misma regla para resolver los aspectos regulados por ésta, por aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Esto es, las partes decidieron incorporar una regla Incoterm al contrato y con ello renuncian tácitamente a cualquier otra ley aplicable sólo en lo referente a los aspectos efectivamente regulados por los Incoterms.

Sin embargo, la determinación de cuál será el tribunal llamado a conocer del asunto y la normativa aplicable ante el incumplimiento de una regla Incoterm no está del todo clara. Lo anterior, ha derivado en distintas soluciones jurisprudenciales que no han contribuido a la uniformización de criterios para la solución de este tipo de conflictos, sino por el contrario, han propendido a la diversificación de soluciones posibles en base a criterios de argumentación erróneos que no se condicen con la realidad jurídica internacional y la pretensión de eficacia

de los Incoterms de “establecer un estándar o conjunto de estándares que sean aceptables para su uso en la industria correspondiente”¹¹³.

Para resolver esta incertidumbre, la misma CCI recomienda a las partes fijar en el contrato las reglas o la normativa aplicable en caso de infracción a las reglas Incoterm. Así también, recomienda la inclusión de una cláusula de arbitraje en los contratos de compraventa internacional a partir de la cual el conflicto se dirima ante árbitros de la misma CCI. En este sentido, el incorporar una cláusula de arbitraje en el contrato internacional pareciera ser la alternativa más conveniente, por cuanto supone ventajas en relación a la solución de la controversia que lo han transformado “hace no poco tiempo en el principal mecanismo de solución de controversias, permitiendo que las partes, en la elección del derecho aplicable, incluso, puedan sujetarse a derecho no estatal o *lex mercatoria*”¹¹⁴.

En sentido de lo anterior, el incluir un Incoterm en el contrato no es suficiente para concluir que de la infracción a esta regla la solución jurisprudencial deba guiarse por una regla estatal en específico, o que el asunto deba zanjarse mediante arbitraje ante la CCI, para lo cual será necesario que las partes incluyan una cláusula especial en el contrato de compraventa internacional.

Sin embargo, las partes no siempre incluirán una cláusula arbitral o la ley aplicable al contrato, por lo que existirán numerosos casos en los que será necesario interpretar las normas locales e internacionales para determinar la ley aplicable al contrato y cuál es el juez o tribunal llamado a conocer del asunto.

2.1. Ley aplicable y juez llamado a conocer del asunto en las compraventas domésticas

Para la determinación del juez llamado a la solución del conflicto derivado de la infracción al contrato de compraventa, habrá que diferenciar primero si se trata de una compraventa nacional o internacional de mercaderías.

¹¹³ REDONDO, Agustín. (2011). *Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales a determinadas formas de contratación entre profesionales*. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Extraordinario-2011, pp. 245.

¹¹⁴ PICAND, Eduardo. (2017). *Las Cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 68.

En sentido de lo anterior, si se trata de compraventas de mercancías con incorporación de una cláusula Incoterm y realizadas en Chile, habrá que estar a si las partes sometieron el contrato a arbitraje o si, por el contrario, sometieron el contrato de compraventa de mercancías a las leyes chilenas de manera expresa o nada señalaron respecto a la determinación de la ley y el juez llamados a conocer del asunto. Así, en el derecho comparado y en los principales tratados e instrumentos internacionales se reconoce a las partes de un contrato internacional la posibilidad de elegir la ley aplicable. Sin embargo, distinto es el caso en que las partes - siendo chilenas- ejecuten el contrato en Chile. En este sentido, el juez deberá fallar de acuerdo a su *lex fori*, en este caso, al artículo 16 del Código Civil o, aplicando las normas de derecho internacional si las reglas de su *lex fori* lo permiten. En este sentido, podrían las partes explorar la posibilidad de remitir a los Incoterms en cuanto uso comercial internacional constitutivo de costumbre y a partir del artículo 4 del Código de Comercio chileno.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en estos casos, no se cumple el presupuesto geográfico para la concurrencia de la Convención de Viena como ley supletoria, por cuanto esta aplica únicamente tratándose de compraventas internacionales de mercaderías, por lo que en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones que supone el contrato de compraventa, el tribunal que conozca del asunto deberá estarse a lo resuelto por la normativa interna del país^{115 116}.

En el caso de haber sometido las partes el contrato a la jurisdicción arbitral, la controversia la dirimirá el árbitro designado en el mismo contrato o el nombrado posteriormente por las partes. Asimismo, si las partes se someten a la resolución de un tribunal nacional, éste dirimirá el conflicto -según se ha dicho- por las reglas de su *lex fori*.

Si las partes nada dicen respecto al tribunal llamado a conocer del asunto, este deberá ser resuelto por el tribunal nacional que corresponda, de manera supletoria. En este sentido, para la interpretación del cumplimiento de la regla Incoterm incorporada en el contrato deberán

¹¹⁵ SANDOVAL, Ricardo. (2015). Derecho Comercial. Tomo IV, Derecho Comercial Internacional. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 74.

¹¹⁶ En este mismo sentido: “lo que no pueden hacer las partes es acudir a las reglas contenidas en otro cuerpo normativo cuando se trate de un contrato meramente interno”. GALLEGOS, Jaime. (2014). *El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio*. Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado, p. 226.

seguirse las leyes para la determinación del juez competente llamado a solucionar el asunto en virtud de los artículos 108 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, por cuanto en los casos de compraventas domésticas, la normativa supletoria ante el silencio de las partes será el Código Civil por remisión del artículo 16, el cual dispone que:

“Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas.”

Asimismo, en virtud del artículo 2 del Código de Comercio y en medida que el derecho civil opera como normativa supletoria en el ordenamiento, la solución a la controversia deberá dirimirse bajo la interpretación de las normas establecidas en Código Civil, a partir de la utilización de las reglas relativas a la compraventa en los artículos 1793 y siguientes, y asimismo, los remedios ante el incumplimiento consagrados en el artículo 1553 y siguientes del mismo cuerpo legal¹¹⁷.

Así, por expresa indicación del Código Civil chileno como norma supletoria y ante el silencio de las partes, las compraventas domésticas respecto de bienes situados en Chile se someterán a las leyes chilenas, y, en medida que no existe otra normativa internacional que pudiera concurrir al caso como supletoria -por cuanto, como se ha dicho, este tipo de contratos no están dotados del componente internacional-, deberá sujetarse la interpretación de la regla Incoterm a la normativa chilena, salvo -como se ha señalado *supra*-, se considere una remisión a los usos mercantiles como ley aplicable en tanto costumbre mercantil reconocida por el derecho chileno.

Sin duda, la inclusión de la aplicación de los Incoterms a los contratos de compraventa domésticos es un avance en pro de la uniformización de las reglas mercantiles. Sin embargo, hasta hoy no existe jurisprudencia que permita establecer un criterio uniforme para el fallo de controversias acerca de la aplicabilidad de las reglas Incoterm incorporadas en contratos de

¹¹⁷ El artículo 2 del Código de Comercio señala: “En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.

compraventa domésticas. Así, el hecho que sea el tribunal de cada Estado el llamado a resolver los asuntos relativos a las compraventas internas previsiblemente provocará una diversificación de criterios alejándose de los objetivos del establecimiento de usos mercantiles, esto es, que de su aplicabilidad resulten los mismos efectos en cualquier contrato de compraventa en que estos sean incluidos.

2.2. Ley aplicable y juez llamado a conocer del asunto en compraventas internacionales

En el caso de las compraventas internacionales, se abre el abanico de posibilidades por cuanto existe más de una jurisdicción a la que las partes podrán someter la interpretación de las reglas Incoterms a la luz del incumplimiento contractual, lo que estará determinado por las demás cláusulas que las partes hayan incorporado en el contrato. Así, el juez llamado a conocer del asunto podrá ser i) el árbitro que las partes hayan designado o hayan convenido designar; ii) el juez de la jurisdicción a la que las partes se hayan sometido -del lugar donde se encuentre el vendedor o el comprador-; o, iii) el juez llamado a conocer el asunto de manera supletoria. En este sentido, lo primero es estar a la voluntad de las partes de acuerdo a lo estipulado en el contrato de compraventa internacional, relativo al juez llamado a conocer del asunto y la ley aplicable.

El problema de la determinación del juez llamado a conocer del asunto se complejiza cuando las partes nada hayan dicho acerca de cómo solucionar eventuales conflictos, por cuanto como se ha señalado reiteradamente, las reglas Incoterms no contemplan *quién* debe resolver la controversia.

En el caso de bienes situados en Chile, tal y como se señala *supra*, si las partes de una compraventa internacional nada dicen acerca del tribunal llamado a conocer el asunto litigioso, deberán estarse a la supletoriedad del artículo 16 del Código Civil y consecuentemente, someter la controversia al juez que corresponda de acuerdo a la aplicación de las reglas de competencia del Código Orgánico de Tribunales chileno.

