

La transferencia del riesgo, la CISG y los INCOTERMS®

Fernando Sanquírigo Pittevil*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 110-139

Resumen: Este trabajo hace un análisis sobre la transferencia del riesgo en los Incoterms® y su relación con las normas sobre la transferencia del riesgo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Palabras clave: Transferencia del Riesgo, Incoterms®, CISG, Compraventa internacional

The passing of risk, CISG and INCOTERMS®

Abstract: *This essay analyses the passing of risk under Incoterms® and its relationship with the rules of the passing of risk enshrined in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.*

Keywords: *Passing of risk, Incoterms®, CISG, International sale.*

Autor invitado

Recibido: 19/07/2022

Aprobado: 21/08/2022

* Profesor de la Universidad Monteávila, Universidad Católica Andrés Bello y Adjunct Professor de la University of Missouri. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Director del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Asesor de la Dirección Editorial de Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

La transferencia del riesgo, la CISG y los INCOTERMS®

Fernando Sanquírigo Pittevil*

RVDM, E. 2, 2022, pp- 110-139

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Incoterms® como usos y costumbres mercantiles. 2. Aplicación de los Incoterms® bajo la CISG. 3. El riesgo y su transferencia. 4. Transferencia del riesgo bajo CISG. 5. Transferencia del riesgo bajo Incoterms®. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La utilización de los usos y costumbres cobra cada vez más relevancia en el comercio. No es que estos fueran irrelevantes o poco usados en el pasado, sino que, con el paso del tiempo, estos han sido de utilidad generalizada, incluso sorteando los intentos limitantes de algunos ordenamientos jurídicos que pretenden dar soluciones a los problemas, distintos a los que los actores comerciales se dan a sí mismos, configurados como usos y costumbres mercantiles.

Su relevancia llega a ser tal, que algunos organismos internacionales se han volcado sobre estos para codificarlos en instrumentos normativos –*soft law*–¹; mientras que algunos Estados han buscado en ellos la fuente, directa o indirecta, de las normas que positivizan dentro de sus territorios. Adicionalmente, ha habido casos en los que los codificadores internacionales han buscado darle un valor preponderante a los usos y costumbres mercantiles, de forma tal, que si bien, directamente, no están presentes, se les incorpora por referencia o se atiende a ellos como elemento de interpretación de los contratos que hacen vida en el comercio. Tal es el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (la “Convención” o “CISG” por sus siglas en inglés), la cual, entre sus cláusulas de interpretación, establece la preminencia de los usos y costumbres².

* Profesor de la Universidad Monteávila, Universidad Católica Andrés Bello y Adjunct Professor de la University of Missouri. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Director del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Asesor de la Dirección Editorial de Derecho y Sociedad, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila.

¹ Fernando Sanquírigo Pittevil, “*Soft law*. Derecho y terminología,” *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 13, (2020): 423. Ver también Javier Ochoa Muñoz, “Aplicación de la *Lex Mercatoria*” en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, coor Tatiana B. de Maekelt, Ivette Esis Villarroel y Carla Resende, Tomo II (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005), 823 “Por otro lado, desde los planteamientos de Schmitthoff, se ha resaltado que los usos y costumbres del comercio internacional ya no sólo se determinan de manera espontánea por la práctica comercial, sino que además resultan especialmente importantes los trabajos de las asociaciones gremiales comerciales (*formulating agencies*) como la Cámara de Comercio Internacional (ICC), sin duda alguna la más activa e influyente en este aspecto, la *International Air Transport Associations (IATA)*, etc. Asimismo, participan en esta labor de codificación o sistematización de los usos y costumbres, otras entidades de naturaleza intergubernamental académica o mixtas (UNCITRAL, UNIDROIT, CENTRAL, etc.). Entre los diversos entes se han venido desarrollando esfuerzos para sistematizar y codificar los usos y las costumbres, aunque lo cierto es que muchas veces esta labor trasciende la simple sistematización, y se convierte en una labor de creación y proposición de normas.”

² Expresamente, la Nota Explicativa de la CISG de la Secretaria de UNCITRAL establece a este respecto que “La Convención contiene disposiciones sobre cómo han de interpretarse las declaraciones y otros actos de una parte en el

Este tipo de disposiciones –especialmente las establecidas en el Artículo 9 de la Convención³– que incorporan los usos y costumbres mercantiles, las cuales se ajustan a las necesidades de los comerciantes, haciendo más eficientes sus relaciones comerciales⁴, han hecho de la Convención un instrumento de amplia aceptación, no solo por los Estados, sino por los mismos comerciantes, logrando que en la actualidad un 80% de las compraventas internacionales de mercaderías estén reguladas por la CISG⁵.

En este sentido, son precisamente los términos comerciales parte de esos usos y costumbres mercantiles que han sido constantemente utilizados por los comerciantes, los cuales han tenido innumerable aplicación al amparo de la CISG, ya sea por virtud de incorporación directa y, por tanto, aplicación preferente por acuerdo de las partes en el contrato⁶; o como hemos ya mencionado, por virtud de la aplicación del artículo 9 por ser estos, de nuevo, usos y costumbres mercantiles⁷.

Bajo el amparo de las premisas anteriores, este trabajo estará dedicado a estudiar el tema de la transferencia del riesgo bajo los Incoterms[®] y la Convención, para luego hacer una revisión final de la relación –si es que existe– respecto de la transferencia del riesgo, entre la CISG y los Incoterms[®] con miras a determinar si estos son excluyentes entre sí, o si hay un complemento ante la presencia de un Incoterms[®] bajo la aplicación de la Convención.

1. ¿Incoterms[®] como usos y costumbres mercantiles?

Para poder determinar la naturaleza de los Incoterms[®] como usos y costumbres mercantiles, es necesario, en primer lugar, comprender qué son, de dónde vienen y su relación con los términos comerciales⁸.

contexto de la formación del contrato o de su ejecución. Los usos convenidos por las partes, las prácticas que hayan establecido entre ellas y los usos del comercio, de los que las partes tenían o debieran haber tenido conocimiento y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, pudieran todos ellos ser obligatorios para las partes en un contrato de compraventa.”

³ Artículo 9 de la Convención. “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.”

⁴ Juana Coetzee, “The interplay between Incoterms and the CISG,” en *Journal of Law and Commerce* 32, no. 1 (2013), 3

⁵ Ingeborg Schwenzer, “Introduction” en *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 1

⁶ Artículo 6 de la Convención “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.”

⁷ Como veremos, existe una discusión sobre la naturaleza de los Incoterms[®] sobre si son o no usos y costumbres mercantiles.

⁸ Por términos comerciales (en inglés *trade terms, delivery terms, shipping terms*) nos referimos a las abreviaturas que utilizan los comerciantes para determinar de forma reducida, pero precisa las obligaciones referidas a la entrega de las mercaderías, la distribución de los costos y gastos de transporte y seguro, la distribución del riesgo, entre otros. Sobre este particular ver James Otis Rodner S., *Elementos de Finanzas Internacionales*, 3era ed. (Caracas: Editorial Torino, 2008), 968-969 explica sobre los términos comerciales que “[c]on el propósito de simplificar el entendimiento de cómo y dónde se va a realizar la entrega de los bienes producto de una venta y quién corre con los gastos de transporte y seguro, se han desarrollado términos de aceptación universal que describen las condiciones de entrega, seguros y los

Los usos y costumbres mercantiles “...son entendidos como prácticas y hábitos asumidos por los comerciantes en el desarrollo de su actividad y que gracias a su uso reiterado se convierten en fuente de derecho...”⁹; o dicho de otra forma son un conjunto de prácticas regularmente observadas por los comerciantes, que por su uso reiterado o consuetudinario crea expectativas frente a terceros capaces de obligar legalmente a los demás actores comerciales, siendo, además, parte de la *lex mercatoria*¹⁰.

Estos usos y costumbres mercantiles empezaron a conformarse durante la edad media, motivados por la necesidad de una regulación que hiciera eficiente el tráfico comercial, y por la ausencia de Estados sólidamente conformados capaces de crear normas jurídicas de aplicación general¹¹. Así, luego de un lánguido receso por parte del derecho mercantil en general como consecuencia del fortalecimiento del Estado moderno, surge, de nuevo, el derecho mercantil, a finales del siglo XIX¹², renaciendo con fuerza y características propias, que se nutre de los usos y costumbres que cada vez serán más desarrollados.

costos de los mismos (tales como FOB, CIF, etc.); mientras que Luis Cova Arria, *Comercio Internacional Incluyendo el Comercio Electrónico: Comentarios, casos y materiales*, 2da ed. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 102-103 considera que “[l]os “*términos comerciales*” tienen una doble función. En Primer lugar, son un método de identificación, mediante una denominación común. Esta evita largas discusiones y permite que las futuras partes contratantes delimiten la operación proyectada mediante el empleo de una corta fórmula. Con esto, los “*términos comerciales*” responden a la necesidad de rapidez que predomina en las transacciones comerciales, necesidad todavía más imperiosa, al tratarse del comercio internacional... Desde otro punto de vista, “*los términos comerciales*” tienen una función de incorporación por referencia, basta con que las partes se refieran a ellos, para que, automáticamente, se encuentren incorporadas al contrato todas las cláusulas que determinen las obligaciones que, en virtud de los usos, están comprendidas, de un modo característico, dentro del tipo de venta designado normalmente por el término empleado. Esto contribuye, en gran medida, a que se dé un contenido prácticamente idéntico a aquellos contratos que se refieren a una misma categoría de compraventa.”

⁹ Walter René Cadena Afanador, *La nueva lex mercatoria: La transnacionalización del derecho*, (Bogotá: Universidad Libre, 2004), 74-75

¹⁰ Para nosotros, los usos y costumbres mercantiles serán parte de la *lex mercatoria*, la cual comprende otros elementos aparte de los usos y costumbres. Sobre este particular existe discusión referente al concepto de *Lex mercatoria*, equiparando, en algunos casos, los usos y costumbres mercantiles a la *lex mercatoria* “...pues son usualmente asimilados en el empleo de un lenguaje flexible y pragmático. Además, tal delimitación podría verse influenciada por los particularismos de sistemas jurídicos nacionales, y por lo tanto no serían aplicables a la comprensión de un lenguaje jurídico universal... [por tanto] Los usos y costumbres, codificados o no, constituyen quizás la parte más esencial e irreductible de la *lex mercatoria*” Javier Ochoa Muñoz, 823, nota 1. En todo caso, según Miguel Gómez Jene “*Lex mercatoria* y arbitraje comercial internacional: El ejemplo de una nueva ley de arbitraje española” en *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, ed. Jorge Alberto Silva (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002), 138-139 “...haciendo ahora una fuerte simplificación de las posturas doctrinales existentes, podría afirmarse –en principio– que el debate ha girado básicamente en torno a cuatro puntos cardinales” aquel que se caracteriza por dudar de la propia existencia de la *lex mercatoria*; aquel que únicamente la concibe como un particular conjunto de usos y costumbres propios del comercio internacional –concepción *clásica*–; aquel que incluso llega a otorgarle rango de verdadero ordenamiento jurídico –concepción *avanzada*–; y, por fin, aquel que, desde una perspectiva eminentemente dogmática, ve en las técnicas clásicas del derecho internacional privado un importante cauce para crear y desarrollar esa suerte de *ius commune* que puede ser la *lex mercatoria*.”

