

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**

**Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”**



**LA AUTONOMIA CONFLICTUAL  
Y  
LOS INCOTERMS**

**Artículo de investigación presentado por:  
EDUARDO CALDERÓN MARENCO**

**2017**

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS**

**Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”**



**LA AUTONOMIA CONFLICTUAL  
Y  
LOS INCOTERMS**

**Artículo de investigación presentado por:  
EDUARDO CALDERÓN MARENCO**

**Tutor Académico:  
DR. JESÚS JUSSETH HERRERA ESPINOZA**

**Managua, Nicaragua, 19 de abril de 2017**

## RESUMEN

En las últimas décadas, en el seno de la sociedad de comerciantes se ha instaurado un nuevo ordenamiento jurídico, permitiendo el resurgimiento de la *Lex Mercatoria* como fuente de este Derecho. Ello ha generado un amplio debate en torno a la aparición de la nueva *Lex Mercatoria* en el Derecho mercantil internacional, discutiéndose, entre muchos aspectos, su papel en el sistema de fuentes jurídicas y, en consecuencia, su aptitud para ser fuente de derecho en la resolución de los conflictos mercantiles tanto en el ámbito jurisdiccional Estatal como en el plano arbitral. Antes de esto debemos exponer las razones de la vigencia de la autonomía conflictual en este sector, y analizar las condiciones y las consecuencias de una elección del derecho aplicable en el Derecho de los contratos internacionales, así como sus límites, los que nos llevará a determinar la aplicación de la *Lex Mercatoria* en virtud de la autonomía conflictual de las partes y, más específicamente, la elección de los *Incoterms* como manifestación de este nuevo ordenamiento jurídico.

## PALABRAS CLAVES:

***Lex Mercatoria / Incoterms / Autonomía Conflictual / Estados / Comercio Internacional***

## RESUMO

Nas últimas décadas, na barriga da sociedade o comerciante que estabeleceu uma nova ordem jurídica, permitindo o ressurgimento da *Lex Mercatoria* como uma fonte desse direito; no entanto, um amplo debate gerado em torno do aparecimento da nova *Lex Mercatoria* em direito comercial internacional, discutindo, entre muitos aspectos, o seu papel no sistema de fontes legais e, conseqüentemente, a sua capacidade de ser uma fonte de direito na resolução de litígios comerciais tanto do âmbito de competência do Estado como no nível de arbitragem. Antes disso, devemos explicar as razões para a validade da autonomia conflictual neste sector e analisar as condições e conseqüências

de uma escolha de leina lei de contratos internacionais e seus limites, levar-nos a determinar a aplicação *Lex Mercatoria* de menos autonomia das partes conflituosa e mais especificamente a escolha dos *Incoterms* como uma manifestação desta nova lei.

## **DESCRITORES:**

***Lex Mercatoria / Incoterms / Autonomia conflituosa / Estado / Comércio Internacional***

## **TABLA DE CONTENIDO**

**Introducción. I. Autonomía Conflictual. El derecho de elección de las partes contractuales.** 1. Aspectos Fundamentales. 2. Ventajas y diferencia entre Autonomía Conflictual y Norma de Conflicto. 3. El principio de libertad de elección del Derecho aplicable. 4. Derechos elegibles a partir de la Autonomía Conflictual. *Lex Mercatoria*, un nuevo ordenamiento jurídico. **II. Incoterms. Usos y costumbres internacionales.** 1. Contexto Histórico. 2. Clasificación de los *Incoterms* 2010. 3. Naturaleza y alcance de los contenidos. 3. Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y los *Incoterms*. Fundamento Legal. **III. Aplicación de los *Incoterms* como *Lex Mercatoria* (usos y costumbre) a partir de la Autonomía conflictual.** 1. Los *Incoterms* como *Lex Mercatoria* desde la autonomía conflictual. 2. Límites de aplicación de los *Incoterms* mediante la autonomía conflictual.

## INTRODUCCIÓN

En el marco del proceso de globalización, las significativas transformaciones que operan en el campo político, social y especialmente económico, representan importantes desafíos en la esfera jurídica. La creciente actividad comercial en el plano internacional, provocó cambios para el desarrollo de un nuevo derecho que permitiera la regulación efectiva de actividad comercial. La costumbre como fuente de derecho tomó vida mediante la autonomía de la voluntad de los contratantes con el ánimo de brindar una solución a la problemática que planteaba las legislaciones nacionales como Derecho aplicable, las cuales no resolvían las particularidades del tráfico comercial. Por ende, las partes y su vinculación con la autonomía conflictual – *libertad para elegir el Derecho aplicable*- configuraron un nuevo ordenamiento denominado *Lex Mercatoria*.

Este nuevo ordenamiento jurídico, sin necesidad de ser Derecho positivo o estatal, recoge los usos y costumbre más relevantes en el comercio internacional; una manifestación de la *Lex Mercatoria* son los *Incoterms*. Por tanto, pretendemos demostrar en esta investigación que estos términos comerciales pueden fungir como Derecho aplicable en los contratos internacionales de compraventa de mercaderías con el solo hecho que las partes mediante la autonomía conflictual así lo decidan; es decir que pretendemos demostrar es que estos términos son un instrumento jurídico efectivo para regular los aspectos fundamentales relativos a la transmisión de mercaderías.

Para poder afirmar lo anterior, en línea de principio, realizaremos un estudio de la autonomía conflictual como derecho de las partes a elegir un Derecho aplicable al contrato. Posteriormente, traeremos a colación las posiciones doctrinarias más aceptadas sobre el reconocimiento de la *Lex Mercatoria* en el ordenamiento jurídico, al igual que sus mayores límites; y, por último, realizaremos un estudio pormenorizado de los *Incoterms* de cara a su inclusión como Derecho del contrato.

## **I. Autonomía Conflictual. El derecho de elección de las partes contractuales.**

Para dar inicio a estas líneas investigativas, procuraremos hacer un esbozo de manera concreta de la problemática que abordaremos; es así que desde el siglo XII (edad antigua), los comerciantes han creado su propio derecho por la necesidad de regular el actuar de los mismos dentro del ámbito del comercio, razón por la que surge en el seno de este gremio la costumbre como fuente primaria generadora de normas de exclusiva de aplicación a este sector de la sociedad; sin embargo conforme el evolucionar del tiempo el Estado intervino, en su carácter de ente controlador del quehacer humano y productor de normas, para proclamar el derecho nacido en este gremio (comerciantes) mediante ley, como fuente primaria, aplicándolo para todos los ciudadanos.

En este punto de partida debemos reflexionar que hasta el día de hoy la costumbre en el derecho mercantil sigue siendo una maquinaria generadora de derechos a partir de los usos y costumbres (*Lex Mercatoria*), que en muchas ocasiones no están positivados por las legislaciones nacionales; sin embargo, actualmente han tenido fundamento en las contrataciones internacionales mediante la aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, principio de derecho recogido por la mayoría de ordenamientos jurídicos de distintos sistemas jurídicos, mismos que a su vez limitan la plena aplicación de este principio.