Así, por ejemplo, si se celebra una compraventa internacional de mercaderías entre partes ubicadas en Perú y Chile que suponga el transporte desde el Puerto peruano del Callao a Valparaíso, la determinación del momento de entrega variará dependiendo de cuál es la

cláusula Incoterm específica que las partes incluyan en el contrato, y con ello, el juez del lugar de la entrega de la mercancía.

En este sentido, si en el señalado contrato se incorpora: “*FCA. Puerto de Valparaíso, Chile. Incoterms 2010*”, se entenderá que la entrega se materializará cuando la mercancía esté a bordo del buque del primer transportista que se encuentre en el puerto de Valparaíso. Además, se entenderá que en este lugar se produce la transmisión del riesgo y toda pérdida o deterioro durante el transporte hasta el destino final será responsabilidad del comprador.

Por otra parte, en caso de que se incluya “*CIF. Puerto de Valparaíso, Chile. Incoterms 2010*”, se entenderá que el transporte lo paga el vendedor hasta llegar al puerto de destino, que en este caso sería el de Valparaíso, pero el momento de entrega se verificará cuando el vendedor ponga la mercancía a bordo del buque del primer transportista en el país de origen, en este caso, en el respectivo puerto de embarque en Perú.

En el primer caso, el tribunal competente para conocer del asunto será el de Valparaíso, por cuanto es en ese lugar donde debe cumplir la entrega de la mercancía. Viceversa, en el segundo caso propuesto la entrega se producirá en Lima, por lo que el tribunal llamado a conocer del asunto será el que corresponda de esa ciudad.

Cuestión aparte es la determinación de la ley llamada a resolver el asunto en caso de silencio de las partes. En este sentido, si las partes no incorporaran una cláusula de derecho aplicable, pero nombran un árbitro, será este quien debe decidir el asunto de la ley aplicable al fondo de la controversia, ponderando las reglas incorporadas en el contrato y la realidad de prácticas generalmente aceptadas en el comercio internacional, idea que recoge el Reglamento de Arbitraje de la CCI al establecer que¹¹⁸:

"Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.

¹¹⁸ PICAND, Eduardo. (2017). *Las Cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 99.

*En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos pertinentes*¹¹⁹.

De igual manera, “el tribunal nacional tendría que aplicar las normas de conflicto de su *lex fori* para indagar cuál es el derecho sustantivo que tendrá que usar para resolver la controversia”¹²⁰. En este mismo sentido, el artículo 28 N°2 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional dispone que:

“Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

A este respecto, la doctrina ha desarrollado el concepto de *elección tácita* para referirse a aquella ley implícita que se entiende aplicar al contrato ante el silencio de las partes. Sin embargo, para que la elección de ley sea vinculante, esta debe ser *real*, en el sentido de “existir una intención real de las partes de que cierto derecho sea el derecho aplicable, y no basta una mera presunción de intención”¹²¹.

Para la interpretación de los Incoterms cabe tener en consideración su naturaleza jurídica de uso comercial en el marco de la *lex mercatoria*, y a su vez, para una elección tácita de ley, cabrá tener en cuenta que la *lex mercatoria* es justamente un conjunto de normas llamada a regular los componentes de contratos comerciales de carácter internacional, por lo que en el caso concreto de error en la interpretación de los Incoterms, será la *lex mercatoria* como conjunto de normas elaboradas y aplicadas por la sociedad internacional de comerciantes, la llamada a solucionar el asunto¹²².

Ahora bien, el instrumento que refleja “las principales reglas del contrato de compraventa, comunes a varios sistemas jurídicos, o de la costumbre internacional” y por tanto

¹¹⁹ Regla 17, Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

¹²⁰ PICAND, Eduardo. (2017). *Las Cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 92.

¹²¹ MAHU, Pablo. (2017). *Los principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales como modelo de actualización al sistema chileno*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 60.

¹²² VÁSQUEZ, María Fernanda. (2017). *La Convención de compraventa internacional de mercaderías y su aplicación como lex mercatoria en el arbitraje comercial internacional*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 119.

aplicable a los contratos internacionales en cuanto sistematiza la *lex mercatoria*, es la Convención de Viena en cuanto regulación internacional que recoge la aplicación e interpretación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías¹²³.

En medida que el contrato en cuestión cumpla con los requisitos de aplicación de la Convención y su aplicación no haya sido excluida expresamente por las partes en el contrato, es esta normativa la llamada a regular el asunto, independientemente de si las partes la han incorporado o no como regulación en su contrato. Esto, siempre que se trate de una compraventa entre sujetos establecidos en Estados que hayan previamente ratificado la Convención y por lo tanto, esta se encuentre vigente en ellos.

En este sentido, si la compraventa cumple con el criterio material, geográfico y temporal para la aplicación de la Convención, trata de un contrato que obligue a una de las partes a entregar una cosa a cambio de un precio, las partes contratantes se ubican en distintos Estados, y, el contrato es posterior a la vigencia de la Convención, entonces este queda bajo la regulación de la Convención de Viena¹²⁴. En este sentido, el tribunal que determine los efectos jurídicos del incumplimiento está llamado a interpretar la Convención “teni[endo] en cuenta su carácter de instrumento internacional” en todo aquello que las partes no hayan previsto en la reglamentación de la compraventa, y asimismo, tendrá el deber de “promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional”¹²⁵

126

¹²³ *Íbid*, p. 132.

¹²⁴ En este sentido, Sandoval señala que “la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías es únicamente aplicable a las operaciones internacionales y su vigencia impide que los contratos que quedan comprendidos en su campo de aplicación se rijan por reglas de derecho internacional privado. Los contratos internacionales que no entran en el ámbito de su aplicación, así como aquellos en los cuales las partes hayan convenido en la aplicación de otra normativa, no se ven afectados por la Convención de Viena de 1980 (...)”. SANDOVAL, Ricardo. (2015). *Derecho Comercial*. Tomo IV, *Derecho Comercial Internacional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p.74.

¹²⁵ En virtud del artículo 7 de la Convención de Viena que dispone: 1) *En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.* 2) *Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado*

¹²⁶ SANDOVAL, Ricardo. (2015). *Derecho Comercial*. Tomo IV, *Derecho Comercial Internacional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 74.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, las partes de la compraventa pueden haber excluido la aplicación de la Convención en uso de sus facultades, y a partir del artículo 9 de la Convención, dicha exclusión resulta perfectamente válida, por cuanto señala que:

1. *Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas;*
2. *Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.*

Así, en el sentido del numeral segundo del artículo 9 de la Convención de Viena, las partes del contrato pueden excluir la aplicación de la Convención a este. En este sentido lo ha reconocido la doctrina al señalar que las partes de un contrato de compraventa internacional de mercaderías pueden excluir total o parcialmente la aplicación de la Convención y “establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”¹²⁷.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia arbitral han reconocido incluso la posibilidad de exclusión *tácita* de la aplicación de la Convención, y en este sentido, esta “debe ser producto del mutuo acuerdo de las partes, por lo que no cabe una exclusión unilateral”¹²⁸. Así también, para determinar la exclusión tácita de la Convención como ley aplicable, esta “no puede entenderse excluida por el solo hecho de que las partes se hubieren sometido al derecho interno de un Estado”, de manera que la intención de exclusión de las partes debe identificarse claramente al tenor de las cláusulas incorporadas al contrato de compraventa internacional¹²⁹. De esta manera, opera la exclusión total o parcial de la Convención “cuando

¹²⁷ SANDOVAL, Ricardo. (2015). Derecho Comercial. Tomo IV, Derecho Comercial Internacional. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 73.

¹²⁸ PICAND, Eduardo. (2017). *Las Cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 80.

¹²⁹ VÁSQUEZ, María Fernanda y VIDAL, Álvaro. (2018). *Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la lex mercatoria*. Revista de Derecho N°34, p. 244.

[las partes] invocan una ley específica o un instrumento internacional que rijan materialmente los mismos temas”, lo que opera en el caso de los Incoterms¹³⁰.

En medida que concurran los presupuestos para entender efectivamente excluida la aplicación de la Convención al caso concreto, ya sea de manera expresa por las partes o en virtud de la interpretación de la intención de las mismas, el juez deberá aplicar la normativa que se ajuste a la intencionalidad de las partes y en este sentido, interpretar la correcta aplicación de la regla Incoterm incluida en el contrato.

2.3. Incoterms ante el incumplimiento o interpretación errónea

Lo primero a tener en consideración ante el incumplimiento, es precisamente determinar qué se entenderá por *incumplimiento* en los términos de la compraventa celebrada.