¹¹ Para un recuento histórico sobre el surgimiento del derecho comercial, ver Jorge Alberto Silva “Resurgimiento de la *Lex mercatoria*: La regulación de las relaciones comerciales internacionales” en *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, ed. Jorge Alberto Silva (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002), 225-285

¹² James-Otis Ronder S., *La Globalización. Un proceso dinámico*. (Caracas: Editorial Anauco, 2001), 197 “...a partir de la Pax Britannicae (después de la Batalla de Waterloo). Con la Pax Americanis (2^{da} posguerra), el comercio internacional gana un desarrollo asombroso. Con este impulso contemporáneo del comercio, se van desarrollando usos y costumbres dirigidas a regular las relaciones entre exportadores e importadores, compañías navieras, compañías de

Entre estos nuevos usos y costumbres, se encuentran los términos comerciales, los cuales, mediante el uso de proposiciones cortas y abreviadas –DAP, CIF, EXW, etc.–, nutren de contenido específico a los contratos de compraventa internacional –en ocasiones de forma más eficiente que la propia ley aplicable–¹³, especialmente en lo referente a obligaciones relacionadas con la entrega de los bienes, los costos de transporte, seguro, y, por supuesto, transferencia del riesgo¹⁴.

Los términos comerciales –especialmente FOB, FAS y CIF– surgen a mitad de 1800 en virtud del “... surgimiento de la navegación a vapor, aun cuando hacia finales del siglo XIX, un 40 por ciento más o menos de la navegación marítima se hacía todavía a velero”¹⁵.

Así, el desarrollo de los términos comerciales por los usuarios de estos, los cuales por su naturaleza son dinámicos y susceptibles de desarrollos y modificaciones en el tiempo, hace que estos sean entendidos de diferentes formas, dependiendo del contexto y del lugar en que los mismos se adopten; razón por la cual, los redactores de la CISG no definieron ningún tipo de término comercial dentro de la Convención¹⁶. Adicionalmente, es usual que las partes que utilizan los términos comerciales, basados en la autonomía de la voluntad, modifican dichos términos, buscando hacer más eficiente su relación comercial¹⁷.

Lo anterior ha hecho que intentos codificadores de los términos comerciales hayan propuesto las definiciones de cada uno de estos, tratando de darle uniformidad, evitando así, costos transaccionales, desacuerdos y disputas sobre la interpretación de términos particulares que las partes de un contrato hayan podido elegir¹⁸. Entre estas codificaciones encontramos los *American Foreign Trade Definitions* de 1941; los incorporados en el artículo 2 del Uniform Commercial Code (“UCC”) de los Estados Unidos; y los más usados, los Incoterms® en su versión actual del 2020.

seguros y, recientemente, todo el proceso financiero internacional. Estos usos, prácticas y costumbres que regulan las relaciones comerciales y financieras internacionales constituyen la nueva *Lex Mercatoria*.”

¹³ Juana Coetzee, 3, nota 3

¹⁴ William P. Johnson, “Analysis of Incoterms as usage under Article 9 of the CISG,” *University of Pennsylvania Journal of International Law* 35, no 2 (Invierno 2013): 388 “By selecting and appropriate delivery term, parties define each of their respective responsibilities relating to shipment of the goods and satisfaction of customs formalities for transportation of the goods. The parties also define the risk of loss while the goods are in transit...”. Ver también Melissa Miller Proctor, “Comparing INCOTERMS® 2020 Rules and UCC Shipping Terms (FOB, FAS and CIF),” *Thomson Reuters Practical Law*, <https://1.next.westlaw.com/Document/I38f9445cea1a11ebbea4f0dc9fb69570/View/FullText.html?listSource=Foldering&originationContext=clientid&transitionType=MyResearchHistoryItem&contextData=%28oc.Search%29&VR=3.0&RS=cblt1.0>

¹⁵ Luis Cova Arria, 31-35, nota 8

¹⁶ Juana Coetzee, 3, nota 3 “The downside, however, is that commercial customs and practices are understood differently depending on the place and context in which they are applied. Moreover, by nature, trade terms are dynamic and susceptible to developments in commercial practice. Hence, trade terms’ meanings are not immutable. That was one of the reasons why the drafters of the CISG refrained from defining trade terms in the Convention.” Mientras que William P. Johnson, 388, nota 14 establece que “While delivery terms provide default allocation of risk and responsibility, the precise meanings of any of these delivery terms will ultimately depend on the applicable source of the definition for the delivery term.”

¹⁷ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee. *Global Sales and contract law* (New York: Oxford University Press, 2012) ¶29.27

¹⁸ William P. Johnson, 389-390, nota 14

Sobre los términos comerciales contenidos en el artículo 2 del UCC, en el 2003 se procedió a eliminar del articulado la referencia y definición de estos, debido a que no reflejaban las prácticas modernas¹⁹; lo que hizo que se dijera que dicha eliminación contribuiría aún más a la difusión y uso de los Incoterms^{®20}. Sin embargo, la eliminación de los términos comerciales de UCC no fue bien acogida dentro de los Estados Unidos, lo que llevó, en 2011, a una nueva revisión del artículo 2, y se revirtiera la eliminación propuesta en 2003²¹.

Por su parte, si bien UCC e Incoterms[®] comparten definiciones similares como FOB, FAS y CIF, existen diferencias entre otros términos, como por ejemplo C&F; Ex-Ship; y No Arrival, No Sale; Net landed weight; payment on arrival; overseas, términos contenidos solo en el UCC; mientras que términos como EXW, FCA, CPT, CIP, CFR, DAP y DPP se encuentran únicamente en los Incoterms^{®22}.

Como hemos visto, cada uno de los términos comerciales independientemente considerados, pueden ser o no utilizados en transacciones nacionales o internacionales, para delimitar ciertas obligaciones que tienen las partes en los contratos de compraventa de bienes. Dependiendo de la voluntad de las partes, el término escogido puede tener sus propias particularidades, sometido a la definición a la que se acojan las partes (e.g. UCC o Incoterms[®]); o incluso, habiendo escogido una definición recogida en algún instrumento, las partes podrán incorporar las modificaciones que éstas puedan considerar apropiadas; haciendo de los términos comerciales, elementos más o menos estándar, cuya aplicación dependerá de la interpretación dada en cada caso concreto.

En el contexto planteado en el párrafo anterior, los Incoterms[®] 2020, explican y definen 11 de los términos comerciales más utilizados en el comercio B2B, en lo referente a la compraventa de bienes, tanto nacional como internacional²³. De esta forma, queda claro que los Incoterms[®] no pretenden otra cosa que definir y, por tanto, estandarizar, los términos comerciales más utilizados, que, al serlo, parecen usos y costumbres comerciales. Sin embargo, al definir los términos comerciales, en algunas ocasiones, se hace arbitrariamente, desviándose de lo que sucede en la

¹⁹ Melissa Miller Proctor, nota 14

²⁰ Jan Ramberg, "To what extent do Incoterms 2000 vary articles 67(2), 68 and 69?" *Journal of Law and Commerce* 25, no 1 (Otoño 2005), 219

²¹ Melissa Miller Proctor, nota 14 "The 2003 revisions to Article 2 included the deletion of all shipping terms from the model code because they were thought to no longer adequately reflect modern shipping practices. However, no state enacted these amendments. In 2011, the Permanent Editorial Board for the UCC recommended the withdrawal of the amendments from the official text of the UCC. Therefore, the current official text of Article 2 has reverted to the pre-2003 version enacted in most states, with all shipping terms intact. However, many sources still retain the outdated text of the 2003 Amendments which does not contain shipping terms. Counsel should ensure it is working with the current version of Article 2, which does contain UCC shipping terms."

²² William P. Johnson, 392, nota 14

²³ International Chamber of Commerce. *Incoterms[®] 2020. ICC rules for the use of domestic and international trade terms*, (Paris: International Chamber of Commerce, 2019), 2 "The Incoterms[®] rules explain a set of eleven of the most commonly-used three-letter trade terms, e.g. CIF, DAP, etc., reflecting business-to-business practice in contracts for the sale and purchase of goods... The Incoterms[®] rules are NOT in themselves –and are therefore no substitute for– a contract of sale. They are devised to reflect trade practice for no particular *type* of goods –and for *any*. They can be used as much for the trading of a bulk cargo of iron ore as for five containers of electronic equipment or then pallets of airfreighted fresh flowers."

práctica mercantil, por lo que dichas definiciones vendrían a ser armonizaciones para la estandarización de los contratos de compraventa de bienes²⁴.

Esto ha hecho que la Cámara Internacional de Comercio (“ICC”) en un esfuerzo por proteger el trabajo intelectual realizado, de recoger e interpretar a los términos comerciales en general, ha registrado el nombre de Incoterms[®], requiriendo el uso del símbolo de registro ® cuando se use la denominación Incoterms^{®25}.

Sin embargo, a pesar del registro de la marca, ello no implica que ICC sea el propietario de los términos comerciales en general, o que pueda alterar o corregirlos en su forma de utilización en el comercio; o que otras organizaciones o personas no puedan interpretar los usos y costumbres mercantiles y definir los términos comerciales en el futuro²⁶.

Puede intuirse, entonces, que los Incoterms[®] propiamente dichos y en sentido técnico, no son usos y costumbres mercantiles, sino que cada uno de los términos comerciales definidos en sí mismos, pueden reflejar los usos y costumbres mercantiles; existiendo la posibilidad, que una definición arbitraria, dada por el codificador –en este caso ICC– sea utilizada por los participantes de los distintos mercados, de forma tal, que se convierta a su vez en un uso y costumbre en sí mismo.

Si bien los términos comerciales, comenzaron siendo un producto de los usos y costumbres mercantiles –que comenzaron a fraguarse a mediados del siglo XIX–; hoy en día, producto de la labor codificadora y armonizadora llevada a cabo por distintos organismos, y en especial por ICC, algunos o parte de los términos comerciales pueden llegar a ser ajenos a los usos y costumbres, y dependiendo de la aceptación de estos, podrán convertirse o no en usos y costumbres. Lo que sí parece ser claro, es que apartarse de los usos y costumbres podría ser un riesgo que dejaría sin uso el término comercial propuesto arbitrariamente, independientemente de la intención de su creación.

Quedaría entonces claro que, bajo la definición de *lex mercatoria*, continente de los usos y costumbres y demás codificaciones del derecho comercial internacional²⁷, se enmarcarían entonces

²⁴ Jan Ramberg, “Incoterms[®] 2010” en *Current Issues in the CISG and arbitration*, ed. Ingeborg Schwenzer, Yesim Atamer y Petra Butler, International commerce arbitration vol 15 (La Haya: Eleven International Publishing, 2014), 232 “It must therefore be concluded that Incoterms still reflect custom of the trade, but, in some respects, amount to no more than a standard form contract.”