Un ejemplo palpable son los tan conocidos *Incoterms* (*International comercial Terms*, por sus siglas en inglés), nacidos del seno de una de las más antiguas y prestigiosas asociaciones de comerciantes a nivel internacional, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que recogen una serie de usos y costumbres aplicados a la compraventa internacional de mercaderías. Muy pocos Estados los han incluido en normas nacionales, por ende su aplicación en los negocios jurídicos de compraventa internacional de mercaderías depende de la autonomía de las partes o la bien llamada: autonomía conflictual, es entonces que nos cuestionamos ¿Pueden las partes declarar mediante la autonomía conflictual a los usos y costumbres como

Derecho aplicable a sus contrataciones?, para dar respuesta a esta interrogante y otras que puedan surgir alrededor del tema a investigar, debemos plasmar lo que la doctrina mediante diversos autores han argumentado sobre la denominada “Autonomía Conflictual”.

Además debemos apuntar que el corte de esta investigación es meramente internacionalista, campo en donde se expande la constante búsqueda de seguridad y estabilidad en las relaciones contractuales; el motor de búsqueda de relaciones jurídicas seguras ha sido precisamente el que ha girado el entorno al movimiento de unificación jurídica internacional de contratos comerciales internacionales, motivado por los cambios tecnológicos, comerciales e industriales y por la misma globalización que se ha producido en una gran parte de las economías del mundo; razón por la cual la autonomía conflictual ha venido a revolucionar este tipo de negocios jurídicos, dado que habida cuenta el derecho internacional privado y su sistema conflictual hoy en día se revelaba insuficiente para cubrir el amplio elenco de cuestiones que producen los contratos mercantiles, y los sistemas nacionales se alejan en gran medida para otorgar soluciones acordes a las prácticas comerciales dado que muchos de los códigos de comercio o mercantiles, parten de una realidad pre industrial anclada en los tipos contractuales tradicionales que no pudieron prever los cambios tecnológicos, industriales y comerciales hoy imperantes (Gómez Segade & García Vidal, 2010).

### *1. Aspectos Fundamentales.*

Para Leible (2011), la autonomía privada debe entenderse como la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad o lo que bien llamamos autonomía material que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y que contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración), en cambio la autonomía conflictual que concede a las partes de un

contrato la libertad de elección del derecho, por ende las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas.

Oviedo Albán (2012) agrega que en el Derecho Internacional Privado moderno se admite como regla general para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales a la autonomía de la voluntad, en un doble alcance: material y conflictual, este último término debe entenderse al derecho que las partes pueden escoger la ley o el derecho que regirá el contrato, bien cabe resaltar a como lo manifiesta el doctrinario la elección de una ley o un derecho; en líneas más adelante explicaremos lo relevante del uso de ambos términos en los sistemas americanos y europeos. Este mecanismo contemporáneo brinda una seguridad jurídica preventiva, evitando conflictos posteriores innecesarios entre las partes, así mismo brindando la ley aplicable al juez para obtener una actuación jurisdiccional más transparente y objetiva que lleve a la realización de los intereses materiales de las partes puesto que les permite escoger el derecho que resulte más adecuado, (Oviedo Albán, 2012). Por ello, es considerada una de las reglas básicas aceptadas por el Derecho Internacional Privado contemporáneo de contratos que ha desplazado a la tan utilizada “Norma de Conflicto”.

Según Ortiz Vidal (2012): “La autonomía de la voluntad conflictual es el derecho subjetivo del que disponen los particulares implicados en la celebración de un contrato internacional, que consiste en la facultad de elegir la Ley reguladora del contrato del que forman parte” (p.89). La reflexión realizada por esta autora, puntualiza únicamente que las partes tienen derecho de elegir la “Ley” aplicable y no así como lo dispone Leible y Oviedo, siendo que no solamente puede erigirse una ley sino también un derecho.

El derecho de los negocios internacionales ha integrado en sus libertades de la voluntad autónoma a la autonomía de la voluntad conflictual, según la cual las partes pueden escoger la ley y el juez del contrato (Espinoza Quintero, 2009). Ahora bien, el concepto de autonomía conflictual, como lo han reconocido los autores ya



citados, es un concepto moderno que en muchas ocasiones tiende a confundirse con el concepto tradicionalista de Norma de Conflicto utilizado por el derecho internacional privado, este sentido nos vemos en la necesidad de pautar la diferencia entre ambos.

## *2. Ventajas y diferencia entre Autonomía Conflictual y Norma de Conflicto.*

El concepto doctrinal de norma de conflicto, es ampliamente reconocido por el Derecho Internacional Privado, según González Martín & Rodríguez Jiménez (2010) este tipo de normas (Conflictuales): “determina que ordenamiento jurídico, que sistema jurídico, de los que se encuentran razonablemente vinculados con el supuesto de hecho dará respuesta al fondo de la cuestión planteada por las partes, a través de sus normas materiales o sustantivas” (p.138).

De tal suerte que podemos determinar que más que un tipo de normativa, estas (normas de conflicto) son un mecanismo que determinará en el momento de un conflicto entre las partes el derecho que se aplicará por parte del tribunal competente para poder dirimirlo, en otras palabras: la norma de conflicto señala que ordenamiento jurídico estatal de los diferentes y diversos que están razonablemente vinculados con el supuesto de hecho, deben dar una respuesta al fondo, una “solución material concreta”, a la pretensión planteada (Dávalos Fernández, 2003).

Acertadamente, Espugles Mota & Iglesias Buhiges (2009) exteriorizan que: “La norma de conflicto no aporta una respuesta directa – sustantiva- al particular problema planteado; no señala cual es la concreta solución material del mismo” (p.178). Lejos de ello, la norma de conflicto genera una respuesta indirecta que, además, se caracteriza por su carácter apriorístico y abstracto, y por su naturaleza bilateral, y se limita a localizar la situación en un concreto ordenamiento jurídico, ya sea este el ordenamiento del foro o un ordenamiento extranjero.

En resumen, la norma procede a localizar la situación en un concreto ordenamiento jurídico; que puede ser el del Estado del operador jurídico o el de un tercer país (Espugles Mota & Iglesias Buhiges, 2009), así lo hemos manifestado con anterioridad, por ende, ello conduce directamente a que la autoridad de un concreto país que aplica las normas de conflicto presentes en el ordenamiento jurídico nacional, se verá confrontado en ocasiones con la necesidad de aplicar un derecho privado distinto del propio.

En palabras de Arellano García (2006), las normas de derecho internacional privado (normas de conflicto) son formales, en oposición a las normas materiales. Es decir, las normas del Derecho Internacional Privado se concretan a señalar la norma jurídica competente o aplicable para regir una situación concreta mientras que la conducta a seguir por los sujetos destinatarios de la norma se prescribe en la norma sustantiva (norma estatal o nacional).