Como se ha señalado *supra*, el incumplimiento puede significar un desvío en las prestaciones o la inejecución de la prestación contemplada en cada una de las obligaciones de un contrato, ya sean esenciales o accidentales. Sin embargo, para los efectos que convocan este trabajo, nos detendremos en el análisis del incumplimiento de la regla Incoterm incorporada al contrato de compraventa de mercancías.

Al incorporar un Incoterm específico en el contrato de compraventa, inmediatamente pasan a estar regulados los elementos relativos a i) la entrega de la mercancía; ii) la transmisión del riesgo; iii) los gastos que supone la compraventa; y, iv) la entrega y/u obtención de la documentación necesaria para traslado de la mercancía, por lo que los errores de aplicación del Incoterm en específico dirán relación con estos aspectos.

En sentido de lo anterior, dentro de los errores comunes en la aplicación de las reglas Incoterms se encuentran la aplicación de estos en contextos en los que no aplican, como es el caso de uso de Incoterms exclusivos para el transporte marítimo a compraventas que contemplan transporte multimodal.

¹³⁰ OVIEDO ALBÁN, Jorge. (2009). *Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (A propósito de reciente jurisprudencia chilena)*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, N°14, p. 202.

Así también, uno de los principales aspectos que regulan los Incoterms es el momento de la entrega de la mercancía. Bajo estas reglas, este momento se entenderá como aquel en que la mercadería se pone a disposición del primer porteador, lo que produce la transmisión del riesgo al comprador. En este sentido y como se ha señalado *supra*, la *entrega de las mercancías* no necesariamente se relaciona con la llegada de éstas al destino final, lo que no pareciera estar siempre claro entre las partes de una compraventa internacional. En este mismo sentido, otro error común, resulta de la confusa interpretación del momento de la transmisión del riesgo, lo que deriva en problemas de efectividad del Incoterm incorporado en el contrato.

Para comprobar que un Incoterm específico ha sido incorporado a un contrato de compraventa de mercancías y efectivamente seguido pese a la interpretación errónea de una de las partes, la doctrina ha señalado que “la parte que invoca un Incoterm o un uso seguido en el comercio internacional tiene la obligación de probarlo”¹³¹. En este sentido, cabe tener en consideración que los Incoterms en cuanto usos comerciales “cumplen una función integradora o interpretativa” del contrato y se incluyen en el contrato para dotar de un componente de orden internacional a la compraventa en específico¹³². Sin embargo, a partir de la disponibilidad de las reglas Incoterms no puede interpretarse que estas pueden ser alteradas arbitrariamente e incorporadas en un contrato en específico aludiendo a que, a partir de la autonomía de la voluntad, la regulación de estos podría variar, lo que constituye una interpretación en extremo acomodaticia de la utilización de los Incoterms.

El juez o árbitro que conoce la controversia está autorizado a integrar la voluntad de las partes conforme a la *lex mercatoria*, en cuanto “concreción de un uso comercial ampliamente conocido y regularmente observado” en el tráfico comercial internacional, lo que necesariamente implica entender que la intención de las partes es someterse a usos internacional preestablecidos y en ese sentido, el juez deberá interpretar el Incoterm a partir de la regulación que este efectivamente contempla según su contenido en cuanto uso comercial y no a partir de lo que *las partes hayan entendido* que era su contenido¹³³. Así, pese

¹³¹ ADAME, Jorge. (2010). Adame, Jorge. *El Derecho de los Contratos Internacionales*. Contratación y Arbitrajes Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 107.

¹³² PICAND, Eduardo. (2017). *Las Cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 101.

¹³³ VÁSQUEZ, María Fernanda y VIDAL, Álvaro. (2018). *Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la lex mercatoria*. Revista de Derecho N°34, p. 248.

a que los Incoterms constituyen un documento privado “que no tiene ninguna sanción oficial”, estos “tienen validez jurídica en cuanto que [son] una colección de reglas que son ya una costumbre ampliamente difundida y regularmente observada en el comercio internacional”, cumpliéndose así con el rol unificador de las prácticas comerciales internacionales y con la efectividad del Incoterm incorporado al contrato¹³⁴.

En sentido de lo anterior, el laudo N°8502 del año 1996 pronunciado por la CCI resolvió que la referencia de las partes a instrumentos de derecho comercial internacional -entre ellos, los Incoterms- implicaba la intención de estas de “disciplinar sus relaciones comerciales por los usos del tráfico y los principios generalmente aceptados en el comercio internacional”, debiendo resolver la controversia a partir de la aplicación de los mismos¹³⁵.

3. PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS INCOTERMS

A principios del siglo XXI, la doctrina fue dejando constancia de los cambios que supone el proceso de la globalización y determinando la existencia de corrientes a las que Chile -entre otros países- deben abrirse camino, dando paso a las oportunidades e inserción a este sistema global¹³⁶. Hoy, somos testigos de un mundo en transición hacia un sistema globalizado con variados puntos de debate, entre ellos económicos y jurídicos, que cada vez van adquiriendo mayor importancia en medida que la distancia entre las relaciones jurídicas entre parte que se encuentran geográficamente alejadas, son virtualmente menores.

La pretensión de los Incoterms 2010 de reglar contratos nacionales e internacionales y con ello, sentar los cimientos de una regulación supranacional, lleva consigo el desafío a todos los Estados en los cuales los comerciantes utilicen estas reglas, de perfeccionar su normativa interna, de manera que esta no colisione con las pretensiones de las partes, sino que propenda a la solución eficiente y eficaz de sus necesidades.

¹³⁴ ADAME, Jorge. (2010). Adame, Jorge. *El Derecho de los Contratos Internacionales*. Contratación y Arbitrajes Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 12.

¹³⁵ VÁSQUEZ, María Fernanda y VIDAL, Álvaro. (2018). *Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la lex mercatoria*. Revista de Derecho N°34, p. 259 y 260.

¹³⁶ ALLARD NEUMANN, Raúl. (2003). *Política internacional, regionalismo y el rol de las aduanas. Aspectos teóricos y prácticos*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXIV, p. 26.

3.1. Situación de la aplicación internacional

La utilización de los Incoterms a nivel internacional resulta cada vez más masiva, por cuanto las características de una economía en donde la mercadería se transa de manera cada vez más rápida y expedita hacen de la aplicabilidad de los Incoterms un aliado al momento de simplificar las formas de contratación. Más aún, si se tiene en consideración la modificación introducida por los Incoterms 2010 en cuanto a la utilización de estos para compraventas domésticas, lo que lleva consigo el aumento en la aplicación de estas reglas en contratos de compraventa celebrados entre partes de una misma área económica -como lo es, por ejemplo, la Unión Europea-.

Dentro de los problemas de aplicación internacional, se encuentra principalmente el problema de su desconocimiento. Esto ya que, si bien se ha producido una masificación en el uso de los Incoterms, no siempre se tienen claros los términos que cada una de estas reglas suponen o incluso, por tendencia a replicar los Incoterms más utilizados, estos se incorporan a contratos en donde no aplican. Lo anterior sucede, por ejemplo, cuando se incorporan Incoterms para el transporte marítimo en el caso de transporte multimodal.

Respecto a la solución de controversias internacionales relativas a la aplicación de las reglas Incoterm, la variedad de laudos arbitrales es muy amplia, y sin perjuicio que la CCI posee su propio cuerpo arbitral, normalmente las partes de una controversia sometida a arbitraje internacional ante la CCI solicitan la reserva de sus antecedentes, por lo que no se puede hablar con certeza de una *tendencia* en la resolución de conflictos. Sin embargo, sí se puede estar al objetivo de la CCI al momento de crear y actualizar los Incoterms, a saber: propender a la uniformización de un criterio internacional, aplicable por los comerciantes en todo el mundo de manera idéntica. Así, debe concluirse que la CCI optará siempre por la interpretación del Incoterm que más se ajuste a la realidad de lo que el Incoterm en específico efectivamente regula.

3.2. Situación de la aplicación en Chile

Dentro de los problemas que presenta la aplicabilidad de los Incoterms 2010 y los Incoterms en general, en Chile, se encuentra la problemática de su desconocimiento. Así, la

diversificación del uso de todos los Incoterms disponibles para las partes ha sido muy baja, y no obstante las variaciones introducidas por los Incoterms 2010, en la práctica los comerciantes siguen utilizando las mismas reglas, a saber, FOB, CIF y CFR¹³⁷.

Asimismo, y también en virtud del desconocimiento de las reglas Incoterm, los comerciantes confunden la utilización de los Incoterms insistiendo en incorporar reglas para transporte marítimo en casos en donde el transporte se realizará de manera contenerizada.