²⁵ Ver <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-copyright/>

²⁶ Jan Ramberg, “Incoterms[®] 2010”, 232, nota 24

²⁷ José Carlos Fernández Rozas, “El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización,” en *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, no 5 (2000), 48-49 “En términos jurídicos importa detenerse en las fuentes de la nueva *lex mercatoria*. Si el derecho común de los comerciantes de la Edad media se basaba fundamentalmente “en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes del comercio internacional”, la nueva *lex mercatoria* se caracteriza por el hecho de que sus fuentes son de carácter “internacional”. No obstante, sentado esto, conviene separar debidamente dos aspectos distintos. De un lado, la denominada “legislación internacional”, constituida por un amplio número de tratados internacionales que crean un “derecho uniforme” del comercio internacional que incluye, preferentemente, las siguientes materias: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad intelectual e industrial, etc... En este sector existe, ciertamente, una práctica de los comerciantes generadora de “normas materiales comunes”, pero son los estados, por el cauce de un tratado internacional, quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su orden jurídico

los Incoterms[®], dada su naturaleza codificada por la ICC, que no hace sino interpretar, recoger, armonizar y, en algunas ocasiones, innovar términos comerciales.

Lo hasta aquí referido parece ser cónsono con la interpretación de ICC de los Incoterms[®] cuando expresamente requiere que estos sean utilizados como adjetivo y no como sustantivo, implicando que al hablar de Incoterms[®] sean referidos como las Reglas Incoterms[®] o las Definiciones Incoterms^{®28}; implicando que estas son unas Reglas o Definiciones propias realizadas o recogidas por esta organización.

A pesar de ello, la doctrina parece ser mayoritaria al aceptar que los Incoterms[®] son usos y costumbres mercantiles, que debieran ser conocidos por la mayoría de los participantes del comercio internacional²⁹; lo que contraría –en nuestra opinión– el sentido propio de los Incoterms[®], y más aún el verdadero valor de cada uno de los términos comerciales, definidos o no por la ICC, los cuales son, en su propia naturaleza, términos comerciales producto de los usos y costumbres³⁰. Sin embargo, como dijéramos, ello no obsta a que el uso de los Incoterms[®] sea tal, que determinados Incoterms[®] se conviertan a su vez en usos y costumbres mercantiles.

interno. De otro lado, un sector relevante de las fuentes de la nueva *lex mercatoria* está integrado por lo que genéricamente se califica de “usos y costumbres del comercio internacional” pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente: los llamados “términos comerciales uniformes” entre los que se encuentran los INCOTERMS adoptados por la *Cámara de Comercio Internacional*, las “condiciones generales de venta” aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los “contratos tipo” para la venta de ciertos productos, etc.

En el ámbito de la formulación de las normas, cada estado y cada sistema regional ha de establecer normas sobre el *Derecho del comercio internacional* que respeten un “análisis económico global”, tanto los objetivos de liberalización establecidos en el plano mundial como, más intensamente, en el plano regional (libertades comunitarias). Al mismo tiempo, las propias organizaciones internacionales que velan por el bien de tal economía mundializada, adoptan a menudo normas que, directamente, supone una reglamentación específica de los intercambios comerciales internacionales.”

²⁸ Ver <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-copyright/> cuando explican que “Do always use the trademark Incoterms[®] as and adjective to the ICC approved Rules” the Incoterms[®] Rules, an Incoterms[®] Rule, Incoterms[®] definition, (i.e. “Using the Incoterms[®] Rules”) and never as a noun (i.e. not “some Incoterms” or “When Incoterms are used”)

²⁹ Ch. Pamboukis, “The concept and function of usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods” *Journal of Law and Commerce* 25, no 1 (Otoño 2005), 126-127 “The INCOTERMS are commercial terms that have been established in the field of international sale of goods. Because of their broad application, in my opinion, they should be regarded in principle as usages.”; Juana Coetzee, 6, nota 3 “INCOTERMS[®] may apply on the basis of article 9(2) of the CISG as widely-observed international trade usages of which the parties knew or ought to have known.”. Sin embargo opiniones disidentes como Johan Erauw, “CISG Articles 66-70: The risk of loss and passing it,” *Journal of Law and Commerce* 25 (2006), 212 “Incoterm rules are neither international usages nor usages that the parties “ought to have known”; they require a contractual reference or a usage between the parties”; o en un sentido más reservado William P. Johnson, 403, nota 14 “The key question, then is, whether the Incoterms definitions of delivery terms reflect practices that are so established that they can be said to have reached the point at which participants in the relevant industry simply expect to abide by them. Ultimately, this is a factual inquiry to be undertaken by the relevant finder of fact. But commentary suggests that Incoterms have reached that point.”

³⁰ Jan Ramberg, “Incoterms[®] 2010”, 225, nota 24 al aseverar que los Incoterms[®] son un mero reflejo de la práctica del comercio, o en su mayor definición, usos y costumbres comerciales: “In fact, the value of Incoterms as an expression of international commercial practice...” Ver también Gonzalo Stampa “El comercio internacional: Definición y regulación. La denominada *Lex Mercatoria*. El Arbitraje Comercial Internacional: Definición y principales características,” en *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, Francisco José Peláez Sanz y Miquel Griñó Tomas (Barcelona: Bosch, 2009), 43 “Desde su creación la Cámara de Comercio Internacional de París centraría una parte de sus esfuerzos en la recopilación de los usos y costumbres más extendidas en el comercio internacional mercantiles, formulando en 1936 los denominados Incoterms”; y a Javier Ochoa Muñoz, 825, nota 1 “Con la

2. *Aplicación de los Incoterms® bajo la CISG*

Como hemos visto, existen dos posiciones respecto de la naturaleza de los Incoterms® (i) la que los considera como usos y costumbres del comercio internacional; y (ii) la que los considera como una codificación y armonización de los usos y costumbres, sin ser propiamente usos y costumbres en sí misma.

Dependiendo de la postura, su aplicación bajo la CISG puede darse de una u otra forma; ya que, como veremos, al amparo de la Convención, los Incoterms® pueden tener aplicación simultánea y/o preferente con aquella.

La Convención tiene como principio general, en el artículo 6³¹, a la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, tal y como está redactada la norma, las partes podrán excluir la aplicación de la Convención, en todo o en parte, o incluso modificar sus efectos³².

Así pues, bajo el amparo del mencionado artículo es posible hacer aplicables términos comerciales –incluidos los Incoterms®³³– lo que pareciera no crear mayores problemas de interpretación, cuando la incorporación de dichos términos comerciales se ha hecho de forma adecuada, sobre todo si la incorporación de estos se ha hecho de una fuente codificada, p.e., Incoterms®³⁴. En todo caso, bajo una perspectiva de incorporación expresa de los términos comerciales, no cabría la discusión sobre la naturaleza de estos, incluidos los Incoterms®, puesto que su aplicación a la relación contractual viene hecha en virtud de la aplicación de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, tal y como explicaremos, aun cuando se haya hecho la incorporación del término comercial de forma adecuada, no implica que no deban hacerse interpretaciones, sobre todo en lo concerniente a la interrelación –si es que esta es posible– entre la Convención y los términos comerciales incorporados en el contrato.

incorporación de tales términos las partes aluden indirectamente a sus obligaciones y responsabilidades, lo que las constituye en verdaderas cláusulas abreviadas, cuyo contenido queda comprendido por las correspondientes versiones de los INCOTERMS. Estos no hacen otra cosa que recoger el significado contractual de los términos más utilizados en la práctica de la compraventa internacional de mercaderías.”

³¹ CISG Artículo 6 “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.”; mientras que en la Nota Explicativa de UNCITRAL se establece que “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. Esta exclusión tendrá lugar, por ejemplo, cuando las partes declaren aplicable a su contrato la ley de un Estado contratante, o el derecho sustantivo interno de un Estado contratante. La Convención dejará de ser aplicable siempre que una estipulación del contrato se aparte de lo dispuesto en la Convención.”

³² Juana Coetzee, 5, nota 3 “It is therefore permissible to depart from the provisions of the CISG to varying degrees. Parties can either deviate from the effect of a particular rule or they can totally exclude a provision and replace it by their own regulation.”

³³ Ineborg Schwenger y Pascal Hachem, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part I Sphere of Application and General Provisions. Ch. I Sphere of Application, Article 6,” en *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 105

³⁴ Johan Erauw, 213, nota 29

En todo caso, la incorporación expresa de un término comercial a un contrato –sometido a la aplicación de la CISG– de forma inadecuada, puede generar serios problemas de interpretación, implicando costos que las partes han podido evitar. Como hemos visto, los términos comerciales tienen diversas fuentes –ya sea los usos y costumbres mercantiles, la UCC, Incoterms® u otra fuente alterna–, por lo que la inadecuada inclusión de estos términos comerciales implicaría ver más allá de la simple autonomía de las partes, y realizar un trabajo interpretativo de la voluntad de las partes, sus usos y prácticas, e incluso las negociaciones llevadas a cabo por ellas, tal y como lo requiere el artículo 8 –especialmente el ¶3– de la Convención³⁵.

Bajo el escenario de incorporación inadecuada de los términos comerciales, pareciera no haber problema relativo a la voluntad de las partes de aplicar un término comercial (DAP, FOB, CIF, etc.), sino relativo a la forma que las partes puedan haber querido o entendido en que se interpretaba dicho término –entre esta interpretación, también cabe, la referida a la transferencia del riesgo–. Bajo este parámetro habría que indagar, basados en el artículo 8 de la CISG, en la intención de las partes, sus negociaciones, sus prácticas, los usos y el comportamiento de estas en la ejecución de sus negocios en general.

Adicional a la aplicación de la autonomía de la voluntad, queda reforzada la aplicación de cualquier uso y/o prácticas establecidas por las partes en el contrato, de acuerdo con el artículo 9(1) de la Convención³⁶. En todo caso, tal y como acabamos de mencionar, el artículo 9(1) no hace sino reforzar la idea de la incorporación expresa de los términos comerciales –en concordancia con el artículo 6 CISG–, y las prácticas que éstas hayan establecido en sus relaciones comerciales –en concordancia con el artículo 8 CISG–³⁷.

³⁵ CISG Artículo 8. “(1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. (2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. (3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.”

³⁶ CISG Artículo 9. “(1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.”

³⁷ Martin Schmidt-Kessel, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part I Sphere of Application and General Provisions. Ch. II General Provisions, Article 9,” en *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 181 y 183-184 “Article 9 makes clear that the legal relationship of the parties to the contract is also determined through usages and practices. In particular, the provision correspondingly supplements the content of the contract. The consideration of usages and practices under paragraph 1 occurs on the basis of the intent of the parties, determined under Article 8. To this extent paragraph 1 is merely declarative since its rules already ensue from Articles 6 and 8 (...) According to Article 9(1) the parties are bound by any usage to which they have agreed. The question of how exactly the term ‘usage’ in the sense of paragraph 1 is to be understood is in the end without importance, since under Article 8 any rule to which the parties refer –with sufficient clarity but not necessarily by explicit reference– applies by virtue of agreement. To this extent, the Article serves a purely declaratory function and it does not matter whether the usage agreed upon by the parties is legally binding on them without such agreement. However, with paragraph 1 comes the widespread practice of parties referring to usages committed to writing, such as... the ICC Incoterms®”

Diferente problema surge, cuando las partes no han hecho referencia expresa a un término comercial (artículo 6 CISG); y ante la ausencia de prácticas establecidas entre ellas (de acuerdo con la interpretación del artículo 8 CISG). En este caso, la aplicación del artículo 9(2)³⁸ de la Convención resuelve el problema, pero, sin embargo, la postura referente a la naturaleza de los términos comerciales, en especial los Incoterms[®], debe ser resuelta por el intérprete.