La ventaja que presenta en la actualidad la autonomía conflictual en relación a la norma de conflicto se fundamenta en la falta de adecuación a las necesidades del comercio internacional, por lo tanto la práctica internacional ha confirmado en muchas ocasiones los inconvenientes derivados de la hegemonía de las leyes estatales en la regulación de contratos internacionales. Así mismo lo afirma Fernández Rozas (2004), en tanto señala que si bien es cierto que la implementación del método conflictual (norma de conflicto) puede ofrecer indudables ventajas al presentarse como un modelo integrado y conocido por las partes, pero la elección no ofrece una seguridad total ya que la ley nacional puede presentar lagunas o no estar adaptada a las necesidades de estos negocios jurídicos.

Este método clásico, incoado por el maestro Savigny ha resultado complicado debido a que sus resultados a menudo son inciertos pues los tribunales nacionales manifiestan una tendencia a favor de la aplicación de la *lex fori*. Las normas de conflicto, es cierto, tienden a “nacionalizar” la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno; sin embargo el objetivo del comercio

internacional se aleja de esta postura, máxime que como mencionamos con anterioridad gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales y precisamente el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivó el desarrollo del derecho uniforme que ha tenido como fuente primara la costumbre.

En esta misma línea podemos referir que la norma conflictual ha perdido practicidad en el campo del comercio internacional, en el quehacer del comerciante que traspasa fronteras y huye de una aplicación legislativa nacional, tanto en cuanto sus operaciones económicas son de gran complejidad o de figuras atípicas cuyo valor económico y riesgos suelen ser muy superiores a los de los contratos puramente internos (derecho nacional). Esta postura de los autores mencionados, la cual comparto plenamente, da lugar al nacimiento o búsqueda de otros mecanismos de regulación considerados más ajustados a las exigencias de la misma globalización y comercio, tales como la unificación del derecho de los contratos a través de Convenios internacionales o de actos de instituciones internacionales a las que los Estados hayan transferido competencias en la materia y la creación por parte de los propios operadores jurídicos y económicos que participan en el comercio internacional de una normativa uniforme o bien de la jurisprudencia generada por órganos arbitrales (Bouza Vidal, 2005), no obstante esto solo puede consagrarse mediante el principio de libertad de elección del Derecho aplicable a los contratos (autonomía conflictual).

### *3. El principio de libertad de elección del Derecho aplicable.*

La mayoría de los teóricos, inmersos en la dogmática de la mentalidad moderna, postulan el principio de la autonomía de la voluntad, esta postura nos la comparte García Castillo (s.f.), en el sentido de afirmar que la ley o derecho que rige la relación contractual puede ser elegida libremente por las partes, a esto él le denomina “La “autonomía conflictual”, *lex voluntatis* o autonomía de la voluntad,

en tanto permite un libre actuar de las partes entre las contrataciones internacionales realizadas.

Por otra parte, debemos conocer el punto de vista crítico de Leible (2001), quien defiende que la legitimación de la libre elección del derecho en el plano del derecho positivo parte exclusivamente del derecho estatal vigente, y no de un principio de la libertad personal, con independencia de la forma en que éste se configure. Posiblemente sea cierta esta aseveración, tal es el caso de Nicaragua que en su Código Civil recoge, en el art. 2437, la autonomía de la voluntad de carácter privado; sin embargo en estos tiempos este principio en materia de comercio internacional no busca su aceptación en ordenamientos estatales; todo lo contrario, en muchas ocasiones estos ordenamientos son limitantes para la libre voluntad de las partes contratantes.

No obstante, el argumento de más peso que debe prevalecer es sin lugar a dudas el respeto de los intereses de las partes. El que las partes mismas sean quienes decidan sobre cómo quieren perseguir y equilibrar sus intereses acordes al negocio jurídico que se desarrolla en el plano internacional y se corresponde con la idea del contrato. La autonomía conflictual no se presenta polo tanto como la continuación de la autonomía privada, sino que es expresión de una idea de autonomía de libertad por encima del derecho positivo, por tanto el reconocimiento de los intereses de las partes es especialmente para el Derecho del Comercio Internacional de particular importancia.

Giménez Cortes (2002) también nos comparte su posición, la cual se encuentra plenamente vinculada a la facultad de que las partes deben elegir el derecho nacional aplicable a su relación jurídica (autonomía conflictual). A favor de la libertad de elección se erige la ganancia que presenta en materia de seguridad jurídica, al mismo tiempo mediante la elección del derecho las partes obtienen un conocimiento seguro acerca del derecho vigente, es decir, el Derecho aplicable.

La apuesta por la libertad de elección del derecho como salida para el dilema que genera el método conflictual tradicionalista ha imperado conforme del pasar del tiempo (Leible, 2011). Ahora bien, reconocido este principio del cual la doctrina y la práctica han consagrado como un detonante de seguridad jurídica en las transacciones comerciales, debemos enmarcar que tipos de derecho son elegibles a partir de la autonomía conflictual, tarea que desarrollaremos a continuación.

#### *4. Derechos elegibles a partir de la Autonomía Conflictual. Lex Mercatoria, un nuevo ordenamiento jurídico.*

La intención de este trabajo de investigación no es delimitar un concepto de Derecho, más aún que doctrinariamente existen un sin número de reflexiones que han buscado acercarse a esta definición, cada quien desde su perspectiva iusnaturalista, positivista, subjetivista, etc.; sin embargo para efectos de estas líneas investigativas comparto el aporte dado por Ruiz Rodríguez (2009): y es que Derecho es visto como norma, empero el *jus*, que era la palabra técnica latina que usaron los juristas romanos, no tenía en un principio ese sentido normativista. Iglesias González citado por Ruiz Rodríguez (2009) indica que ellos (los romanos) utilizaban el *jus* para designar el derecho elaborado por los hombres, ese significado primigenio del *jus* es el que prevalece en la concepción subjetivista del derecho, lo que hoy podemos materializar desde el punto de partida que Derecho no es sinónimo de ley. El Derecho aplicable a una contratación internacional torna su mirada a las fuentes primarias y secundarias, entre ellas la ley y la costumbre.

Doctrinalmente, el tipo de derechos elegidos por las partes han sido confrontados entre positivistas y subjetivistas, como bien mencionamos en el párrafo que antecede; de la mano de la doctrina francesa se han distinguido varias concepciones sobre la elección de ley o derecho; sin embargo traemos a colación la de rasgos subjetivistas, que defiende que la designación del Derecho aplicable solo depende de lo que quieran las partes; es así que nos apropiamos de esta posición para plantear el derecho de las partes y su libre decisión (Requejo Isidro, 2013).

Después de estas líneas reflexivas habrá que examinar lo que varios doctrinarios han discutido sobre los derechos que a partir de la autonomía conflictual pueden elegir las partes, tomando en consideración tanto el sistema europeo como el sistema americano. Esta tarea es imperante, dado que el contrato internacional vinculado a varios países, debe regirse por un Derecho. Siguiendo el esquema del autor uruguayo Quintín Alfonsín citado por Revoredo de Mur (1994), en teoría, el régimen internacional de los contratos internacionales puede quedar establecido de varios modos, el primero de ellos a través de una norma de conflicto que señale el Derecho sustantivo nacional aplicable al contrato, en tal sentido ya hemos estudiado líneas atrás la problemática que conlleva la aplicación de las normas de conflicto.