En relación a lo mismo, respecto de los casos de las reglas Incoterms que suponen la contratación de un seguro con una cobertura preestablecida por las mismas reglas Incoterm, en la práctica los comerciantes no contratan el seguro, o no se contrata bajo los términos contemplados en los Incoterms, desarrollados *supra*.

Por otra parte, respecto a la aplicación que le ha dado la jurisprudencia a los usos comerciales internacionales, según se ejemplificará más adelante, no existe un criterio uniforme por cuanto existen fallos en los que se ha señalado que no pueden considerarse reglas materiales que rijan la solución del conflicto en medida que quien conozca del asunto sea un tribunal estatal, por lo que, bajo este razonamiento, la solución a una interpretación de las partes que no se condiga con lo que efectivamente regula el Incoterm, debiese ser resuelta a partir del derecho interno. Así, cierta jurisprudencia ha llegado a la errada conclusión de que los usos y costumbres mercantiles no estarían llamados a solucionar la controversia en virtud de un criterio de competencia formal y material fundado en la aplicación de reglas del Derecho chileno, a partir del artículo 16 del Código Civil y consecuentemente, las normas relativas a la compraventa contenida en los artículos 1793 y siguientes y las reglas de interpretación del contrato contenidas en los artículos 1560 y siguientes.

En el caso que el llamado a conocer del asunto sea un tribunal arbitral, la solución debiese ser distinta por cuanto los árbitros van más allá al considerar que no es necesario que se apliquen normas sustantivas de la ley del lugar de entrega, sino que se pueden aplicar incluso usos y costumbres reconocidos en el lugar de entrega de la mercancía. Lo anterior, ya sea si las partes sujetaron el contrato a ley extranjera o por aplicación del artículo 28 N°2 de la Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional que permite al juez árbitro solucionar

¹³⁷ ZUVANICH, Sonia. (2017). *Los Incoterms 2010 y su aplicación en Chile*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 410.

la controversia a partir la ley que estime aplicable. Sin embargo, y como se ha señalado *supra*, no existe abundante jurisprudencia al respecto y la mayoría de los laudos arbitrales tienen el carácter de privado, por lo que no ha podido sentarse una tendencia en la solución de la controversia en este caso, de someter el contrato a usos mercantiles y, por tanto, a la *lex mercatoria*.

Independientemente de las variables que determinan la ley llamada a resolver el asunto y el tribunal que deba aplicarla, pareciera ser que no existe – al menos en Chile- un camino claro a seguir en casos de incumplimiento y/o existencia de diversos criterios interpretativos en contratos de compraventa en los que se haya incluido una cláusula Incoterm. Sin embargo, la única certeza jurídica que se puede tener a este respecto está dada por lo que las partes hayan deseado efectivamente regular con el contrato y, así, para resolver un conflicto de este tipo deberá siempre buscarse la intención de las partes en la contratación.

En este sentido, la primacía de la voluntad supone que “cuando los contratantes manifiestan claramente su voluntad, no hay conflicto posible producido por las exigencias de las diferentes legislaciones”¹³⁸, por lo que independiente del camino, la solución no debiese ser diversa. Así, sin perjuicio de no haber señalado las partes el derecho aplicable al contrato no debiera un juez concluir que aplicarían de manera inmediatamente supletoria las normas locales o domésticas, por cuanto los Incoterms en cuanto usos comerciales poseen elementos que los caracterizan como reglas supranacionales, y, por tanto, la ley aplicable debe estar en línea con los criterios internacionales de reconocimiento de estos usos.

Sin perjuicio de lo anterior, cierta jurisprudencia chilena insiste en determinar como norma de conflicto el artículo 16 del Código Civil, lo que resulta anacrónico para los tiempos en los que nos encontramos, por cuanto significa desconocer la aplicación del derecho determinado por las mismas partes del contrato en virtud de la inclusión expresa de un Incoterm a este y/o la existencia de una regulación globalizada en materia de comercio internacional.

¹³⁸ GALLEGOS, Jaime. (2014). *El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio*. En: Picand Albónico, Eduardo (ed.). *Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado*, p. 216.

El desconocimiento de la aplicabilidad de los Incoterms significa desconocer el peso normativo de la *lex mercatoria*, e incluso, significa desconocer la aplicabilidad de la Convención de Viena como regla supletoria internacional y manifestación misma de la *lex mercatoria*, lo que genera “vacíos e incongruencias en las reglas que regulan las relaciones contractuales que cuentan con elementos internacionales relevantes”¹³⁹.

Así, a partir de la investigación realizada se puede señalar que la aplicación de los Incoterms en Chile no se ha adaptado de manera eficiente, por cuanto, la escasez de jurisprudencia respecto de la aplicación de los Incoterms como también el bajo desarrollo doctrinario a propósito de la eficacia de los Incoterms y las posibles soluciones ante divergencias en su interpretación, no generan un marco jurídico contextual propicio a la expectativa de la correcta y eficaz implementación de los Incoterms en Chile.

En este punto, la doctrina reconoce la dificultad asociada a la implementación de directrices de carácter internacional que regulan el desarrollo de los usos mercantiles en un mundo globalizado por cuanto existe persistencia -ya sea manifiesta u oculta- de preservar los particularismos nacionales no obstante los intentos supranacionales de armonización. En este sentido, “la tarea de armonización exige atender a los ‘efectos reflejos’ y no sólo a los ‘efectos directos’ de la introducción normativa. El resultado, según la experiencia enseña, es que la armonización va acompañada de importantes ‘desarmonías’”¹⁴⁰.

3.2.1. Incongruencias en el criterio jurisprudencial

Como se ha señalado *supra*, Chile es un país que mantiene “vacíos e incongruencias en las reglas que regulan las relaciones contractuales que cuentan con elementos internacionales relevantes” y en ese sentido, “los postulados expresados por la doctrina y los tribunales no son armónicos”¹⁴¹. Así, los fallos de los tribunales chilenos “no presentan criterios

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 214.

¹⁴⁰ ROJO, Ángel. (2014). *El derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado*. Revista de Derecho Mercantil, N°291, p. 139.

¹⁴¹ GALLEGOS, Jaime. (2014). *El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio*. En: Picand Albónico, Eduardo (ed.). *Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado*, pp. 212-220.

uniformes que nos permitan con certeza definir las características centrales del sistema de [d]erecho aplicable a los contratos internacionales en nuestro ordenamiento jurídico”¹⁴².

Así, los tribunales han fallado de manera diversa no pudiendo establecerse si ante un conflicto derivado del contrato de compraventa internacional en el que se establece una cláusula Incoterm, debe recurrirse a la ley i) de la Convención de Viena, que ha sido utilizada hasta el 2016 sólo en doce oportunidades¹⁴³; ii) del Estado de alguno de los comerciantes; iii) del lugar en donde deba cumplirse la obligación; o, iv) del Estado que posea una regulación más cercana al contrato.

Lo cierto es que existe jurisprudencia que aplica la normativa chilena desconociendo las reglas de derecho internacional privado. Así, en la causa caratulada Samsung Digital Imaging Co Ltd. con Importadora y Exportadora Pt Marque, el 3º Juzgado de Letras de Iquique en fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Iquique, condenó a la demandada a pagar por concepto de cobro del precio de la mercancía, en circunstancias que ésta alegaba la sujeción a modalidad de la condición de pago, desconociendo así el tribunal la aplicación de la Convención, por cuanto el artículo 54 de la referida norma señala que el comprador está en cumplimiento siempre que adopte las *medidas para hacer posible el pago* y se cumplan los requisitos del contrato, esto es, no necesariamente cuando la contraparte haya cumplido con su obligación¹⁴⁴. Este desconocimiento de la aplicación de la Convención se produce ante un caso en que evidentemente se cumplían los presupuestos materiales, geográficos y temporales para su aplicación, por no haber invocado las partes en la demanda ni en la contestación alguna alusión a las normas contempladas en ella. Lo anterior derivó en que la solución a la que llegó el tribunal -condenando a la demandada por incumplimiento contractual y por no haber acreditado el pago- difirió con aquella a que debiese haber arribado si hubiese seguido las reglas de la Convención.

¹⁴² GALLEGOS, Jaime. (2014). *El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio*. En: Picand Albónico, Eduardo (ed.). Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado, p. 223.

¹⁴³ GROB, Francisco. (2016). *El ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías y su integración con el Derecho Internacional Privado chileno*. Revista chilena de Derecho Privado, N°27, p. 46.

¹⁴⁴ Samsung Digital Imaging Co Ltd con Importadora y Exportadora Pt Marquet (2012): 3º Juzgado de Letras de Iquique, 12 de septiembre de 2012. Causa Rol C 3095-2009.