Desde el punto de vista de la norma, para que un uso sea incorporado al contrato, en ausencia de estipulación expresa, o dicho de otra forma, para que se entienda que un uso tiene aplicación tácita al contrato, cuatro son los requisitos que deben darse. Así, el artículo 9(2) de la Convención establece la necesidad de (i) que las partes no hayan realizado un acuerdo en contrario, ya sea, mediante la incorporación de otro uso, o mediante la mención expresa de no aplicar el uso en particular³⁹; (ii) cuando tienen conocimiento, o han debido tenerlo del uso que se debe incorporarse tácitamente; (iii) que dicho uso es ampliamente conocido en el comercio internacional; y (iv) que sea regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate⁴⁰.

El principal problema que se ha detectado sobre este artículo no es tanto el relacionado a la determinación de los requisitos mencionados, sino el referente a la determinación del concepto “uso”⁴¹, y por consiguiente, si los términos comerciales caben dentro de la definición de uso requerida por la Convención. Sobre este particular, se ha interpretado que el término ‘uso’ es un término autónomo⁴², que deberá ser interpretado en su sentido subjetivo –bajo el conocimiento y utilización de las partes–; y objetivo –de acuerdo con el conocimiento de los participantes del tráfico mercantil⁴³.

Bajo esta óptica, la referencia a los ‘usos’ establecida en el artículo 9(2) de la Convención, puede hacer aplicable los términos comerciales, incluidos los Incoterms[®], siempre y cuando, quien solicita la aplicación de uso tácitamente incorporado, demuestre los requisitos exigidos por la referida norma. Así, la aplicación amplia de los Incoterms[®], como usos, no parece ser correcta, puesto que la parte que pide la incorporación bajo el artículo 9(2) deberá demostrar es la aplicación de la definición Incoterms[®] en particular (EXW, FCA, CPT, etc.), y en general que dicha definición Incoterms[®] es la que es ampliamente utilizada y reconocida como uso tanto subjetivamente –requisitos (ii)–, como objetivamente –requisitos (iii) y (iv)–.

³⁸ CISG Artículo 9. “(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.”

³⁹ William P. Johnson, 405, nota 14 “...The other party must have the opportunity to attempt to show that the usage is nevertheless not a part of the parties’ agreement, because the parties have agreed that it isn’t –that is, Article 9(2) would have made the usage an implied term, but the other party has successfully demonstrated that the parties have “otherwise agreed.”

⁴⁰ Ver Ch. Pamboukis, 118-121 nota 29; y William P. Johnson, 405, nota 14

⁴¹ William P. Johnson, 397, nota 14 “Ultimately, the text of the CISG does not define the term usage, and it offers only limited insight regarding the definition of the term. We must therefore determine the definition of usage by some other means.” Ch. Pamboukis, 111 nota 29 “On the contrary, and in light of the complex character of international transactions, the Convention did not intend to provide, or even to incite, a codification of trade usages and it does not contain a definition of usages or practices.”

⁴² Martin Schmidt-Kessel, 187, nota 37

⁴³ Ch. Pamboukis, 111 nota 29

3. El riesgo y su transferencia

Desde el punto de vista semántico no-jurídico, ‘riesgo’ significa “contingencia o proximidad de un daño”⁴⁴; mientras que, en el comercio, la noción de riesgo tiene una significación mucho más amplia, aunque siempre atada a la referida posibilidad o proximidad del daño. Así

Las operaciones de comercio internacional, así como toda compraventa, implican para el vendedor (exportador) el riesgo de que el comprador no le pague el precio de la cosa vendida y para el comprador (importador), el riesgo que la mercancía que está adquiriendo no sea de la calidad y cantidades deseadas.

Adicionalmente, en el comercio internacional existe un riesgo de moneda. El precio está denominado en una moneda determinada. Existe el riesgo de que el valor de cambio de la moneda cambie a favor o en contra (se revalúa o se devalúa) de la parte en la operación que asume el pasivo (o sea, el importador). Si el importador debe el precio y la autoridad monetaria de su país suspende pagos internacionales, entonces el exportador sufre el efecto (no pago del precio) de un riesgo de transferencia. Existen individualmente riesgos de transporte, normalmente cubiertos por seguros de transporte⁴⁵.

Para atender a un concepto legal de riesgo, así como sucede en el lenguaje económico comercial, pareciera que es necesario acompañar al ‘riesgo’ de un adjetivo que califique el tipo de riesgo al que podríamos enfrentarnos. Este es quizás el caso del ‘riesgo’ legal, el cual pareciera que ni en la Convención ni en los Incoterms[®] se encuentra claramente definido, sino que viene acompañado de adjetivos que lo califican.

Expresamente el artículo 66 de la Convención determina que “[l]a pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a este de su obligación de pagar el precio...”, dejando duda sobre a qué riesgo se refiere, puesto que, de la primera lectura, pareciera haber una diferencia entre ‘pérdida’, ‘deterioro’, ‘riesgo’ y ‘precio’.

Sin embargo, la Nota Explicativa de la CISG de la Secretaría de UNCITRAL pareciera aclarar el punto al hacer una determinación del “riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías”⁴⁶. Semejante planteamiento sucede con los Incoterms[®] cuando en la introducción a los mismos se hace mención expresa a soportar el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías.⁴⁷

De esta forma, el ‘riesgo’ legal al que nos alude tanto la CISG como Incoterms[®] es el referido a la pérdida o deterioro de la cosa vendida, y más específicamente la riesgo relativo al precio estipulado; puesto que la consecuencia de soportar el riesgo de pérdida o deterioro viene referida a la de asumir el costo del deterioro o pérdida de la cosa, siendo que, si quien soporta el riesgo es el vendedor, este asumirá el costo por deterioro o la pérdida, sin recibir el precio de venta, mientras que si quien soporta el riesgo es el comprador, este asumirá el costo de deterioro o

⁴⁴ Real Academia Española <https://dle.rae.es/riesgo?m=form>

⁴⁵ James Otis Rodner S., *Elementos de Finanzas Internacionales*, 975-976, nota 8

⁴⁶ ¶31 “El determinar el momento exacto en que el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías pasará del vendedor al comprador es de gran importancia en los contratos de compraventa internacional de mercancías...”

⁴⁷ ¶36 “While the buyer would end up bearing the risk of loss of or damage to the goods at an early stage of the transport chain...”

pérdida, quedando igualmente obligado a pagar el precio de compra⁴⁸; de ahí el nombre que se le da de *riesgo de pérdida o deterioro*⁴⁹, o *riesgo del precio*⁵⁰.

Además de sufrir la pérdida o deterioro de la cosa, la transferencia del riesgo usualmente también determinará a la parte que estará legitimada para iniciar las posibles acciones que puedan existir –de haber responsabilidad por su parte– en contra del transportista, o de requerir –en caso de haberse contratado– el seguro contratado⁵¹.

Por su parte, los conceptos pérdida y deterioro están relacionados con la integridad de los bienes referida a (i) robo, (ii) confiscación⁵², (iii) destrucción, (iv) daños, o (v) deterioro; así los primeros tres (i) (ii) y (iii), se refieren a pérdida; mientras que el resto se refiere a deterioro⁵³.

Así en el derecho de bienes, el riesgo es incuestionado cuando no se discute la transferencia de propiedad, puesto que existe una regla general que determina que la cosa perece para su dueño⁵⁴.

De esta forma, ante cualquier pérdida o deterioro que sufra la cosa, en ausencia de un acuerdo en contrario, el propietario del bien sufrirá el costo derivado de la pérdida o del daño en cuestión. La situación se complica cuando estamos en presencia de transferencia de propiedad, puesto que el momento de cambio de titular está determinado por el derecho aplicable en cuestión⁵⁵, lo que podría, a grandes rasgos diferenciarse entre (i) la transferencia de propiedad

⁴⁸ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.01, nota 17

⁴⁹ Jorge Adame Goddard, *El contrato de compraventa internacional* (Ciudad de México: McGraw-Hill, 1994), 327-328

⁵⁰ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.01, nota 17

⁵¹ Florian Mohs, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Introduction to Articles 66-70,” en *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 950

⁵² Según Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.05, nota 17 “At the international level there are opposing views as to whether cases involving seizure or confiscation by governmental measures fall within the type of risk by Article 66 CISG. In essence, two positions exist on this issue: The first excludes cases of seizure and confiscation from the scope of Article 66; the second, on the other hand, includes them. The excluding view argues that the risk should lie with the party who is best able to get insurance or has an insurance obligation. Protection from governmental measures is not something for which insurance is normally available and is thus not part of the contemplated risk. An exception is made for goods taken by an enemy state during times of war –for which it is possible to obtain insurance. Furthermore, this view argues that the risk contemplated by Article 66 CISG concerns the integrity of the goods. It is these legal rights, in particular ownership, which are interfered with when goods are seized or confiscated. The including, and seemingly majority, view is that governmental measures are encompassed in Article 66 CISG. This view argues that it should not matter how the goods are lost, simply that they are lost. It is suggested that this interpretation should be preferred as it reconciles the ‘enemy state’ exception recognized by the excluding view.

⁵³ P.M Roth, “The passing of risk,” *Journal of Law & Commerce* 32, no 1 (2013): 291

⁵⁴ María Candelaria Domínguez Guillén y Carlos Pérez Fernández, *Curso de Bienes y Derechos Reales* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2022), 497

⁵⁵ John H. Wigmore, “More jottings on comparative legal ideas and institutions,” *Tulane Law Review* 6, no 2 (1931-1932), 272 “In every jurisdiction which, having individual ownership of chattels (movables), contemplates and protects change of such ownership, the law appears to recognize possession, rights of use and disposal and duties of preservation as elements of property which are in one person before the transfer begins and in another after the transfer has been completed. Considering only such transfers as are made for money value and confer complete ownership, *i.e.*, sales, excluding barter or exchange, donations, lease, loan, mortgage and pledge, various systems may provide for the passing of these elements at different times, and attach different consequences to events producing loss or

mediante la entrega de la cosa; y (ii) la transferencia de propiedad en el momento de perfeccionado el contrato por el consentimiento de las partes⁵⁶.

Pareciera entonces que, en principio, ante la determinación de la transferencia de propiedad por la ley aplicable, el riesgo se transfiere bajo el amparo del principio expresado de ‘la cosa perece para su dueño’. Sin embargo, el concepto de riesgo es un concepto independiente, y su transferencia no siempre se da con la transferencia de la propiedad, sino que puede estar sujeto a otros hechos, determinados por las normas aplicables, lo que, a su vez, hace que la transferencia del riesgo sea dependiente de otros momentos legalmente determinados.

En el Derecho Romano hay que distinguir dos momentos distintos en la compraventa. En primer lugar, tenemos el momento de perfeccionamiento del contrato, que se da con la simple manifestación del consentimiento⁵⁷; y la entrega de la cosa al comprador –*traditio*–, lo cual podía suceder en un momento posterior a la de la manifestación del consentimiento. Como puede observarse, aun cuando existe un contrato perfeccionado, ello no implica la entrega de la cosa, que, legalmente se daba en un momento destino –aunque fácticamente se diera en el mismo momento– lo que deja un período en el que el vendedor retiene la cosa⁵⁸.