El segundo método consiste en solucionar el problema contractual internacional por medio de un régimen jurídico sustantivo y dejar al criterio de las partes las normas de Derecho aplicables al contrato, sean normas de un derecho sustantivo nacional e internacional, sean de una ley uniforme o bien de todos aquellos instrumentos internacionales que hayan sido incorporados al derecho nacional (convenciones, tratados etc.), vale decir que pueden crear un nuevo Derecho diseñado exclusivamente para su relación contractual nacido de la costumbre o lo que bien denominamos *Lex Mercatoria* (usos y costumbres), y también pueden delegar estas facultades en manos del juzgador o árbitro elegido por ellas (Revoredo de Mur, 1994).

Probablemente no encontremos problemas cuando se trate de elegir a la ley nacional o un tratado o convención de Derecho internacional ratificado por los entes estatales como Derecho aplicable a la contratación partiendo del principio de libre elección o bien hacer frente a la problemática de no decidir el Derecho y dejarlo al arbitrio de la norma de conflicto para determinar la legislación que regirá el contrato, aun sabiendo todo el engranaje y desventajas que representa; no obstante, el mayor debate práctico y doctrinario lo encontramos en la invocación de la *Lex*

*Mercatoria* (usos y costumbres) como Derecho aplicable a la contratación internacional.

Continuando el lineamiento investigativo de este documento es preciso que hagamos el esfuerzo de diseñar un concepto de *Lex Mercatoria*, pero antes de esto, debemos plasmar la pregunta rectora de la problemática que en las siguientes líneas procuraremos responder: ¿Constituye la *Lex Mercatoria* un auténtico sistema jurídico para ser incorporado por las partes mediante la autonomía conflictual?

Como bien apuntan Fernández Rozas, Arenas García & De Miguel Asensio (2013) cualquier intento de delimitación de *Lex Mercatoria*, no es tarea fácil, aun tomando en cuenta que no es un concepto moderno; a pesar de esto se afirma con razón, que no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *Lex Mercatoria* y con respecto a la conceptualización de la así llamada nueva *Lex Mercatoria*, que ha enfrentado posturas irreconciliables entre mercatoristas y antimercatoristas podemos comenzar enunciando un primer concepto brindado por Berman y Dasser citados por Giménez Cortes (2002): “*Lex Mercatoria* es derecho de raíz consuetudinaria, como lo era la vieja *Lex Mercatoria* de los comerciantes de la edad media” (p.346).

Tobar Torres (2012) nos plasma el concepto dado Goldman, uno de los primeros autores que utilizaron este término, para quien la nueva *Lex Mercatoria* se trata de: “reglas transnacionales que los participantes en los intercambios económicos internacionales se dan progresivamente a sí mismos, notablemente en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros constatarán y precisarán, teniendo en cuenta la intención de su elaboración” (p. 248).

De ambos conceptos podemos delimitar que La *Lex Mercatoria* se conforma como un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo creado desde un inicio por los comerciantes con el objetivo fundamental de evadir en sus transacciones las normas de carácter nacional de sus respectivos países liberándose de la rigidez y de

la falta de sensibilidad para el tráfico internacional de estas últimas. Por tanto, básicamente son dos las notas que permiten caracterizarla, su “*anacionalidad*”, es decir, no emana de un sistema jurídico propio de un Estado soberano; y, en segundo término, la fuerza obligatoria que le reconoce la comunidad comercial, esta última connotación se deriva de la participación en la elaboración de la nueva *Lex Mercatoria* por parte de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados, con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distinto nivel de desarrollo (Navarro Pentón, 2009).

Más precisamente podemos enunciar que los usos cobran una especial importancia dado que se originan con la reiteración de determinadas pautas en la conducta de los operadores del comercio, pautas que, con el tiempo, pasan a ser aceptadas de forma generalizada (Navarro Pentón, 2009), además, destaca el papel en el Derecho moderno del arbitraje comercial internacional, recordando que son los árbitros los que aplican en sus decisiones, cada vez con más énfasis, los usos y costumbres creados por la aludida sociedad de comerciantes; es decir que este nuevo orden no solo enmarca una normativa aplicable a este gremio sino que también órganos supranacionales de carácter jurisdiccional que apliquen la *Lex Mercatoria*, claro está, siempre enmarcado en el derecho de la autonomía conflictual.

A toda luz se ha establecido una práctica jurídica que funciona al margen de los órdenes jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales como sistema normativo y unos procedimientos y arreglos de controversias privados que no pueden ser ubicados dentro de la jerarquía normativa clásica entre el derecho nacional y el derecho internacional, lo que a muchos positivistas genera conflictos en su determinación como orden jurídico autónomo; se trata, entonces, de un escenario en el que surge una ley comercial global independiente de cualquier legislador nacional pero dependiente de instituciones legales y judiciales existentes desde hace tiempo, por cuanto las decisiones arbitrales pueden ser exigidas y perseguidas en tribunales nacionales, ejemplo de esto es la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida



como la Convención de Nueva York de 1958 (Fernández Rozas et al., 2013). No debe extrañar, pues, que la *Lex Mercatoria* se erija como un orden jurídico propio aunque sea incompleto y en alguna medida esté subordinado a los órdenes jurídicos nacionales en su aplicación y eficacia; dependencia que no afecta a su autonomía pero si la limita.

Aun previniendo que el derecho estatal pueda limitar el desarrollo y aplicación de la *Lex Mercatoria* habrá que tomar en cuenta la expansión de ésta junto con el incremento de la normatividad internacional en el Siglo XXI; en tal sentido, los operadores del comercio se alejan cada vez más de los derechos nacionales y solo recurren a ellos cuando tengan que hacer ejecutivo un derecho mediante los órganos coactivos del Estado (Pereznieto Castro & Silva Silva, 1995).

Ahora bien, el contenido de la *Lex Mercatoria* así como su concepto, se escurre entre diversos doctrinarios, una primera aproximación nos la brinda Pereznieto Castro (1999), y es que para él la doctrina ha querido describir una amplia serie de reglas emitidas por organismos privados a nivel internacional o por órganos intergubernamentales a ese mismo nivel, pero cuya característica principal es que se trata de reglas que configuran la *Lex Mercatoria* aplicables a las contrataciones comerciales internacionales.

Los aportes de Giménez Cortes (2002) se suman a estas líneas; primeramente se determinan a los usos como contenido de esta *Lex Mercatoria*, constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, de ellos encontramos a los contratos internacionales; las condiciones generales de contratación y los *standardsforms*; las reglas de las asociaciones profesionales y las *guidelines*; los principios generales del comercio internacional, y los *restatements of law*; los códigos de conducta, las convenciones internacionales aún no vigentes y ratificadas por los Estados y las leyes modelos; y los laudos arbitrales, la normativa procedimental y la equidad.