En sentido contrario se encuentra el fallo del 24º Juzgado Civil de Santiago a partir de una causa entre Medtronic Usa Inc. Con Med Implant y Cía Limitada, y confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en que sí se reconoce la aplicación de la Convención para la solución del asunto contencioso, señalando a tal efecto que “*cabe recordar la existencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que si bien no fue citada por ninguna de las partes, regula las compraventas internacionales como la de autos*”, condenando así a la demandada por no pago del precio como obligación correlativa al haber recibido la cosa comprada¹⁴⁵.

Respecto de este tipo de casos, en donde debe evaluarse la pertinencia de la aplicación de la *lex mercatoria*, parte de la doctrina ha dicho que “son de naturaleza unilateral, y por ende incompletas” ya que “fueron dictadas en una época en que primaba el principio de soberanía de los Estados y la globalización era un fenómeno que aún no tenía la fuerza de la época contemporánea”¹⁴⁶.

De lo señalado, se puede concluir que la aplicación jurisprudencial de los usos comerciales derivados de la *lex mercatoria* se están comenzando a utilizar de manera incipiente, y en este sentido, la doctrina chilena ha ido crecientemente proponiendo los criterios a seguir respecto a la normativa aplicable en caso de contratos internacionales que deba conocer un tribunal chileno, pero sin llegar a proponer directrices concretas respecto de los Incoterms.

A efectos de este trabajo de investigación se puede concluir que en el caso de elección expresa o tácita de la ley aplicable a partir de la inclusión de un Incoterm en el contrato, éste determinará el lugar y momento de entrega de la mercancía y con ello el tribunal llamado a conocer del asunto y, teniendo en cuenta lo desarrollado por la Convención y aún más, considerando que ésta opera de manera supletoria y que se encuentra ratificada y vigente en Chile, todos los aspectos no regulados por el Incoterm deben ser regulados supletoriamente por la Convención “por cuanto se trata de una norma especial en materia de compraventa

¹⁴⁵ Medtronic Usa Inc. Con Med Implant y Compañía Ltda. (2015) 24º Juzgado Civil de Santiago, 13 de octubre de 2015. Causa Rol C 9248-2013.

¹⁴⁶ GALLEGOS, Jaime. (2014). *El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio*. En: Picand Albónico, Eduardo (ed.). *Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado*, p. 235.

internacional y porque lo regula de forma material y sustantiva”¹⁴⁷. Finalmente, y sólo en caso de que exista algún aspecto de la controversia que no pueda zanjarse a partir de lo que interpretativamente hayan querido establecer primitivamente las partes, deberá recurrirse al derecho del país del tribunal que esté conociendo del asunto¹⁴⁸. Ahora bien, la inexistencia de un criterio unificado en el sentido que -como se ha dicho- existe jurisprudencia que niega la aplicación de oficio de la Convención de Viena en cuanto tratado internacional ratificado y vigente en Chile, permite concluir que en el caso de la interpretación de los Incoterms tampoco existirá en el corto plazo un criterio unificado respecto de su aplicación.

3.2.2 Necesidad de certidumbre jurídica y derecho comparado

Como ya se ha dicho a lo largo de este trabajo, los Incoterms constituyen un uso comercial internacional reconocido y utilizado por distintos actores alrededor del mundo. También, se ha señalado que “[l]a costumbre internacional es una vía efectiva en cuanto se traduce en prácticas jurídicas comunes” y es en virtud de la generación de una práctica jurídica común que es necesario garantizar la efectividad de la incorporación de una regla comercial internacional a un contrato¹⁴⁹.

Aplicado a los Incoterms, la certeza jurídica dice relación con la seguridad de las partes acerca de la efectividad de una cláusula Incoterm incorporada en el contrato, así como también, con el establecimiento de los tribunales llamados a conocer del asunto en caso de una controversia litigiosa.

Chile no cuenta con una ley que reconozca la existencia de las reglas Incoterms, lo que podría, a lo menos, guiar a los jueces al momento de resolver y en ese sentido, el legislador debiese prever y reconocer la existencia de estas -y otras reglas que comprendan usos mercantiles- ante su inclusión en un contrato de compraventa, ya sea internacional o nacional por cuanto el fenómeno de la globalización económica genera una cierta armonización de las

¹⁴⁷ CASTELLANOS, Esperanza. (2012). *El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega. Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4 N°2, p. 98.

¹⁴⁸ GROB, Francisco. (2016). *El ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías y su integración con el Derecho Internacional Privado chileno*. Revista chilena de Derecho Privado, N°27, p. 57.

¹⁴⁹ ADAME, Jorge. (2010). Adame, Jorge. *El Derecho de los Contratos Internacionales*. Contratación y Arbitrajes Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 20.

prácticas económicas y empresariales, por lo que, no ajustar la legislación a ellas es restar a los comerciantes chilenos -y a aquellos no comerciantes pero que aun así las utilizan- de certeza respecto de la utilización de estas reglas.

En el derecho comparado latinoamericano, no existe a priori una regulación específica relativa a la consideración de los Incoterms como usos comerciales incorporados por las partes a un contrato y que rigen, por tanto, lo dispositivo de este. Sin embargo, existen ciertas aproximaciones. Así por ejemplo en México, la legislación considera la inclusión explícita de las reglas Incoterms en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (vigente desde el 2006), la que señala en su artículo 256:

“Cuando en los contratos regulados por el presente título, los contratantes se refieran al o los Términos Internacionales de Comercio -en lo sucesivo INCOTERM o INCOTERMS respectivamente- de la Cámara Internacional de Comercio, se entenderá que el contrato celebrado corresponde a alguna de las modalidades marítimas según sea el caso, tal y como se conozcan en su edición vigente al momento de la celebración del contrato, salvo que parte del contenido obligacional del mismo se hubiere modificado mediante convenio por correspondencia de cualquier medio de transmisión de datos cruzada entre las partes; en cuyo caso se entenderá que la compraventa marítima fue modificada en los términos de la referida correspondencia”

Luego, estableciendo un criterio de determinación de la versión del Incoterm incorporado al contrato ante el silencio de las partes, dicha ley señala en el artículo 258 que:

“Para la aplicación de los INCOTERMS, si los contratantes sólo hacen referencia a éstos por sus nombres sin el texto completo, se aplicarán conforme a su edición vigente al momento de la celebración del contrato”.

Este ejemplo sirve para identificar cómo México compatibiliza los Incoterms en su calidad de reglas de derecho comercial internacional con el propio derecho interno.

Ahora bien, para el efectivo reconocimiento de las reglas Incoterm en un ordenamiento no basta la mera mención de estos, como en el sentido que lo hace el Código de Comercio de Costa Rica en su artículo 475:

“En los contratos de compra-venta (sic) en que se consigne la frase “Libre a bordo”, conocida con las siglas “FOB”, el vendedor fijará un precio que comprenderá todos los gastos hasta poner las cosas vendidas a bordo del barco o vehículo que haya de transportarlas a su destino, momento desde el cual corren por cuenta y riesgo del comprador. En cuanto a los posibles reclamos por calidad o cantidad u otros menoscabos imputables al vendedor, rige lo estipulado en el artículo 450 de este Código.”

En este sentido, la mera alusión a sólo una de todas las reglas disponibles no debe ser suficiente para considerar que un ordenamiento efectivamente *incorpora* las reglas Incoterm dentro de su regulación.

Así, se puede concluir que una de las vías para lograr mayor certeza jurídica en la efectividad de las reglas Incoterms puede ser la adecuación del marco normativo existente. En este sentido, la doctrina ha señalado que “si se desea que las [r]eglas Incoterms se incorporen al sistema jurídico (...) se necesita hacer referencia expresa en las leyes comerciales del país como pueden ser la Ley Aduanera y de Comercio Exterior o en el Código de Comercio”¹⁵⁰.

En el mismo sentido de lo anterior, se ha señalado que “es imprescindible que el país cuente efectivamente con un sistema que regule de manera certera y clara las normas de competencia judicial internacional”, por cuanto es la única vía de agilización del comercio internacional en caso de problemas¹⁵¹. En este sentido, las reglas derivadas de la *lex mercatoria* “tienen la ventaja de que los tribunales nacionales las reconocen y pueden hacerlas ejecutivas a través de sus derechos nacionales argumentando la autonomía de la voluntad”, lo que ante una legislación no actualizada y jurisprudencia equívoca como la chilena, no logra materializarse¹⁵².

¹⁵⁰ SOSA, Rafael. (2012). *Incorporación de las Reglas Incoterms al derecho comercial mexicano*. Uso y utilidad de los Incoterms 2010 en el comercio, aduanas y contratos de compraventa internacional, p. 271.

¹⁵¹ GALLEGOS, Jaime. (2014). *El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio*. En: Picand Albónico, Eduardo (ed.). *Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado*, p. 234.