En todo caso, el Derecho Romano no consideraba que el vendedor mantuviera el riesgo para sí, sino que, con el perfeccionamiento del contrato, el riesgo pasaba al vendedor (*periculum est emptoris*), esto debido a que se consideraba justo que, si el comprador disfrutaba del aumento del precio y de los frutos que pudiera tener la cosa vendida, aun cuando estuviese en poder del vendedor, entonces debía sufrir el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa⁵⁹.

Esta forma de transferir el riesgo fue cuestionada durante el siglo XVII, encontrando entre sus mayores críticos a Hugo Grocio, quien sostenía que la transferencia del riesgo debía darse, no con la manifestación del consentimiento, sino con la transferencia de la propiedad, asumiendo el principio, ya señalado, de ‘la cosa perece para su dueño’ (*res perit dominio*)⁶⁰. En todo caso, Grocio defendía que la transferencia de la propiedad se daba con el perfeccionamiento del contrato, por lo que no existe una diferencia práctica real con la forma en que sucedía la transferencia del riesgo con el Derecho Romano⁶¹.

damage of the thing sold between the several stages of the process of transfer: formation by consent of the parties of the contract of sale, transfer of title, transfer of possession, shipment, delivery and acceptance.”

⁵⁶ Para John H. Wigmore, 274-275, nota 55 “Ownership then, in chattels, is not necessarily a matter of title; and of course, except in most countries in the case of currency, is not determined by possession. When if at all, is title in ascertained goods transferred? In Roman law, title so far as it exist is transferred on delivery of possession; and so in Swiss, German, Austrian and Spanish law. In the common law, French and Italian laws, the transfer of title occurs upon de formation of the contract to sell.”

⁵⁷ Alfredo di Pietro y Ángel Enrique Lapieza Elli, *Manual de Derecho Romano*, 3era ed. (Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1982), 289-290

⁵⁸ Para Rafael Bernad Mainar, *Curso de Derecho Privado Romano*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006), 449 “En materia de responsabilidad por pérdida o deterioro de la cosa vendida en el intervalo entre la perfección del contrato y la entrega de la cosa, quiebra el principio general del Derecho Romano, según el cual la cosa perece para su dueño (*res perit dominio*) que, en nuestro caso sigue siéndolo el vendedor, ya que la compraventa no transmitía el dominio de la cosa...”

⁵⁹ Rafael Bernad Mainar, 449, nota 58

⁶⁰ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.24, nota 17; y Florian Mohs, 952, nota 51

⁶¹ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.24, nota 17

De igual forma, al ser la transferencia de la propiedad un momento determinado por el derecho, puede darse entonces que la transferencia de la propiedad se dé con la manifestación del consentimiento –tal y como postulaba Hugo Grocio–, o que la transferencia de la propiedad se dé con la entrega de la cosa, lo que sigue haciendo a la transferencia del riesgo un concepto elusivo, que ha hecho que los redactores de instrumentos internacionales como la Convención sobre la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías –precedente de la Convención– y la misma CISG, hayan separado la transferencia de la propiedad y la manifestación del consentimiento de la transferencia del riesgo⁶².

Distinto de lo anterior sucede en las legislaciones particulares de cada Estado, en donde es mayormente aceptado el principio de que la transferencia del riesgo se da con la transferencia de la propiedad⁶³. Sin embargo, en la compraventa internacional el sistema de *res perit dominio* parece no ser eficiente para los comerciantes, quienes han desarrollado la transferencia del riesgo alrededor de los conceptos de entrega (*delivery*) y envío (*hand over*)⁶⁴.

Vale acotar que no siempre hay una distinción entre estos conceptos, los cuales suelen ser utilizados indistintamente, o en el lenguaje común puede interpretarse –en algunos casos– como que uno puede haber implicado el otro. Sin embargo, el envío –*hand over*– implica que el vendedor se ha desprendido del control de las mercancías de la forma en que el contrato o las normas aplicables le determinan hacerlo (p.e. al transportista, o en un lugar determinado); mientras que la entrega –*delivery*– refiere a la recepción de las mercancías por parte del comprador o su representante. En todo caso, como dijéramos, la distinción conceptual es meramente técnica, y usualmente no hay una verdadera distinción normativa entre envío –*hand over*– y entrega –*delivery*–, existiendo además otras formas de definir a cada una⁶⁵.

⁶² P.M Roth, 293-294, nota 53

⁶³ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.36, nota 17 “*Res perit dominio* is still the predominant approach to the passing of risk at the domestic level. It is used in the traditional Romanistic systems and has travelled from there to Iberoamerican systems as well as the Middle Eastern and Arab countries. In these systems, title typically passed with the conclusion of the contract. This confirms the earlier assertion that, for these systems, the practical outcome under this default system does not differ from *periculum est emptoris*.”

⁶⁴ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶ 38.40, nota 17

⁶⁵ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem y Christopher Kee, ¶¶ 29.02-07, nota 17 “29.02 ‘Delivery’ has various aspects. Therefore, it is necessary to subcategorize the term by adding qualifying words. The plain meaning of the word delivery and its traditional understanding envisage that the seller physically hands over the goods to the buyer. This form of delivery occurs where the seller and the buyer are in the same place at the same time or where the buyer itself collects the goods from the seller or the seller takes the goods to the buyer. All of these actions may of course be effected by representatives. This form of delivery can be described as physical delivery. Included in this notion is the sale of software which may be electronically transferred.

29.03 This traditional notion of delivery comes from a market place where buyers and sellers are engaged in face-to-face transactions with the consequence that goods are handed over and a change in physical possession occurs. However, nowadays this notion of delivery is insufficient because of the implicit emphasis placed on a change in physical possession of the goods before reselling them on the market. Similarly, because of the importance of delivery in relation to other aspects of sales such as the passing of risk, it is necessary for the law to deem delivery to have occurred typically where the seller has done all that is required to fulfill its delivery obligation despite the buyer failing to take physical possession. Furthermore, the buyer may already be in possession of the goods at the time when delivery should occur, thus excluding any change in physical possession. This is also true in situations where the seller retains physical possession of the goods.

29.04 To accommodate all these needs of trade, legal systems have developed two further subcategories to the notion of delivery. Although different terms may be used by individual legal systems to describe these categories, the factual situations envisaged are the same.

Como veremos en mayor detalle en los capítulos a continuación, la transferencia del riesgo, independientemente del momento en que esta pueda ocurrir, solo se materializa en caso de cumplimiento de las obligaciones por parte del vendedor hasta el momento en que la transferencia del riesgo debe ocurrir⁶⁶.

4. Transferencia del riesgo bajo CISG

La transferencia del riesgo bajo la CISG está regulada en los artículos 66 al 70, teniendo relación importante con otros artículos de la Convención. En todo caso, de los artículos mencionados, el artículo 66⁶⁷ expresa el principio general relacionado con la transmisión del riesgo, sin establecer cuándo o bajo qué circunstancias el riesgo se transfiere.

Por su parte, el artículo 70⁶⁸ establece la relación que existe entre el incumplimiento esencial del contrato, por parte del vendedor, y la transferencia del riesgo, tal y como explicaremos más adelante. Eso deja a los artículos 67 al 69⁶⁹, como los artículos que determinan el momento en que el riesgo se transfiere, de acuerdo con lo estipulado por la Convención.

29.05 In the first instance a ‘symbolic delivery’ may occur. A symbolic delivery is one where the seller delivers an item to the buyer, typically documents representing the goods and entitling the holder of the document to possession of the goods. This is a particularly common form of delivery in the commodity trade. As discussed earlier, in some legal systems this form of delivery has explicitly been separated into the obligation of the seller to hand over documents representing the goods to the buyer. However, the notion of symbolic delivery is not to say that there is no change in possession, simply that there is no change in physical possession.

29.06 The second instance can be described as ‘deemed delivery’. This category encompasses all situations where the law deems delivery to have occurred despite the lack of a change in physical possession or the handing over of any item intended as symbolic delivery. Typically, such deeming rules are required to protect the seller in instances where physical or symbolic delivery has not occurred due to some act or omission by the buyer. The notion of deemed delivery may also be necessary to deal with situations where either the buyer had physical possession prior to the conclusion of the contract or where the seller retains physical possession of the goods on behalf of the buyer.

29.07 All of the above-described categories of delivery fall under the rubric of legal delivery. Legal delivery is the point in time and place where the applicable law determines that delivery has occurred and consequently the law also recognizes its effects, irrespective of whether there has been a change in physical possession or not.”

⁶⁶ John H. Wigmore, 277, nota 55

⁶⁷ CISG Artículo 66 “La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a este de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.”

⁶⁸ CISG Artículo 70 “Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.”

⁶⁹ CISG Artículo 67 “(1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

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

CISG Artículo 68. “El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los

Debemos que aclarar que la determinación de la transmisión del riesgo, bajo la CISG, no está atada o vinculada con la transferencia de la propiedad (bajo el principio de que la cosa perece para su dueño), ni tampoco sigue un esquema uniforme en la forma de determinar el momento de la transferencia del riesgo⁷⁰.

La falta de vinculación de la transferencia del riesgo a la transferencia de la propiedad viene dada al hecho de que la CISG no regula lo concerniente a los efectos que puedan existir sobre la propiedad de las cosas vendidas⁷¹, ya que esta sigue, de alguna forma, el viejo sistema romano que requería la *traditio* luego de la formación del contrato⁷², dejando la regulación de la transferencia de la propiedad al contrato mismo, o al derecho que resulte aplicable.

De esta forma, los artículos 67 al 69 regulan lo referente al momento en que el riesgo se transmite, dependiendo de cada una de las modalidades contempladas en cada uno de dichos artículos (i) cuando el contrato requiere transporte de las mercancías –artículo 67 CISG–; (ii) cuando las mercancías son vendidas en tránsito –artículo 68 de la CISG–; y (iii) cuando la venta de las mercancías no está regulada por los artículos 67 y 68 –artículo 69 de la CISG–⁷³.

El artículo 67(1) establece dos supuestos relacionados con el transporte de las mercaderías y un supuesto relacionado con la retención de documentos. Así, el primero de ellos, está referido a cuando el contrato requiere el transporte de las mismas, y que el vendedor no deba entregarlas en un lugar determinado, entonces la transferencia del riesgo ocurrirá cuando los bienes vendidos, se “pongan en poder” –*hand over* según la versión en inglés– del primer porteador.

documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.”

CISG Artículo 69. “(1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato a rehusar su recepción.

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

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

⁷⁰ Johan Erauw, 211, nota 29

⁷¹ CISG Artículo 4. “La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: (a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; (b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.”

⁷² CISG Artículo 30. “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.”

⁷³ La Nota Explicativa de UNCITRAL sobre la CISG en el ¶32 establece “Los dos supuestos especiales previstos por la Convención son cuando el contrato de compraventa entraña el transporte de las mercancías y cuando las mercancías se venden en tránsito. En todos los demás casos el riesgo se traspasará al comprador cuando éste se haga cargo de las mercancías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercancías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción. En el caso frecuente en que el contrato versa sobre mercancías aún sin identificar, no se considerará que las mercancías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha pasado a ser del comprador.”