Esta delimitación de contenido por parte de Giménez Cortes (2002) es más específica y concreta, por ello quiero enfatizar en tres acápites de los cuales considero los ejes principales de esta temática; en primer lugar habrá que otorgarle valor a los contratos comerciales; siendo que constituyen fuente principalísima del derecho del comercio internacional donde se manifiesta la autonomía de la voluntad y la autonomía conflictual; ante la repetición de los mismos, algunos contratos se han tipificado en condiciones generales, y otros han devenido en usos y costumbres; en segundo término están los usos —aunque no todos— han sido recopilados y sistematizados, como ejemplo se pueden citar a la reglas y usos uniformes para los créditos documentados y los *Incoterms*; además muchos usos se han positivizados en normas nacionales e internacionales; y por último se encuentran también los laudos arbitrales, la normativa procedimental y la equidad, hay que tener presente que, a través de los laudos, va a ser posible identificar los principios, reglas y usos que componen la *Lex Mercatoria*, ya que los árbitros suelen acudir con frecuencia a los mismos (laudos) para dirimir las controversias que antes ellos se suscitan.

Una vez determinado el contenido de lo que la doctrina denomina como nueva *Lex Mercatoria*, debemos pasar a contestar las siguiente interrogante: ¿Están facultadas las partes, por medio de la autonomía conflictual, a elegir como derecho rector de su contrato a la *Lex Mercatoria*?, después de lo estudiado podemos determinar afirmativamente que gran parte de la doctrina se inclina por un rotundo SI, pero debemos realizar algunas reflexiones sobre esta interrogante.

En un primer momento, como hemos dejado sentado las partes de un contrato pueden elegir como aplicable no solo a un derecho nacional de un país determinado, sino a un derecho transnacional, considerando que la acepción derecho va más allá de una norma positivizada; un derecho de creación no estatal. Desde el Derecho Internacional Privado, Berman citado por Giménez Cortes (2002) no duda en calificar a la *Lex Mercatoria* como un supuesto de costumbre jurídica,

pero ¿Es esta costumbre un auténtico sistema jurídico independiente de los derechos nacionales, o en definitiva depende de los sistemas jurídicos nacionales?

En efecto, las partes de un contrato pueden regularlo por la *Lex Mercatoria*, Goldschmidt ha denominado a esta posibilidad “autonomía universal”, ya que el contrato no estaría sujeto, en principio a ningún orden jurídico estatal por lo cual podríamos configurar una primera premisa de que efectivamente estamos en presencia de un orden jurídico; es necesario agregar que la dinámica del reconocimiento de la *Lex Mercatoria* por árbitros internacional y su aplicación directa fortalece este ordenamiento que reconoce la existencia de órganos jurisdiccionales supranacionales que nacen de la autonomía de la voluntad de las partes. Además este ordenamiento recoge principios generales del derecho, entre ellos la buena fe, que en materia de comercio internacional debe entenderse como la buena voluntad de los contratantes de reconocer los usos y costumbres así como someterse a arbitrajes; en este contexto el Estado deberá ser garante del cumplimiento de los laudos internacionales para perfeccionar este nuevo ordenamiento (Giménez Cortes, 2002).

En aras de ordenar los argumentos que nos permitan responder la interrogante planteadas, Klaus Berger citado por Tobar Torres (2012) realizó un estudio en el que concluyó que la *Lex Mercatoria* es, en efecto, un sistema jurídico autónomo y abierto debido a que se nutre de la descripción del conjunto de reglas, principios y estándares que lo componen, y su elaboración depende sobre todo de abogados, árbitros y comerciantes internacionales.

La sistematización, el reconocimiento y la valoración de la nueva *Lex Mercatoria* en el contexto actual del comercio internacional, y las relaciones económicas internacionales que se desarrollan sustentan la existencia de un cuerpo normativo en que reúne usos de comercio respetados universalmente y que, como tal, dan cabida a la creación de normas jurídicas de imperativo cumplimiento. Buena parte de la doctrina señalo que la *Lex Mercatoria* es a-nacional, es decir, está desvinculada

totalmente de cualquier ordenamiento de carácter nacional o local, no depende de aquel y no requiere su reconocimiento o aprobación. Esa afirmación dada por Rodríguez Fernández (2012) tiene dos matices diferentes:

Primero las normas que gobiernan el comercio internacional no son, por lo menos en aquellos casos en que no existe elección de las partes sobre la ley aplicable, derivadas de norma alguna que provenga de un sistema legal nacional, y segundo, las reglas de la *Lex Mercatoria* tienen una importancia normativa que no depende de la ley local (p. 57).

Sobre esta afirmación podemos extraer o identificar que este ordenamiento autónomo tiene tres pilares fundamentales: las prácticas del día a día de la comunidad internacional del comercio (comerciante), los usos codificados o no en convenciones internacionales y los principios generales del Derecho; pero sobre todo se caracteriza por ser espontáneo llevando en sus raíces la voluntad de las partes, por eso también es trascendental el reconocimiento que los comerciantes y sus pares le otorgan a las reglas creadas por ellos mismo.

No podríamos crear una postura concreta sin contrastar las críticas y limitantes que tiene este ordenamiento jurídico, y que desde ya, afirmamos con propiedad que ha surgido un nuevo sistema jurídico, aplicable para el comercio internacional denominado por la doctrina y comerciantes como *Lex Mercatoria*. La primera objeción que ha manifestado los autores detractores de este nuevo concepto, se basa en la clásica teoría de que todo contrato que no ha sido celebrado entre Estados en su calidad de sujetos de Derecho Internacional, deberá someterse a las leyes de un Estado (leyes nacionales), asimismo expresan que este sistema obedece a los intereses y necesidades específicas de un grupo social restando legitimidad dentro del Derecho Internacional puesto que sus promotores son un grupo social poderoso, una nueva *societas mercatorum* que busca crear una normatividad y un aparato jurisdiccional a su servicio (Rodríguez Fernández, 2012); bastamente hemos dejado establecido la particularidad de la creación por parte de los comerciante de un nuevo derecho basado en los usos y costumbres, siendo que hoy por hoy la

legislaciones nacionales no satisfacen las necesidades del contexto practico-jurídico del comercio.

Por otra parte, se señala igualmente que la *Lex Mercatoria* no es autónoma al condicionar su desarrollo a la aceptación que de ella tengan los derechos estatales; que sobre esta crítica debemos apuntar que el Estado y sus normas sustantivas y procesales son en muchas ocasiones limitantes pero que no le resta por completo autonomía; sin embargo la discrepancia de la *Lex Mercatoria* surge frente a normas imperativas o de orden público, y como bien es sabido las normas de orden público no pueden ser inaplicadas, un ejemplo de ellas son las normas que protegen la competencia y el derecho del consumidor; otro ejemplo que traemos a colación, sin ánimos de expandirnos, por no ser objeto de investigación del presente trabajo, es el caso de Nicaragua, que si bien es cierto en su articulado de la norma civil reconoce la autonomía de la voluntad, sin embargo se ve limitada por la ley, la moral y el orden público, por lo que un uso y costumbre de carácter comercial en el plano internacional verá su limitante en disposiciones como ésta, lo que significa que prevalecerá la norma estatal por ende el uso o costumbre no tendrá aplicación o validez jurídica en dicho Estado.