¹⁵² SOSA, Rafael. (2012). *Incorporación de las Reglas Incoterms al derecho comercial mexicano*. Uso y utilidad de los Incoterms 2010 en el comercio, aduanas y contratos de compraventa internacional, p. 265.

4. CRÍTICAS ACTUALES

Dentro de las críticas que es posible realizar a los Incoterms 2010, se puede señalar el éxito de algunas modificaciones, como por ejemplo la ampliación de implementación de estas reglas a compraventas domésticas de mercancías, la reestructuración del grupo D y la división en categorías según medio de transporte utilizado, lo que evidentemente aporta facilidad para su utilización.

Sin embargo, existen problemas respecto de los cuales puede legítimamente esperarse que la próxima versión solucione, adaptándose así a la necesidad de certeza y práctica mercantil de los comerciantes. Dentro de estos aspectos, encontramos: i) el problema del desconocimiento de los Incoterms; ii) problemas asociados a la recomendación de inclusión de una cláusula de arbitraje en el contrato de compraventa; y iii) problemas específicos de la aplicación de ciertos Incoterms.

Por otra parte, podemos señalar que la doctrina posee un rol fundamental en el desarrollo de los Incoterms y la correcta aplicación e interpretación de estos en el contexto de los distintos ordenamientos locales.

4.1. Problema del desconocimiento

Dentro de las críticas esbozadas por los operadores del comercio y según como se ha señalado *supra*, se encuentra principalmente el problema del desconocimiento de los Incoterms. En este sentido, la CCI debiese considerar en la próxima edición de las reglas Incoterms la volver a incluir las guías de orientación como parte integrante de los Incoterms de manera que estas se encuentren disponibles y accesibles a las partes que decidan incorporar una cláusula Incoterm en sus contratos.

Lo anterior, resulta de particular importancia por cuanto con las reglas Incoterms 2010 justamente, intensifican la utilización de estas reglas al incluir la posibilidad de aplicarlas en compraventas domésticas de mercaderías. Así, la CCI debe propender a hacer a los Incoterms más prácticos y simples para ser utilizados por todos los operadores del comercio, sean internacionales o locales.

Por otra parte, el problema del desconocimiento ha llevado a que por regla general la parte más fuerte de una transacción sea una gran empresa, y de esta manera, la aplicación de los Incoterms en cuanto reglas de Derecho transnacional “tampoco ha estado exento de críticas por la falta de neutralidad que importaría su aplicación a pequeños comerciantes que deben aceptar su uso en las transacciones con las grandes empresas multinacionales”¹⁵³.

4.2. Problemas asociados a la recomendación de la cláusula de arbitraje

En virtud de los problemas en la determinación del tribunal llamado a conocer del asunto señalados *supra* y a que, con la aplicación doméstica de los Incoterms, su aplicación se amplió hacia derechos locales, resulta deseable que a partir de la nueva actualización de los Incoterms, la CCI recomiende una vía diversa a la incorporación de una cláusula arbitral en el contrato, estableciendo como sugerencia una guía para la determinación del tribunal llamado a interpretar los Incoterms en caso de problemas derivados de su aplicación cuando las partes no hayan determinado un árbitro para dirimir un conflicto.

Ahora bien, todas las recomendaciones que realice la CCI para la incorporación de reglas Incoterms en los contratos son justamente *recomendaciones*, lo que no las hace vinculantes a la hora de determinar el tribunal y la ley llamada a conocer del asunto. Por lo mismo, pese a las recomendaciones que pueda entregar la CCI, el rol fundamental para la clarificación del tribunal y ley llamados a conocer del asunto es de las partes del contrato y los distintos ordenamientos, por cuanto existan en ellos reglas que permitan solucionar conflictos derivados de la errónea aplicación o interpretación de los Incoterms. En este sentido, las partes de una compraventa serán responsables de la determinación de la ley aplicable y el tribunal llamado a conocer del asunto ya que, incluso en el supuesto que la de una recomendación de la CCI que lo determine, esta no resultaría vinculante para el tribunal ordinario que conozca del asunto.

Por otro lado, y en relación a la parte que posee menor poder de negociación en una compraventa internacional, la doctrina ha señalado que “pequeños y medianos empresarios y

¹⁵³ PICAND, Eduardo. (2017). *Las Cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales*. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, p. 66.

también las personas naturales que accidentalmente se ven en la necesidad de contraer obligaciones con elementos internacionales no conocen este derecho especial de los comerciantes, y por ello no acudirán para resolver sus controversias, al arbitraje comercial internacional”, lo que sumado a la ahora aplicación doméstica de los Incoterms, genera por otra parte la necesidad y responsabilidad de dotar a los ordenamientos jurídicos locales de mayor certidumbre respecto del reconocimiento de los usos comerciales de los que se valen las partes para regular sus contratos¹⁵⁴.

4.3. Aplicación de los Incoterms 2010

Respecto a la aplicación de los Incoterms 2010, la realidad práctica de estos nueve años desde su publicación en el año 2010 y entrada en rigor el 2011, evidencia ciertas inconveniencias que generan la expectativa -de parte de los operadores del comercio- de ser subsanadas por una próxima edición de los Incoterms.

En este sentido, y como ejemplos, se puede considerar i) los conflictos derivados de la utilización de los Incoterms EXW y DDP; ii) la baja utilización del Incoterm FAS; iii) utilización de FOB y CIF en transporte contenerizado; y, iv) falencias en la utilización de DDP.

4.3.1. Conflictos derivados de la utilización de los Incoterms EXW y DDP

EXW es un Incoterm regularmente utilizado por empresas o comerciantes que no suelen exportar o importar productos de manera regular y DDP es un Incoterm utilizado en casos a partir de los cuales el comprador recibe la mercancía en el lugar por él indicado, compartiendo así la característica con EXW de radicar la responsabilidad por la gestión del transporte casi en su totalidad a una sola de las partes. Además, ambos son ampliamente utilizados en compraventas de mercaderías domésticas. Estos Incoterms entran en conflicto con el nuevo Código Aduanero de la Unión Europea por cuanto este contempla una regla distinta de transmisión del riesgo, la que dependerá de la realización de la exportación o importación de mercaderías.

¹⁵⁴ GALLEGOS, Jaime. (2014). *El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio*. En: Picand Albónico, Eduardo (ed.). *Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado*, p. 219.

En sentido de lo anterior, los comerciantes han especulado acerca de la posibilidad de que la nueva versión de los Incoterms contemple la eliminación de los Incoterms EXW y DDP, en medida que su aplicación choca con una de las principales reglas de tráfico mercantil europeo, la que además, posee carácter obligatorio.

4.3.2. Baja utilización del Incoterm FAS

Dentro de las expectativas relativas a los cambios que incorpore la nueva versión de los Incoterms, se contempla la posibilidad de que el Incoterm FAS sea eliminado. Lo anterior, por cuanto es una regla de muy baja utilización en medida que guarda mucha similitud con el Incoterm FCA, que otorga mayor flexibilidad de entrega en el país de origen. Así, FAS contempla que la entrega de la mercancía por parte del vendedor al comprador se produce en el puerto de entrega, lo que en la práctica provoca dificultades en caso que el buque contratado para el transporte llegue antes o más tarde de lo previsto.

En sentido de lo anterior, si el buque llega antes de lo previsto, la mercancía podrá no estar disponible a ser embarcada, por cuanto a partir de este Incoterm el vendedor cumple su obligación de entrega en el muelle y no en el buque mismo. Por otra parte, si el buque se retrasa, esto implicará que la mercancía quedará en el muelle, a disposición del comprador, pero no *cargada* en el buque para ser posteriormente transportada.

De esta manera, el Incoterm FAS, por su casi nula utilización, no cumple con ser una regla de uso masivo por parte de los comerciantes, y por lo mismo y en consideración a que no cumple con el objetivo de las reglas Incoterms de ser un uso comercial real y efectivo entre las partes de una compraventa internacional, es que es altamente probable que sea eliminado en la próxima versión de Incoterms.

4.3.3. Utilización de FOB y CIF en transporte contenerizado

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, uno de los principales problemas que trae consigo la utilización de Incoterms en general y en particular de los Incoterms 2010 al masificar su uso en compraventas domésticas, es la utilización de Incoterms exclusivos del transporte marítimo en casos que el transporte no califica como marítimo.

En este sentido, los Incoterms 2010 contemplan que el transporte contenerizado de mercancías no es considerado transporte marítimo, por lo que no concurre la aplicación de Incoterms como FOB y CIF, los cuales son aquellos más utilizados y exclusivos del transporte vía marítima.

A este respecto, sería pertinente que la CCI evaluara las ventajas y desventajas que supone la apertura de estos Incoterms -FOB y CIF- a ser considerados posibles de aplicar en caso de transporte contenerizado, de manera de hacer frente a una realidad actual de los contratos de compraventa de mercaderías.