Bajo este supuesto se abren tres temas importantes que deben ser considerados (i) que el contrato establezca la necesidad de transporte; (ii) el significado de porteador; y (iii) que los bienes se “pongan en poder” del primer porteador⁷⁴.

El primer tema, –que el contrato establezca la necesidad de transporte– no queda satisfecho por el simple hecho de que el contrato establezca que los bienes deben ser transportados de un punto a otro, puesto que este requisito quedaría satisfecho cuando el vendedor sea quien transporta los bienes a un lugar determinado, o el comprador sea quien los transporta⁷⁵. Por tanto, el artículo 67 debe leerse en conjunto con el artículo 31(a) de la Convención⁷⁶, que implica el transporte de las mercancías por parte de un tercero denominado *porteador*.

La definición del ‘porteador’ ha sido comprendida –bajo los artículos 31(a) y 67– como un transportista independiente de ambas partes del contrato; puesto que, si el transportista es el mismo vendedor, este no se estaría realizando el envío –*hand over* o según el mismo artículo 67 ‘poner las mercaderías en poder de’⁷⁷, lo que implica que el vendedor no se desprende del control de las mercaderías. Por su parte, si el transportista es el comprador, entonces, obviamente, no aplicaría el artículo 67 de la CISG, sino que estaríamos frente a la aplicación del artículo 69, que, como veremos, el riesgo se transmite cuando el comprador “se haga cargo de las mercaderías”.

En todo caso, el supuesto se refiere al primer porteador, independientemente de que en la cadena de transporte existan diferentes porteadores, pues bastará que se entreguen las mercancías al primer porteador de la cadena de transporte en cuestión.

Especial atención se ha puesto a la definición de porteador, cuando este es una compañía afiliada o subsidiaria del vendedor, puesto que este podría estar utilizando compañías interpuestas para, de mala fe, realizar la transferencia del riesgo sobre las mercaderías de forma anticipada. En este caso, se ha entendido que el porteador debe ser independiente del vendedor, sin que ello prohíba la presencia de subsidiarias y compañías relacionadas al vendedor. Como hemos visto, la interpretación del mismo artículo requiere que el vendedor ‘ponga en poder del primer porteador’ –de nuevo, envío o realice el *hand over*– lo que implica que este no tenga el control –directo o indirecto– de las mercaderías⁷⁸.

El tercer punto, de alguna forma ya mencionado, sobre el envío –*hand over*– implica que el vendedor ya no retiene el control de las mercancías vendidas, lo que su contrapartida implica que el porteador debe haberlas recibido o tomado bajo su control, de acuerdo con las disposiciones del contrato de transporte. En este sentido, si el transportista no recibe las mercaderías, el vendedor no podría dejarlas *huérfanas*, debido a que la transferencia del riesgo al comprador no se

⁷⁴ Pascal Hachem, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 67,” en *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 969

⁷⁵ Pascal Hachem, 969, nota 74

⁷⁶ CISG Artículo 31. “Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: (a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador...”

⁷⁷ Como hemos dicho más arriba, *hand over* o envío implica que el vendedor se ha desprendido del control de las mercancías de la forma en que el contrato o las normas aplicables le determinan hacerlo.

⁷⁸ De nuevo ver Pascal Hachem, 971-972, nota 74

materializaría. En este caso, el vendedor, como titular del riesgo, tendrá un problema contractual derivado del incumplimiento del porteador, pero ante esa falta de recepción de las mercancías, deberá responder por deterioro o pérdida de las mercancías hasta tanto el porteador las reciba, lo que implicaría definitivamente el envío, y por tanto la transferencia del riesgo⁷⁹.

El segundo supuesto del artículo 67(1) establece que el vendedor debe poner a disposición del porteador las mercancías en un lugar determinado. De nuevo, como en el primer supuesto, el porteador debe ser independiente; y el lugar de entrega no debe ser el del comprador, puesto que dicho supuesto estaría regulado por el artículo 69. En todo caso, es lógico pensar, que si el primer supuesto del artículo 67(1) se refiere a la entrega al primer porteador, si se dispone un lugar de entrega al porteador, es independiente que sea el primero o cualquier otro de la cadena de transporte, puesto que, según el o los contratos de transporte, basta que las mercancías sean entregadas al porteador que se encuentre en el lugar designado para que la transferencia del riesgo ocurra⁸⁰.

El tercer supuesto del artículo 67(1) se refiere al efecto que tiene la retención de los documentos, por parte del vendedor, sobre la transferencia del riesgo. Es entendido, que los documentos a los que se refiere este artículo son los documentos que demuestran la propiedad de las mercancías u otro documento, cualquiera que este sea⁸¹. En todo caso, la retención de dichos documentos por parte del vendedor no afectará la transmisión del riesgo en ninguno de los supuestos del artículo 67(1).

La norma establecida en el artículo 67(2) es un condicionante a la transferencia del riesgo⁸². Así, se requiere que las mercancías vendidas estén claramente identificadas de cualquier modo, para que el riesgo del artículo 67 –y también del 69– se pueda transferir. Esto tiende a evitar mala fe de parte del vendedor que no ha identificado claramente las mercancías vendidas, que han sufrido algún daño o deterioro, imputando al comprador el riesgo de dicha parte, sin que se supiera claramente de forma previa si la porción dañada o deteriorada era realmente la correspondiente al comprador. El artículo 68, por su parte, regula la transferencia del riesgo cuando las mercancías son vendidas en tránsito⁸³. Esta norma está dividida en dos supuestos determinativos de la transferencia del riesgo, y una excepción, la cual no hay unanimidad en la doctrina si refiere a los dos supuestos del artículo 68, o solo al segundo⁸⁴.

⁷⁹ Filip Risteski, “Passing of risk under the Domestic Law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” *Iustinianus primus law review*, 12, no 1 (2021), 7

⁸⁰ Pascal Hachem, 975, nota 74

⁸¹ Pascal Hachem, 975, nota 74

⁸² CISG Artículo 67. (2) “Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.”

⁸³ Jorge Adame Goddard, 337, nota 49 “Las ventas de mercancías en tránsito pueden plantearse, más que como contratos de compraventa, como contratos de cesión de derechos o, como a veces se dice sin rigor técnico, como “ventas de documentos”. Conforme a este planteamiento, el comprador es en realidad un acreedor cesionario del transportista, a quien puede exigir la entrega de las mercancías, y de la compañía de seguros, a la que puede exigir la indemnización en caso de pérdidas...”

⁸⁴ Pascal Hachem, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 68” en *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 984

El primer supuesto pareciera no generar mayores problemas interpretativos, puesto que hay claridad en la redacción de la norma, siendo que el riesgo de las mercancías vendidas en tránsito se transmitirá desde el momento de la celebración del contrato, de acuerdo con el artículo 23 de la Convención⁸⁵. Por su parte, el segundo supuesto pareciera privar sobre el primero “si así resultare de las circunstancias”; transmitiéndose el riesgo desde que las mercancías fueron entregadas al porteador “que haya expedido los documentos acreditativos del transporte”.

La expresión “que haya expedido los documentos acreditativos del transporte” es entendida como el documento que demuestre la existencia del contrato de transporte⁸⁶, el cual usualmente es el conocimiento de embarque⁸⁷. Respecto de las circunstancias resultantes, no hay unanimidad en su interpretación⁸⁸, sin embargo, parece ser lugar común aceptar que cuando existe una póliza de seguro que cubra las mercancías, desde el momento en que el vendedor entregó los bienes al porteador, la cual es transferida al comprador, implica que las circunstancias así lo indican⁸⁹. En todo caso, será cuestión de interpretación del caso concreto determinar si las circunstancias son suficientes para que exista transferencia del riesgo de la venta de mercancías en tránsito desde que el vendedor entrega las mercancías al porteador.

Respecto de la excepción del artículo 68⁹⁰, como mencionamos, no existe unanimidad de interpretación, sobre si aplica al primer supuesto, al segundo o a los dos. A pesar de que la mayoría de la doctrina tiende a orientarse por establecer que únicamente aplica al segundo supuesto⁹¹, nuestra postura es que debe aplicar a los dos supuestos, puesto que el comprador no deberá sufrir el riesgo de las mercancías deterioradas o perdidas con conocimiento del vendedor no revelado al comprador.

⁸⁵ CISG Artículo 23. “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.”

⁸⁶ Pascal Hachem, 983, nota 84

⁸⁷ *O bill of lading*. Según Chris J. Nagel, et al., *Commercial Law*, 6ta ed (Africa del Sur: Lexis Nexis, 2019), 405 “...a bill of lading works as a receipt of freight services, a contract between a freight carrier and shipper and a document of title. The bill of lading is a legally binding document providing the driver and the carrier all the details needed to process the freight shipment and invoice it correctly”

⁸⁸ Pascal Hachem, 981, nota 84 “In light of the drafting history export-oriented legal systems favour a broad interpretation of this rule, while import-oriented legal system prefer a restrictive interpretation that strictly observes the intended character of the provision as an exception. This creates the risk of a divergent interpretation and application of the CISG, which Article 7(1) intends to prevent.”

⁸⁹ Jorge Adame Goddard, 337, nota 49; y Pascal Hachem, 981-982, nota 84

⁹⁰ CISG Artículo 68. “...Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.”

⁹¹ Pascal Hachem, 984, nota 84 “The wording of the provision is not particularly helpful to decide the issue. It appears that restricting sentence 3 to sentence 2 is now the prevailing view. There is support for this proposition in the positioning of this provision, in particular, in the fact that it has not been established as a separate paragraph. In addition, the question, whether the goods were damaged—and therefore non-conforming—at the time of contracting is not a question of passing of risk. The fact that Article 36(1) establishes passing of risk as the relevant time for conformity of the goods and that this on account of Article 68, sentence 1 coincides with contract formation does not change this finding. In contrast to ULIS the CISG does not link passing of risk to delivery. It is simply a case of non-conformity under Article 35. There is further evidence in Article 70, which maintains the buyer’s remedies specifically for situation of fundamental breach of contract. If the seller is in bad faith with regard to the damage to the goods, this is only relevant in the context of Articles 40, 43.”

El artículo 69 de la CISG está dividido en tres normas, que regulan, principalmente, el supuesto de la transferencia del riesgo general, no contemplado en los artículos 67 y 68. El 69(1) y el 69(2) deben ser leídos en conjunto, con miras a entender ambos supuestos. Así, el 69(1) establece que será transferido el riesgo cuando el comprador se hace cargo de las mercancías, o cuando puestas a su disposición no las reciba, entendiéndose que comprador y vendedor se encuentran en un mismo lugar⁹². Lo anterior es entendido por interpretación concordante de los artículos 31(c)⁹³ que contiene la obligación del vendedor entregar las mercancías en su establecimiento; y del 69(2) que establece expresamente que “si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor...”.

Como puede observarse de la premisa anterior, el artículo 69(1) contiene la provisión de transferencia del riesgo cuando el comprador se haga cargo de las mercancías, lo que implica una contrapartida, por parte del vendedor, de entregar las mercancías en su establecimiento –artículo 31(c)– en el momento indicado en el contrato, o en su defecto en el momento que establece el artículo 33⁹⁴. De igual forma, el comprador tiene la obligación de recibir las mercaderías, lo cual, en caso de no hacerlo, implicará que se transferirá el riesgo, si el vendedor ha realizado todos los actos correspondientes para realizar la entrega de las mercaderías.