Zapata De Arbeláez citado por Alzate Ossa (2013) exterioriza la negación de la existencia de una *Lex Mercatoria* como sistema jurídico en términos positivistas:

En tanto carece de una organización o distribución jerarquizada de normas que incluya normas superiores como la Constitución y normas inferiores como las leyes y los decretos en el sentido expresado por Kelsen; y los principios de la *Lex Mercatoria* no se encuentran organizados de tal manera por lo tanto, no podrán considerarse como partes de un derecho comercial internacional stricto sensu (p. 294).

Otras críticas a la *Lex Mercatoria* están enmarcadas a que este tipo de normas no son únicas por ende no generan seguridad jurídica, ya que todo contrato debe estar enmarcado en una ley estatal que regule a priori la relación jurídica, antes que las

partes se vean abocadas a una “pura lotería” cuando pretenden señalar que un contrato será interpretado única y exclusivamente a la luz de la *Lex Mercatoria*. Esas críticas provienen, en buena medida, de quienes aún consideran que la vieja concepción de que sólo el Estado está facultado para producir normas, y que posee una serie de propiedades definitorias como la sistematización e institucionalización de normas, la seguridad y la previsibilidad de comportamientos y decisiones, la existencia de un cuerpo burocrático que se encarga de su administración y, finalmente, la garantía coactiva de su cumplimiento.

Sobre esta última aseveración apuntamos que hoy en día los Estados han dado más apertura al reconocimiento de la *Lex Mercatoria* mediante la ejecución por parte de los órganos jurisdiccionales de laudos arbitrales internacionales, es valedero criticar que efectivamente la *Lex Mercatoria* en este espacio si necesita el carácter coactivo que imprime la norma nacional sustantiva mediante su sistema judicial; sin embargo esto va a depender de la intención de los Estados de aceptar a este nuevo ordenamiento jurídico, un orden normativo paralelo al del Estado, que surge espontáneamente en la vida cotidiana (de los comerciantes) como forma de autorregulación y que llega inclusive a ser más importante para ese grupo social que el propio Derecho creado y sancionado por el Estado (Rodríguez Fernández, 2012).

Para continuar con este análisis, consideramos relevante exponer algunos casos jurisprudenciales en materia arbitral donde ha cobrado vida la aplicación de la *Lex Mercatoria* en la contratación internacional, y que es reconocida por los tribunales nacionales, tal es el caso de la jurisprudencia emanada de los recursos de anulación y de los procedimientos de exequátur de laudos pronunciados en las grandes plazas internacionales donde se realiza el arbitraje, verbigracia el asunto “Fougerolle” la Corte de Casación francesa declaró expresamente que le *Lex Mercatoria* podía alcanzar la cualidad de *Lex contractus*; en el mismo sentido, el Tribunal Supremo de Austria se negó a anular el laudo arbitral pronunciado en el asunto “Norsolor”, donde los árbitros se habían referido a la *Lex Mercatoria* apoyándose en el principio general de la buena fe para decidir acerca de la responsabilidad derivada de la

ruptura de un contrato de representación comercial y esta decisión fue refrendada en el exequátur del laudo solicitado en Francia al entenderse que el fallo se había fundamentado en los principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional (Fernández Rozas, 2004, p. 49)

Otro caso que podemos traer a colación es el rechazo del recurso de nulidad contra en el laudo parcial en el asunto “Valenciana” donde el árbitro único, después de haber comprobado que las partes no habían tenido la intención someter el contrato litigioso a una ley estatal determinada decidió que el litigio debía regirse únicamente por los usos del comercio internacional, también llamados *Lex Mercatoria* (Fernández Rozas, 2004, p. 49).

De manera más específica podemos enunciar el caso No.2291 de 1975 del tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional donde el árbitro estimó que como la voluntad de las partes no se encontraba expresada por escrito en un contrato formal sino mediante el intercambio de télex, o por negociaciones confirmadas por télex, convenía interpretar los compromisos de las partes a partir de sus escritos y en función de “los principios generales del derecho y de la equidad que deben regir las transacciones comerciales internacionales”. De esta forma, el árbitro consideró que toda transacción comercial está fundada sobre el principio de equilibrio de las prestaciones que es una regla de la *Lex Mercatoria*. Además, las convenciones deben interpretarse de buena fe. La obligación de no dañar a la otra parte, y el principio de renegociación razonable deben considerarse como principios consuetudinarios en los contratos económicos internacionales. Basándose en estos principios el árbitro decidió el fondo del asunto sin necesidad de acudir a un derecho nacional. El árbitro da una solución material directa aplicando expresamente la *Lex Mercatoria*, los principios generales del derecho y la equidad como fuente de su decisión pero en forma indiscriminada (Grande, 2008, p. 18).

Con estas posturas arbitrales queremos dejar establecido la trascendencia que tiene el reconocimiento de la *Lex Mercatoria* en estas sedes que generan certeza jurídica y

engloban la existencia de este nuevo ordenamiento jurídico, pero aún más importante es la declaración de la autonomía conflictual. No quisiéramos abandonar este parte reflexiva sin antes tomar en cuenta las posturas reconocidas en los sistemas europeos y americanos mediante las convenciones más representativas en materia de aplicación de leyes en contrataciones internacionales.

En esta trazo de argumentación colocamos primeramente que en la actualidad europea la tendencia es en pro de dejar en plena libertad a los contratantes, de manera que puedan escoger cualquier ley estatal, así ésta no tenga puntos de contacto con el país, ni objetivos ni subjetivos con el contrato, es lo que se desprende del artículo 3.1 del Reglamento Roma I; en este caso se ha asumido que cuando las partes escogen una determinada ley como reguladora del contrato, se entiende que se refieren a las normas materiales vigentes en el respectivo Estado, esta interpretación del art. 3, es demasiado restrictiva y sobre esta base, resulta difícil que se admita como ley del contrato la referencia que las partes hagan a la *Lex Mercatoria*; no obstante podría ser incorporada por referencia al contenido del contrato, posibilidad admitida por el considerando 13 del Reglamento Roma I: “El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional” (Calderón Marengo, 2016, p.26). De esto se desprende, las evidentes contradicciones que surgen a partir de las interpretaciones de esta norma de carácter comunitario europeo que es tomada como referencia para las contrataciones comerciales internacionales en este espacio, por ende la aplicación de la *Lex Mercatoria* es más restringida.