4.3.4. Falencias en la utilización de DDP

Si bien, la reestructuración de los Incoterms del grupo D ha tenido buena acogida por parte de los operadores del comercio, en el caso de DDP, se generan ciertos inconvenientes por cuanto los aranceles y gastos de aduana determinados por la normativa del país al cual se importa, los paga el vendedor, sea cual sea el lugar de entrega de la mercancía.

En sentido de lo anterior, a fin de dar cumplimiento a las obligaciones de las partes resulta confuso que el lugar de entrega pueda ser cualquiera, incluyendo tanto el terminal -entendiéndose este como la central de transportes, puerto o aeropuerto-, como lugar en el cual deben efectivamente realizarse las gestiones de pago y entrega de la documentación necesaria para la importación como una dirección en específico que no sea un puerto -como sería el domicilio del comerciante, por ejemplo-. Así, los comerciantes se encuentran expectantes a la creación de un nuevo Incoterm, que contemple la entrega en el terminal con cargo al vendedor del pago de los gastos aduaneros y otro, que contemple la entrega en cualquier otro lugar que no sea un terminal, sin perjuicio que también sea el vendedor quien se responsabiliza por el pago de los gastos aduaneros.

4.4. Desarrollo doctrinario de los Incoterms

Como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, la *lex mercatoria* comprende aquellos usos y costumbres mercantiles utilizados por los comerciantes para la regulación de sus negocios y en este sentido, los Incoterms son usos comerciales derivados de las prácticas mercantiles y la costumbre. Para dotar de eficacia jurídica a los Incoterms, es necesario que

la jurisprudencia y la doctrina cumplan un rol fundamental en su calidad de ciencias llamadas a perfeccionar la adecuación de estas normas a las nuevas costumbres desarrolladas y así propiciar la efectividad de éstas ante posibles conflictos interpretativos zanjados ante un tribunal.

Es por lo anterior que resulta necesario el desarrollo doctrinario de la aplicabilidad de estas reglas y su correcta interpretación, evitando fallos contradictorios acerca de la resolución de divergencias interpretativas a propósito de la incorporación contractual de los Incoterms. En ese sentido, “la mera acumulación de precedentes no significa nada si no hay una reflexión sobre los mismos, que los explique o critique, y los sistematice desde una perspectiva científica”¹⁵⁵. Así “[l]a fuente jurídica llamada a construir el derecho de los contratos internacionales, con independencia de los intereses políticos y económicos es la doctrina”¹⁵⁶.

En medida que la doctrina desarrolle el análisis de estas reglas, previsiblemente se evolucionará a la correcta aplicación de los Incoterms -en cuanto usos comerciales derivados de la *lex mercatoria*- por parte de los tribunales chilenos y, consecuentemente, a la construcción de un derecho mercantil supranacional a partir del cual las soluciones atingentes a cada uno de los casos que susciten la errónea interpretación de los Incoterms, se fallen bajo un mismo criterio y finalmente, se reconozca la aplicabilidad y eficacia de esta herramienta, estableciéndose una remisión clara a la ley llamada a resolver el asunto contencioso¹⁵⁷.

¹⁵⁵ ADAME, Jorge. (2010). Adame, Jorge. *El Derecho de los Contratos Internacionales*. Contratación y Arbitrajes Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 20.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p.20.

¹⁵⁷ ROJO, Ángel. (2014). *El derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado*. Revista de Derecho Mercantil, N°291, p. 136.

CONCLUSIÓN

Los Incoterms son reglas de carácter internacional que regulan las principales obligaciones en materia de transporte de mercaderías, creadas por la CCI y cuya naturaleza jurídica es de uso mercantil, en cuanto son una manifestación de la *lex mercatoria*. Así, estas reglas nacen del desarrollo comercial de las prácticas de los gremios y la industria del comercio y llegan a estandarizarse internacionalmente, facilitando el tráfico jurídico internacional.

Asimismo, la *lex mercatoria* es aquella ley de los comerciantes, de carácter consuetudinario y cuya aplicación a la relación jurídica en específico dependerá de la voluntad de las partes del contrato. En este sentido, las reglas Incoterms no constituyen ley, salvo que sean incorporadas en el contrato de compraventa de mercancías y con ello, pasan a ser ley para los contratantes.

Desde su creación en 1936, la CCI ha publicado nuevas versiones de la mano del proceso evolutivo que ha vivido el tráfico internacional de mercaderías. Así, la modificación y evolución de los Incoterms se encuentra en directa relación con el progreso y evolución del tráfico mercantil en general, el que a su vez se ve influido por las mejoras en transporte, el desarrollo de nuevas tecnologías de la información y telecomunicaciones y la mayor integración económica y apertura del comercio, variables que dan lugar a que la utilización de las reglas Incoterms vayan adaptándose y modificándose haciéndole frente a estos cambios, persiguiendo el objetivo de que su utilización suponga efectivamente ventajas para el desarrollo de su actividad.

En este sentido, los Incoterms 2010 actualizaron la última versión del año 2000 y cumplieron con adaptarse al comercio global -o supranacional- introduciendo modificaciones como i) la aplicación de estas reglas en el ámbito del comercio ya no sólo internacional, sino que también al nacional, de manera que también sean utilizadas para la regulación de contratos entre comerciantes que no necesariamente se relacionan en el ámbito del comercio exterior, sino que en áreas geográficas de un mismo país o también en aquellos casos de integración de zonas económicas; ii) la eliminación de reglas en evidente desuso e incorporación de otras que las reemplazan de manera eficaz; iii) la adaptación de estas reglas a las formas de comunicación y ejercicio del comercio modernas, -fuertemente influenciado por la expansión del comercio electrónico-; entre otras.

Sin perjuicio que los Incoterms 2010 hicieron frente a necesidades jurídico-comerciales de los operadores del comercio dotando al tráfico mercantil de una reglamentación acorde a las necesidades de los comerciantes, las reglas contenidas en esta versión presentan dificultades o problemas en su aplicación, que hacen necesario plantear la posibilidad de una nueva modificación que contemple la subsanación de las falencias de la última versión vigente. En este sentido, para la eficacia de las reglas Incoterms, y el cumplimiento de su fin último de uniformización y estandarización de los usos comerciales que se producen en el día a día del tráfico mercantil, resulta necesario que estas reglas se estudien periódicamente para luego ser modificadas de acuerdo con las necesidades que presenta el desarrollo del comercio supranacional, rol que cumple la CCI en cuanto órgano internacional que dicta y publica las reglas Incoterm.

Por otra parte, a partir de la amplitud de la aplicación de las reglas Incoterm a compraventas domésticas de mercancías, queda en evidencia la falencia de los distintos ordenamientos jurídicos locales en cuanto a su insuficiencia para una correcta aplicación de los Incoterms bajo normas del derecho interno, la indeterminación de la ley llamada a solucionar un eventual conflicto y la baja adaptabilidad de las reglas comerciales a los Incoterms. De esta manera, la desadecuación de las normas internas a los Incoterms en cuanto reglas internacionales genera un llamado de atención a todos los países en cuanto miembros de la comunidad internacional en relación a la necesidad de clarificación de la normativa interna en relación a la adaptación de esta a los usos mercantiles, pudiendo así dotar de certeza jurídica a los contratos de compraventa internacional y, en consecuencia, entregar seguridad en el tráfico mercantil a los comerciantes.

Finalmente, es de esperar que las nuevas reglas Incoterm contemplen la subsanación de las falencias presentadas por la versión 2010, haciéndose cargo principalmente del problema del desconocimiento de estas reglas, simplificando las negociaciones entre comerciantes y otorgando seguridad jurídica a las partes de una compraventa de mercancías.

BIBLIOGRAFÍA

1. ADAME, Jorge. (2010). El Derecho de los Contratos Internacionales. Contratación y Arbitrajes Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 3-21.
2. ALLARD NEUMANN, Raúl. (2003). Política internacional, regionalismo y el rol de las aduanas. Aspectos teóricos y prácticos. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso , Vol. XXIV, pp. 15-27.
3. BAEZA OVALLE, Gonzalo. (2003). Derecho Comercial. Tomo I. Santiago: Ed. LexisNexis.
4. BALLESTEROS ROMÁN, Alfonso. (2001). Comercio Exterior: Teoría y Práctica. Murcia: Universidad de Murcia.
5. CABRERA, Alfonso. (2013). Las Reglas Incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia. Barcelona: Ed. Marge Books.
6. CABRERA, Alfonso. (2011). Transporte Internacional de Mercaderías. Madrid: Publicaciones ICEX.
7. CADENA, Walter y CUBILLOS Germán. (2012). La transmisión del riesgo a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de Mercaderías. Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales, Vol. 37, pp. 27-48.
8. CALVO, Alfonso-Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. (1997). La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena. En: Contratos Internacionales. España, Ed. Tecnos, pp. 144-399.
9. CÁNDANO PÉREZ, Mabel. (2018). La unificación del derecho comercial internacional: nueva lex mercatoria como alternativa al derecho estatal. Revista Prolegómenos derechos y valores, Vol. 21 N°41, pp. 149-162.