El artículo 69(2), como hemos dicho, establece el supuesto en el cual, el vendedor debe entregar los bienes en un lugar distinto al de su establecimiento, en cuyo caso, la transferencia del riesgo ocurrirá en el momento en que deba hacerse la entrega, de acuerdo con el contrato o el artículo 33, y cuando el comprador ‘tenga conocimiento’ de que las mercancías están a su disposición.

En este sentido, es interpretado que el conocimiento del comprador de que las mercancías están a su disposición no implica conocimiento legal, sino conocimiento fáctico; lo que implica que el vendedor tendrá la carga de la prueba sobre el conocimiento del comprador sobre la puesta a disposición de las mercaderías por parte del vendedor⁹⁵.

⁹² Pascal Hachem, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 69” en *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 989

⁹³ CISG Artículo 31. “Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá... (c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.”

⁹⁴ CISG Artículo 33. “El vendedor deberá entregar las mercaderías: (a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o (b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o (c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.”

⁹⁵ Pascal Hachem, 994-995, nota 92 “According to Article 69(2), risk only passes ‘when the buyer is aware of the fact that the goods are placed at his disposal at that place’. There is general agreement that the phrasing ‘aware’ requires actual knowledge of the buyer that the goods have been placed at his disposal. Unawareness due to negligence or even gross negligence is not sufficient. This, however, does not lead to a notice requirement. Nevertheless, subject to notifications through third parties, notification of the buyer will typically be necessary to make the buyer aware that the goods have been placed at its disposal. In difference to Article 27 that notice travels at the risk of the seller. The buyer must not abuse the requirement of actual knowledge to defer passing of risk to the detriment of the seller. In particular, as the seller bears the burden of proving the buyer’s knowledge, the requirement of actual knowledge cannot be purely subjective. It is therefore sufficient, that the notice enters the sphere of control of the buyer in a way that

Por su parte, el artículo 69(3), al igual que el artículo 67(2) establece el principio general de la Convención de que, para que la transferencia del riesgo ocurra, deben identificarse las mercancías que se pongan a disposición del comprador. La forma de identificación, al igual que en el artículo 67(2) no es exhaustiva, y es suficiente que se identifiquen las mismas, para que el requisito se cumpla para la transferencia del riesgo.

El artículo 70, como mencionáramos arriba, establece la relación que existe entre la transferencia del riesgo y el incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor. En este caso, independientemente que el riesgo se haya transferido, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 67, 68 o 69, si el vendedor incurrió en incumplimiento esencial, no implicará que el comprador pueda ejercer todos los derechos y acciones que tenga bajo el contrato, la Convención y el derecho aplicable.

Ello implica que, de verificarse un incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor, el comprador podrá pedir la resolución del contrato o incluso la sustitución de las mercancías, independientemente de que las mercancías entregadas se encuentren pericidas o deterioradas⁹⁶. Igualmente, el comprador podrá solicitar todos los daños y perjuicios a los que haya lugar, en caso del incumplimiento esencial por parte del vendedor.

Es importante tener en cuenta, que la transferencia del riesgo en todos los escenarios anteriores ocurre siempre y cuando no exista incumplimiento de las obligaciones del vendedor. Esto se debe, a que, de existir incumplimiento por parte del comprador, la transferencia del riesgo se verificará, siempre y cuando el vendedor haya cumplido con sus obligaciones de entregar o enviar las mercancías, de acuerdo con el contrato y con la CISG.

En todo caso, el riesgo puede retornar al vendedor después de haber transferido el riesgo en caso de que exista no conformidad de las mercancías, supuestos establecidos en el artículo 36 de la Convención⁹⁷.

En el caso del artículo 36(1) el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad de los bienes –establecida en el artículo 35⁹⁸–, en el momento de la transmisión del riesgo, aun

under usual circumstances it could reasonably be expected that the buyer would take notice and hence gain actual knowledge.”

⁹⁶ Jorge Adame Goddard, 342, nota 49

⁹⁷ CISG Artículo 36. “(1) El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento. (2) El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas.”

⁹⁸ CISG Artículo 35. “(1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato. (2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: (a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo; (b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor; (c) que posean cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; (d)

cuando dicha falta de conformidad se manifieste después de que el riesgo se haya transmitido. Ello implica que, si al momento de la transmisión del riesgo, o si después de transmitido el riesgo, se supiera que los bienes no eran conformes al momento de la transmisión del riesgo, entonces el vendedor será responsable por la pérdida o deterioro de las mercaderías.

Por su parte, el artículo 36(2) establece que el vendedor será responsable de la pérdida o deterioro de las mercancías por falta de conformidad, después de que el riesgo haya pasado, cuando haya incumplido con cualquiera de sus obligaciones contractuales, incluidas cualesquiera garantías otorgadas de que las mercaderías serán conformes por determinado período⁹⁹.

Es importante recordar que, las disposiciones sobre la transmisión del riesgo contenidas en la CISG solo serán aplicables en caso de que no sea aplicable por disposición expresa –artículo 6 de la Convención– o por disposición tácita o vía de usos y costumbres –artículo 9 de la convención– algún uso o costumbre mercantil, relativo a la transmisión del riesgo, como puede darse con la incorporación de los Incoterms[®].

5. Transferencia del riesgo bajo Incoterms[®]

Los Incoterms[®], tal y como hemos referido, definen a 11 de los términos comerciales comúnmente usados¹⁰⁰ en el comercio internacional; pero que pueden ser utilizados tanto en el comercio nacional como internacional¹⁰¹. Los Incoterms[®] regulan, en cada uno de sus términos las obligaciones del vendedor y el comprador, relacionadas con el transporte, seguros de las mercancías, quién obtiene los documentos de transporte y exportación o importación; la transferencia del riesgo; y los costos relacionados con el transporte, empaque, carga o descarga, entre otros¹⁰².

Según el diseño de los Incoterms[®] 2020, las obligaciones del vendedor en cada uno de los términos están reguladas en las normas ‘A’, mientras que las obligaciones del comprador están reguladas bajo las normas signadas ‘B’. Así las normas para la transferencia del riesgo de cada uno de los términos definidos por Incoterms[®] 2020, está en las normas A3 y B3. De los 11 Incoterms[®] 2020 definidos, todos establecen sobre la transferencia del riesgo en la norma A3 lo siguiente:

que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas. (3) El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados (a) a (d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador ocnociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.”

⁹⁹ Ingeborg Schwenzer, “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. II Obligations of the Seller, s. II Conformity of the goods and third party claims, Article 36” en *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* 4^{ta} ed. (New York: Oxford University Press, 2016), 989

¹⁰⁰ International Chamber of Commerce. *Incoterms[®] 2020*, 2, nota 23

¹⁰¹ Ya en el título de los Incoterms[®] 2020 se establece que su uso es para términos comerciales nacionales e internacionales.

¹⁰² International Chamber of Commerce. *Incoterms[®] 2020*, 2, nota 23

El vendedor soportará el riesgo de pérdida o deterioro de las mercancías hasta que hayan sido entregados de acuerdo con A2, con la excepción de pérdida o deterioro en las circunstancias descritas en B3.¹⁰³

En este sentido, ya puede observarse que los Incoterms[®] 2020 determinan el momento de la transferencia del riesgo a la entrega de los bienes, en la norma de cada uno de los términos, que por homogeneidad de los Incoterms[®] 2020, está establecida en la norma A2. Sin embargo, la norma B3 de los Incoterms[®] 2020 es distinta en la mayoría de los casos, y establece para cada uno de los 11 términos definidos, las obligaciones que tiene el comprador respecto a la transferencia del riesgo (p.e., recibir lo bienes, determinar el transportista, entre otros)

Para mejor determinación de la transferencia del riesgo en cada uno de los términos definidos por los Incoterms[®] 2020, a continuación, pasaremos a explicar cada uno de los 11 términos por separado, en lo que se refiere al tema expuesto, y se explicará además lo relativo a la entrega y recepción de la entrega de las mercaderías, en el sentido de que, como explicáramos, la entrega es, por definición de los Incoterms[®] 2020, el momento en que el riesgo se transfiere al comprador.

Para poder seguir, es importante recordar que los Incoterms[®] 2020 no establecen cuál es la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones definidas en cada uno de los términos comerciales, por lo que, para hacer tal determinación, será importante revisar las estipulaciones contractuales y de derecho aplicable, especialmente de la Convención, en caso de aplicar a la relación específica.

EXW (Ex Works)

EXW implica, que el vendedor debe entregar la mercancía en el almacén del vendedor o en cualquier otro lugar determinado en el contrato, sin necesidad de que las mercancías se encuentren cargadas en el transporte; y en la fecha indicada o dentro del plazo indicado. En este sentido, bajo A10 el vendedor deberá notificar al comprador de que puede recibir la entrega de las mercancías.

Por su parte, el comprador, bajo B2, está obligado a recibir las mercancías una vez realizado el envío por el vendedor, bajo A2 y notificado por el vendedor, de acuerdo con A10. En todo caso, si las mercancías deben ser entregadas en un punto específico dentro de un área determinada y dentro de un lapso específico determinados por el comprador, de acuerdo con B10, el comprador debe notificar al vendedor sobre estos con suficiente tiempo.

De esta forma, de acuerdo con B3, si el vendedor ha cumplido con sus obligaciones bajo A2 y A10, el riesgo se transfiere al comprador, en el entendido de que los bienes han sido debidamente identificados –B10–. De igual forma, el comprador soportará el riesgo en caso de que el vendedor no pueda entregar las mercancías por falta de cumplimiento B10. Desde el punto de vista temporal, si la entrega debe realizarse dentro de un lapso específico, para que la transferencia del riesgo se materialice, dicho lapso debe cumplirse en su totalidad.

¹⁰³ Traducción libre del autor.

FCA (Free Carrier)

FCA es transportador exento en sitio convenido. Esto implica que, bajo A2 el vendedor debe entregar las mercancías al transportista o al representante del comprador, claramente identificadas –B3–. En el caso de FCA la entrega puede darse de dos formas (i) en el almacén del vendedor, en cuyo caso la entrega se realiza cuando las mercancías se han cargado en el medio de transporte proporcionado por el comprador; o (ii) cuando las mercancías son puestas a disposición del transportista o el representante del comprador en otro lugar distinto del almacén del vendedor, y las mercancías estén listas para ser descargadas del medio de transporte del vendedor.

Para que el vendedor pueda realizar la entrega bajo A2, el comprador –según B10– debe notificar al vendedor sobre (i) quien es el representante o el transportista encargado de recibir las mercancías; (ii) el momento en que su representante o el transportista deberán recibir las mercancías; (iii) el modo de transporte que usará su representante o el transportista y las precauciones que deben tomarse para el transporte; (iv) el lugar exacto de entrega, en caso de no haberlo provisto anteriormente.