Por el lado del sistema americano según Oviedo Albán (2012) mediante la Convención de México de 1994, Convención Interamericana sobre Derecho aplicables a los Contratos Internacionales, instrumento que ha sido reconocido por la doctrina como una de las innovaciones más importantes, dota a los particulares de seguridad jurídica en el comercio internacional, mediante el reconocimiento de la autonomía conflictual, que a diferencia del sistema europeo ha dado un paso adelante para permitir que las partes pacten como ley del contrato, instrumentos que



no tengan naturaleza de derecho estatal. Ello se advierte cuando en el artículo 7 se señala que las partes podrán escoger el Derecho aplicable al contrato.

Adicionalmente, en el artículo 9, establece las reglas para la determinación de la ley aplicable en defecto de elección, se indica que el tribunal deberá tener en cuenta principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, además de las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Sin más a que referirnos claramente el sistema americano presenta un avance notorio para el reconocimiento de este nuevo ordenamiento jurídico (*Lex Mercatoria*).

Para culminar este primer apartado concluimos dando respuestas a las preguntas acotadas, y es que una vez revisada la doctrina válida podemos enmarcar a la *Lex Mercatoria* como un nuevo ordenamiento jurídico, es decir el resurgimiento del derecho consuetudinario creado por comerciantes, que si bien es cierto no es completamente autónomo e independiente porque aún presenta algunas aristas relacionadas con el derecho estatal, concretamente en los límites establecidos por el orden público y reconocimientos en la ejecución de laudos, por lo tanto tomando en consideración el derecho que le asiste a las partes otorgado por la autonomía conflictual, pueden las partes elegir a la *Lex Mercatoria* como Derecho aplicable al contrato, así lo ha reconocido la doctrina mayoritaria y los órganos jurisdiccionales arbitrales, pero bien, continuando con el orden de ideas de esta investigación, ya hemos hecho referencia que una de las manifestaciones de la *Lex Mercatoria* han sido los *Incoterms*, por lo que procuraremos dejar establecida desde ya esta premisa.

## II. *Incoterms*. Usos y costumbres internacionales.

### 1. *Contexto Histórico*.

Para entender un poco más sobre estos términos, traemos a colación los aspectos históricos más relevantes que nos permitan ubicar su evolución como usos y costumbres del comercio internacional, es entonces, que su origen se enclava en el desarrollo del comercio mundial, permitiendo dar pautas a los acuerdos entre las partes contratantes, vaciando en gran parte a los contratos de compraventa internacional de su personalidad nacional. La primera etapa histórica se originó que en el primer congreso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), realizado en París en 1920, donde se iniciaron los trabajos que resultarían en el estudio del derecho, usos y prácticas de más de 30 países, conclusiones que se editaron en 1928, pero la versión completa se editó en 1936 la cual recibió el nombre de *Incoterms* (*international commercial terms*) por sus siglas en inglés (Fratilocchi, 1994).

Tal como nos comparten Chuliá Vicent & Beltrán Alandete (1995), desde principios del pasado siglo, el comercio internacional experimenta gran auge pero al empresario comerciante, que a título individual o agrupado en sociedades mercantiles comercia con otras naciones, se le presentaban graves problemas como consecuencia del desconocimiento de las leyes de otros Estados; el de sus usos y costumbre; el idioma, etc. Lo que motivo la creación de estos términos (*Incoterms*) que permitiesen, con el mínimo esfuerzo, conocer los derechos y obligaciones de las partes en la compraventa internacional de mercaderías. Después de su primera publicación obtuvieron un gran éxito (lo cual era de esperarse por reunir los usos y costumbre de más de 30 países); no obstante, el uso y la experiencia aconsejaron ampliaciones en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010, para la versión original incluyeron 11 términos (Sosa, 2012).

Sin adelantarnos al análisis de su alcance, implementación y naturaleza jurídica, debemos dejar claro que estos términos se utilizan para la compraventa

internacional de mercaderías, determinando las obligaciones de las partes en razón, de la entrega, asunción de riesgos y pago de seguros. La versión de 1936, agrupaba once términos de la siguiente manera: 1) *Ex Works* (En fábrica); 2) F.O.R (Franco vagón), F.O.T (Franco camión); 3) FREE, 4) F.A.S. (Franco al costado del buque), 5) F.O.B. (Franco a bordo), 6) C&F (Costo y Flete), 7) C.I.F. (Costo Seguro y Flete), 8) *Freightor Carriage Paidto* (Flete o porte pagado hasta), 9) *Free or Free Delivered* (Libre o Libre entrega), 10) *Ex Ship* (Entregado en el barco), y 11) *Ex Quay* (Entregado en el muelle). Estas siglas que representan el uso de un *Incoterm* determinado han sufrido variaciones debido al cambio en los usos y costumbres en el negocio jurídico de compraventa internacional de mercaderías.

La siguiente revisión y publicación fue influenciada por las críticas positivas de igualar con una interpretación idéntica los términos comerciales más empleados en las operaciones de compraventa internacionales de ese momento que eran muy bien acogidas y más aún reconocidas (Huamán Sialer, 2013). Los *Incoterms* de 1953 se debatieron en el Congreso de Viena, donde se establecieron las reglas y obligaciones de los siguientes términos: franco fábrica, franco vagón, FAS, FOB, C&F, CIF o CAP, flete o porte pagado hasta, franco sobre buque, franco sobre muelle, entregado en frontera y entregado libre de derechos.

Podemos manifestar que la publicación de 1953 contiene nueve términos; en 1967, se introducen los términos “Entrega en Frontera” y “Entregado Libre de Derechos”. Nueve años después, en 1976, se agrega la cláusula FOB y en 1980 *Libre Transportista* y *Flete/Portey Seguros Pagados Hasta*; sin embargo la mayor modificación fue sufrida en 1990, se da un importante incremento en el uso de las tecnologías, esta modificaciones consisten básicamente en el reemplazo del término FCA, en lugar de FOR/FOT y FOB Aeropuerto (se eliminan), y en su agrupación en cuatro categorías: E, F, C y D, la cual persiste al día de hoy. Todo esto viene de la mano del gran impacto en la dinámica comercial de ese entonces, la cual ha ido evolucionando, permitiendo, el cumplimiento más seguro y eficaz de estos (Sosa, 2012).

Siguiendo con los cambios que representaron los *Incoterms*, en el año 2000 el término FCA cambió las obligaciones de la descarga de la mercancía, hasta el lugar de destino la cual pasó del vendedor al comprador; asimismo, en relación con el FAS, la obligación en torno al despacho y los gastos de aduana para la exportación le corresponde, según *Incoterms* del 2000 al vendedor y no al comprador tal y como lo estipulaba los *Incoterms* del 90; y por último en el término DEQ, el despacho y los gastos de aduana para la importación es del comprador.