10. CARVAJAL ARENAS, Lorena. (2006). La manifestación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, pp. 37-53.
11. CASTELLANOS, Esperanza. (2014). La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
12. CASTELLANOS, Esperanza. (2012). El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 4 N°2, pp. 93-122.
13. CCI. (2010) Incoterms 2010. ICC Pub. N°715. Paris: International Chamber of Commerce.
14. CNUDMI. (2013). Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Viena: Naciones Unidas.
15. Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional. (2010). INCOTERMS 2010, Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales. Barcelona.
16. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. (2009). Informe sobre el comercio y desarrollo 2009. Panorama general. Nueva York y Ginebra. Naciones Unidas.
17. COETZEE, Juana. (2013). The interplay between Incoterms and the CISG. Journal of Law & Commerce, Vol. 32 N°1, pp. 1-21.
18. ENDERLEIN, Fritz y MASKOW, Dietrich. (1992). International Sales Law. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Disponible en <<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein-art04.html>>.
19. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. (2004) Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales. Madrid: Consejo General del Notariado.

20. GALLEGOS, Jaime. (2011). Incoterms. Una valiosa herramienta del Comercio Internacional. Reseña a las principales modificaciones introducidas en su versión 2010. Anuario de Derecho Comercial y Marítimo, Vol. 2, pp. 133-166.
21. GALLEGOS, Jaime y POLANCO, Joaquín. (2013). Evolución jurídica de la Política Comercial de Chile: desde el GATT hasta el TPP. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda época, año I N°2, pp. 47-80.
22. GALLEGOS, Jaime. (2014). El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales. Una temática aún no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio. Estudios de Derecho Internacional Privado Chileno y comparado, pp. 213-243.
23. GROB, Francisco. (2016). El ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías y su integración con el Derecho Internacional Privado chileno. Revista chilena de Derecho Privado, N°27, pp. 45-94.
24. HUAMÁN, Marco Antonio. (2013). Comentarios a las innovaciones de los Incoterms 2010. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Vol. 11 N°12, pp. 321-246.
25. MAESSO CORRAL, María. (2011). La integración económica. ICE: Revista de Economía, Vol. 858, pp. 119-132.
26. MAHU, Pablo. (2017). Los principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales como modelo de actualización al sistema chileno. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, N°3, pp. 52-63.
27. MEDRANO FERNÁNDEZ, Violeta. (2007). El comercio terrestre castellano-portugués a finales de la Edad Media: Infraestructuras de apoyo a la actividad de mercaderes. Revista de Historia. Universidad de Valladolid, Vol. 8, pp. 331-356.
28. MORALES MORILLAS, Carlos. (2005). Régimen jurídico del transporte multimodal internacional de mercancías: problemática actual. Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, N°22, pp. 53-76.

29. OLAVARRÍA, Julio. (1970). Manual de Derecho Comercial. Barcelona: Ed. Claraso.
30. OVIEDO ALBÁN, Jorge. (2011). Estudios sobre compraventa internacional de mercaderías. Aplicaciones jurisprudenciales. Berlín: Ed. Académica Española.
31. OVIEDO ALBÁN, Jorge. (2009). Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (A propósito de reciente jurisprudencia chilena). *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N°14, pp. 191-219.
32. OVIEDO ALBÁN, Jorge. (2014). La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, Vol. 26, pp. 219-253.
33. PALIS-POPA, Lucia. (2012). Development of the International trade in terms of the Incoterms 2010 rules. *Annals of Dunarea de Jos, University of Galati*, Vol. XVIII N°1, pp. 99-106.
34. PICAND, Eduardo. (2017). Las Cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales. *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*. Año III, N°3, pp. 65-103.
35. POPA, Loan; BELU Michaela Gabriela y PARASCHIV Dorel Mihai. (2013). Global Logistics, Competitiveness And The New Incoterms. *Annals of Faculty of Economics, University of Oradea*, Vol. 1, pp. 159-166.
36. PUGA, Juan Esteban. (2005). El acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
37. RAMBERG, Jan. (2011). ICC Guide to Incoterms 2010. ICC Pub. N°720. Paris: International Chamber of Commerce.
38. REDONDO, Agustín. (2011). Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales a determinadas formas de contratación entre profesionales. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Extraordinario-2011, pp. 244-251.

39. ROJO, Ángel. (2014). El derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado. *Revista de Derecho Mercantil*, N°291, pp. 127-142.
40. RODRÍGUEZ, Maximiliano. (2010). Términos comerciales internacionales –Incoterms- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho colombiano. *Revist@ Mercatoria*, Vol. 9, N°2, pp. 1-73.
41. SANDOVAL, Ricardo. (2015). *Derecho Comercial. Tomo IV, Derecho Comercial Internacional*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
42. SOSA, Rafael. (2012). Incorporación de las Reglas Incoterms al derecho comercial mexicano. *Uso y utilidad de los Incoterms 2010 en el comercio, aduanas y contratos de compraventa internacional*, xx, pp. 261-275.
43. SOTO COAGUILA, Carlos. (2002). La contratación electrónica: los ‘contratos informáticos’ y los contratos celebrados a través de medios electrónicos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N°55, pp. 181-221.
44. STAPLETON, Drew, PANDE, Vivek y O’BRIEN Dennis. (2014). EXW, FOB or FCA? Choosing the right Incoterm and why it matters to maritime shippers. *Journal of Transportation Law, Logistics and Policy*, Vol. 81, pp. 227-248.
45. UGARTE, José Joaquín. (1970). *La obligación esencial del vendedor es transferir el dominio*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
46. VÁSQUEZ, María Fernanda. (2015). *Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial*. Santiago: Ed. Legal Publishing.
47. VÁSQUEZ, María Fernanda. (2017). La Convención de compraventa internacional de mercaderías y su aplicación como *lex mercatoria* en el arbitraje comercial internacional. *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*. Año III, N°3, pp. 117-134.
48. VÁSQUEZ, María Fernanda Vásquez. (2009). *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*. Santiago: Ed. Legal Publishing,

49. VÁSQUEZ, María Fernanda y VIDAL, Álvaro. (2018). Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la lex mercatoria. Revista de Derecho Nº34, pp. 233-275.
50. VIDAL, Álvaro. (2006). El Incumplimiento Contractual y los Remedios de que Dispone el Acreedor en la Compraventa Internacional. Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 Nº3, pp. 439-477.
51. VIDAL, Álvaro. (2006). El incumplimiento del vendedor y la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXVII, pp. 235-247.
52. ZUVANICH, Sonia. (2017). Los Incoterms 2010 y su aplicación en Chile. Revista Chilena de Derecho Internacional Privado. Año III, Nº3, pp. 397-411.

Publicaciones

1. CARLE, Gregorio Cristóbal. La transmisión del riesgo en el contrato de compraventa internacional y la Convención de Viena de 11 de abril de 1980: Breves apuntes. Diario del Exportador. Disponible en <<https://www.diariodelexportador.com/2017/10/la-transmision-del-riesgo-en-el.html>>.
2. UNESCO. El Convenio de Unidroit de 1995. Disponible en <<http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/>>

Documentos

1. NACIONES UNIDAS. (2010). Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería, pp. 35-44. Disponible en <<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>>.

2. Servicio Nacional de Aduanas. (2014). Anuario estadístico 2014. Departamento de Estudios del Servicio Nacional de Aduanas, p. 34. Disponible en <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20141017/asocfile/20141017182810/anuario_estadistico_servicio_nacional_de_aduanas_2014.pdf>

3. Servicio Nacional de Aduanas. (2018). Compendio Estadístico de Comercio Exterior Enero-Diciembre 2017. Departamento de Estudios del Servicio Nacional de Aduanas. Disponible en: <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20180123/asocfile/20180123154026/compendio_estadistico_compendio_2017_v02_23012018_final.pdf>

4. Servicio Nacional de Aduanas. Exportaciones por países y bloques 1991 a 2017. Disponible en <<http://www.aduana.cl/cuadros-y-series-estadisticas/aduana/2016-09-14/143317.html>>

5. Servicio Nacional de Aduanas. Importaciones por países y bloques 1991 a 2017. Disponible en <<http://www.aduana.cl/cuadros-y-series-estadisticas/aduana/2016-09-14/143317.html>>