Si se cumplen las obligaciones de A2 y B10, y el comprador acepta la entrega, de acuerdo con B3, entonces este soportará el riesgo de pérdida o deterioro desde el momento de entrega. En todo caso, si el comprador no hace la determinación de su representante o del transportista, o si las personas nominadas no aceptan la entrega, entonces el comprador soportará el riesgo desde la fecha en que fue acordada la entrega, o desde el término del lapso que había sido acordado para la entrega.

CPT (Carriage Paid To) y CIP (Carriage and Insurance Paid To)

CPT es transporte pagado hasta el sitio, mientras que CIP o transporte y seguro pactado hasta el sitio, entendiendo que la única diferencia entre estos términos es la relacionada con la contratación del seguro del transporte que deberá pagar el vendedor de acuerdo con A5.

Bajo A2, el vendedor deberá entregar las mercancías, en la fecha o dentro del lapso establecido, al transportista –que deberá contratar de acuerdo con A4–. En este sentido, es importante recalcar que solo basta que el transportista tome posesión de los bienes, mediante la entrega de las mercancías por parte del transportista, para que se entienda que hubo entrega –*delivery*–.

De esta forma, una vez realizada la entrega, la transferencia del riesgo se verifica; entendiendo que, si el lugar preciso de entrega –por parte del transportista–, o la fecha exacta, dentro del lapso convenido de entrega, dependen de la determinación del comprador, este deberá señalarlos, dentro de un tiempo prudencial. Según B10, la falta de determinación del momento o el lugar exactos, determinará la transferencia del riesgo al comprador, desde el momento en que el lapso previamente convenido haya finalizado.

DAP (Delivered at Place), DPU (Delivered at place Unloaded) y DDP (Delivered Duty Paid)

DAP implica entregado en el sitio, DPU, entregado en el sitio sin descargar, mientras que DDP o Entregado con aranceles pagados. De acuerdo con A2, la diferencia entre estos es que DAP y DDP requiere que el vendedor entregue las mercancías listas para descargar, pero sin el deber de descargarlas del transporte; mientras que DPU requiere que el vendedor se encargue de descargar las mercancías del transporte, momento en el cual se transferirá el riesgo.

En estos casos, el vendedor deberá entregar las mercancías, en la fecha convenida, o dentro del lapso convenido. El comprador deberá determinar el punto exacto de entrega o la fecha precisa bajo B10, dentro del lapso convenido, lo que implicará que, en caso de falta de cumplimiento de la determinación, el riesgo se transferirá al finalizar el lapso convenido de entrega.

Igualmente, de acuerdo con B3 y B7, para DAP y DPU, el riesgo se transferirá al comprador anticipadamente si este no cumple su obligación de asistencia –respecto de la exportación– y pago –respecto de la importación– por la obtención de los documentos y cualquier autorización de las mercancías. Para DDP, de acuerdo con B3 y B7, el riesgo se transfiere anticipadamente simplemente con la falta de asistencia, mas no pago, que requiera el vendedor al comprador para la obtención de los documentos, puesto que el costo de las autorizaciones de exportación, transporte e importación las soporta el vendedor.

FAS (Free Along Ship) y FOB (Free on Board)

Si bien todos los anteriores implica transporte multimodal, esto es cualquier medio de transporte, FAS es un término comercial aplicable únicamente a transporte marítimo, y significa libre al lado del barco, mientras que FOB implica libre a bordo.

De acuerdo con A2, en FAS el vendedor realiza la entrega cuando (i) las mercancías son puestas al lado del barco (*alongside the ship*) determinado por el comprador; o (ii) cuando el vendedor cuando el envío ha sido realizado, esto es, cuando hay constancia de que las mercancías se encuentran a bordo del barco; lo cual es usual cuando las mercancías se venden en tránsito. Por su parte, bajo FOB, el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía cuando la mercancía se encuentra a bordo del barco. También bajo FOB se entiende entregada, como en FAS, cuando las mercancías se venden a bordo del barco.

Para lo anterior, el comprador debe notificar al vendedor, de acuerdo con B10, del nombre de la embarcación, el puerto, los requisitos de seguridad que deben cumplir las mercancías, así como la fecha en que debe efectuarse la entrega. La falta de notificación de esta información implicará que el comprador será responsable del riesgo a partir del que finalice el lapso en que debió notificar o en que se debió entregar la mercancía.

CFR (Cost and Freight) y CIF (Cost Insurance and Freight)

Implicando transporte marítimo, CFR significa Costo y flete, mientras que CIF refiere a costo, seguro y flete. Como puede intuirse, la diferencia fundamental entre CFR y CIF es el

referente a seguro, el cual, en CIF debe ser contratado y pagado por el vendedor. Su diferencia fundamental con FAS y FOB, es que, en estos últimos, el vendedor no debe soportar el pago del transporte, mientras que en CFR y CIF, el vendedor debe soportar dicho costo, independientemente de que la transferencia del riesgo se materialice con el abordaje de las mercancías en el barco.

En este sentido, el riesgo lo soportará el comprador en caso de que no cumpla con sus obligaciones de notificación de determinar el momento de entrega y el puerto final de destino de las mercancías bajo B10.

CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, el riesgo y su transferencia son conceptos esquivos, que dependen de determinados factores definidos por las normas aplicables que las partes elijan, ya sea por CISG o por determinación de los términos comerciales aplicables.

Estos términos comerciales tienen aplicación bajo la CISG mediante distintas formas, dependiendo de la naturaleza que tengan los términos comerciales. En todo caso, la determinación correcta del derecho aplicable y de los términos comerciales correctos, hará más eficiente el contrato de compraventa; entendiéndose que aun cuando puedan surgir disputas, la solución del caso podrá ser más sencilla y rápida, dadas las reglas claras que las partes hubieren elegido.

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, Jorge. 1994. *El contrato de compraventa internacional*. Ciudad de México: McGraw Hill.
- Bernad Mainar, Rafael. 2006. *Curso de Derecho Privado Romano*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Cadena Afanador, Walter Rene. 2004. *La nueva lex mercatoria: La transnacionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Libre.
- Coetzee, Juana. 2013. "The interplay between Incoterms and the CISG." *Journal of Law and Commerce* 32 (1): 1-21.
- Cova Arria, Luis. 2012. *Comercio Internacional Incluyendo el Comercio Electrónico: Comentarios, casos y materiales*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Di Pietro, Alfredo y Ángel Enrique Lapieza Elli. 1982. *Manual de Derecho Romano*, 3era ed. Buenos Aires: Ediciones de Palma
- Domínguez Guillén, María Candelaria y Carlos Pérez Fernández. 2022. *Curso de Bienes y Derechos Reales*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.

- Erauw, Johan. 2006. "CISG Article 66-77: The risk of loss and passing it." *Journal of Law and Commerce* (25): 203-217.
- Fernandez Rozas, Jose Carlos. 2000. "El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización." *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México* (5): 161-230.
- Gomez Jene, Miguel. 2022. "Lex mercatoria y arbitraje comercial internacional: El ejemplo de una nueva ley de arbitraje española." En *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, coord. Joge Alberto Silva, 137-152. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Hachem, Pascal. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 67" En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenger, 968-978. New York: Oxford University Press.
- Hachem, Pascal. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 68" En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenger, 979-987. New York: Oxford University Press.
- Hachem, Pascal. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Article 69" En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenger, 988-995. New York: Oxford University Press.
- International Chamber of Commerce. 2019. *Incoterms® 2020*. Rules, Paris: International Chamber of Commerce.
- Johnson, William P. 2013. "Analysis of Incoterms as usage under Article 9 of CISG." *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2 (35): 379-430.
- Miller Proctor, Melissa. s.f. *Thomson Reuters Practital Law*. Accessed August 15, 2022. <https://1.next.westlaw.com/Document/I38f9445cea1a11ebbea4f0dc9fb69570/View/FullText.html?listSource=Foldering&originationContext=clientid&transitionType=MyResearchHistoryItem&contextData=%28oc.Search%29&VR=3.0&RS=cblt1.0>.
- Mohs, Florian. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. IV Passing of Risk, Introduction to Articles 66-70" En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenger, 181-196. New York: Oxford University Press.
- Nagel, Chris J., B. Kuschke, J. Barnard, A. Borraine, MM Botha, et al. 2019. *Commercial Law*. 6ta ed. Sur Africa: Lexis Nexis.

- Ochoa Muñoz, Javier. 2005. *Aplicación de la Lex Mercatoria*. Vol. II, en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, coord. Tatiana B. de Maekelt, Ivette Esis Villarroel and Carla Resende, 805-832. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Pamboukis, Ch. 2005. "The concept and function of usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods." *Journal of Law and Commerce* 1 (25): 107-131.
- Ramberg, Jan. 2005. "To what extent do Incoterms 2000 vary articles 67(2), 68 and 69?" *Journal of Law and Commerce* 1 (25): 219-222.
- Ramberg, Jan. 2014. *Incoterms® 2010*. Vol. 15, en *Current Issues in the CISG and arbitratio*, by Ingeborg Schwenzer, Yesim Atamer y Petra Butler, 225-233. La Haya: Eleven International Publishing.
- Risteski, Filip. 2021. "Passing of risk under the Domestic law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods." *Iustinianus Primus Law Review* 12 (1): 1-11
- Rodner S, James Otis. 2001. *La Globalización. Un proceso dinámico*. 1era Edición. Caracas: Editorial Anauco.
- Rodner S, James Otis. 2008. *Elementos de Finanzas Internacionales*. 3ra Edición. Caracas: Editorial Torino.
- Roth, P. M. 2013. "The passing of risk." *Journal of Law & Commerce* 1 (32): 291-310
- Sanquirico Pittevil, Fernando. 2020. "Soft law. Derecho y Terminología." *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (13): 409-425.
- Schmidt-Kessel, Martin. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part I Sphere of Application and General Provisions. Ch. II General Provisions, Article 9." En *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenzer, 181-196. New York: Oxford University Press.
- Schwenzer, Ingeborg, and Pascal Hachem. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part I Sphere of Application and General Provisions. Ch. I Sphere of Application, Article 6." En *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenzer, 101-118. New York: Oxford University Press.
- Schwenzer, Ingeborg, and Pascal Hachem. 2016. "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) – Part III Sale of Goods. Ch. II Obligations of the Seller, s. II Conformity of the goods and third party claims, Article 36." En *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlechtriem & Schwenzer, 623-628. New York: Oxford University Press.

- Schwenzer, Ingeborg, Pascal Hachem, and Christopher Kee. 2012. *Global Sales and contract law*. New York: Oxford University Press.
- Schwenzer, Ingeborg. 2016. "Introduction." In *Comentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, coord. Schlenchtriem & Schwenzer, 1-12. New York: Oxford University Press.
- Silva, Jorge Alberto. 2002. "Resurgimiento de la Lex mercatoria: La regulación de las relaciones comerciales internacionales.: En *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, by Jorge Alberto Silva, 225-286. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Stampa, Gonzalo. 2009. "El comercio internacional: Definición y regulación. La denominada Lex Mercatoria. El Arbitraje Comercial Internacional: Definición y principales características." En *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, coord. Francisco Jose Pelaez Sanz and Miquel Griño Tomas, 13-63. Barcelona: Bosch.
- Wigmore, John H. 1931-1932. "More jottings on comparative legal ideas and institutions," *Tulane Law Review* 6 (2): 244-279