La última revisión realizada en el año 2010, la cual está vigente hasta la fecha, redujo el número de términos pasando de 13 a 11, encontrando el contexto de la variación en el llamado grupo “D” que hace referencia a que se entrega la mercancía asumiendo costos y riesgo en el lugar de destino, de esta manera que se eliminan los términos DAF (*Delivered at Frontier*), DES (*Delivered ExShip*), DEQ (*Delivered Ex Quay*) y DDU (*DeliveredDutyUnpaid*), pero se crean dos nuevos; DAT (*Delivered at Terminal*) que sirve para todo tipo de transporte siendo la entrega en el puerto de destino, después de descargado, DAP (*Delivered at Place/Point*) reemplaza a los términos DES, DAF y DDU aplicable a todo tipo de transporte cuando se trata de entregas en el país de destino en un lugar acordado con lo que aparece la flexibilidad necesaria; estudiaremos con mayor énfasis la clasificación actual (Sosa, 2012).

## 2. Clasificación de los *Incoterms* 2010.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) en la última revisión de los *Incoterms* en el año 2010 enfoca la gran influencia que la economía global ha proporcionado a las empresas, generándoles un mayor acceso a los mercados de todo el mundo, como consecuencias de las ventas de mercancías en más países, en más cantidad y con más variedad, a lo que podemos apuntar como una característica del denominado fenómeno de globalización; sin embargo a mayor tráfico mayores costos y complicaciones, así como malos entendidos y costosas disputas cuando los

contratos de compraventa no se redactan de forma adecuada o bien cuando las partes no hacen uso de su autonomía conflictual, es por tanto las referencias a una regla de *Incoterms* en el contrato de compraventa definen con claridad las obligaciones respectivas de las partes y reduce riesgo de complicaciones jurídicas (Cámara de Comercio Internacional, 2010).

La Cámara Internacional de Comercio es consciente de la naturaleza de estos términos, por ende deja claro que la interpretación de la regla *Incoterms* que se elija puede estar muy influenciada por las costumbres concretas del puerto o lugar utilizado; no obstante esta aseveración permite reforzar la tesis, que aunque no es objeto de estudio de esta investigación, sobre la limitante que en muchas ocasiones generan las legislaciones nacionales.

Por último, esta revisión dejó establecidos once (11) términos, sin embargo incorporó aspectos relevantes, el primero de ellos siguiendo el ejemplo de la Unión Europea que ha provocado que los tráficos fronterizos entre varios países sean menos significativos, por tanto se ha permitido que estos usos pueda utilizarse en contratos de compraventa nacional, que en consecuencia puede ser ventajoso también para el caso de la región centroamericana. El segundo aspecto versa sobre las comunicación electrónica siendo que las reglas *Incoterms* 2010 otorgan ahora a los medios de comunicación electrónicos el mismo efecto que la comunicación en papel, en la medida en que las partes así lo acuerdan o cuando se da la costumbre, esta fórmula facilita la evolución de nuevos procedimientos electrónicos durante la vigencia de las reglas *Incoterms* 2010 (Cámara de Comercio Internacional, 2010), ahora bien conozcamos un poco más sobre la clasificación actual.

El grupo E, contiene el *Incoterms* EXW *Ex works* (En fábrica) implica el mínimo de obligaciones para el vendedor, pues éste cumplirá su obligación de entrega poniendo a disposición del comprador la mercancía en su propio almacén o fábrica. El grupo F, involucra a los términos FCA *Free carrier* (Franco transportista) donde el vendedor cumple su obligación de entrega cuando pone la mercancía despachada de

aduana para la exportación, a cargo del transportista nombrado por el comprador, en el lugar o punto acordado; FAS *Free along side ship* (Franco al costado del buque) el vendedor cumple con su obligación de entrega cuando la mercancía ha sido colocada al costado del buque sobre el muelle o en barcazas en el puerto de embarque convenido; FOB *Free on board* (Franco a bordo) en este caso el vendedor debe colocar la mercancía a bordo del buque en el puerto de embarque y especificarlo en el contrato de venta. En el momento en que la mercancía sobrepasa la borda del barco, y una vez despachada a la exportación, se considera que el vendedor ya la ha entregado al comprador, el comprador se encarga de seleccionar el buque y de pagar el flete marítimo y el seguro (Navarro Pentón, 2009).

Continuando con la clasificación, el grupo C se caracteriza porque la entrega se produce, como norma general, en el medio de transporte designado por el vendedor, quien corre con los gastos de transporte, pero no asume los riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde el momento en que se produce la entrega. En este grupo encontramos al *Incoterms CFR Cost and freight* (Costo y flete), en este particular el vendedor elige el barco y paga el flete marítimo hasta el puerto convenido. Sin embargo, la entrega de la mercancía se formaliza en el momento en que sobrepasa la borda del buque en el puerto de origen. Los riesgos de pérdida o deterioro de la mercancía a partir de ese momento recaen sobre el comprador, a pesar de ser el vendedor quien paga el transporte principal. El despacho aduanero de exportación corre a cargo del vendedor; CIF *Costinsurance and freight* (Coste, seguro y flete), la entrega de la mercancía se considera que se produce al sobrepasar ésta la borda del barco en el puerto de embarque. Los riesgos de pérdida, daños o gastos extraordinarios que se produzcan con posterioridad a ese momento recaerán sobre el comprador. En todo caso, es obligación del vendedor la contratación y pago del transporte y del seguro principal (éste último de cobertura mínima). Además, compete al vendedor la realización de los trámites del despacho de exportación, correspondiendo al comprador la realización de los trámites de importación.

También están incluidos los términos CPT *Carriage paid to* (Transporte pagado hasta), aquí la transmisión de los riesgos de la mercancía se produce cuando ésta se pone a disposición del primer porteador encargado de su transporte. Es obligación del vendedor despachar la mercancía en aduana de origen y pagar el transporte principal. Se trata de un Incoterm multimodal, por lo que admite la utilización de distintas modalidades de transporte, no sólo la marítima; por último el *Incoterms CIP Carriage insurance paid* (Transporte y seguro pagados hasta), la transmisión del riesgo de la mercancía se produce cuando ésta es entregada al transportista elegido por el comprador. Y es obligación del vendedor la realización de los trámites de exportación, así como la contratación y pago del transporte y de un seguro de mínima cobertura (Navarro Pentón, 2009).

Por último, tenemos el Grupo D, en este grupo el vendedor se responsabiliza de la mercancía hasta que llega a su país de destino. El término DAT *Delivered At Terminal* (Entregada en Terminal) la empresa vendedora realiza la entrega cuando la mercancía, una vez descargada del medio de transporte de llegada, se pone a disposición de la empresa compradora en la terminal designada en el puerto o lugar de destino designados. El vendedor corre con todos los riesgos que implica llevar la mercancía hasta la terminal en el puerto o en el lugar de destino designados y descargarla ahí; DAP *Delivered At Place* (Entregada en Lugar) en este término el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía se pone a disposición del comprador en el medio de transporte de llegada preparada para la descarga en el lugar de destino designado. El vendedor corre con todos los riesgos que implica llevar la mercancía hasta el lugar designado; y para finalizar el último *Incoterm* es el término DDP *Delivered Duty Paid* (Entregada derechos pagados) su contenido consiste en que el vendedor realiza la entrega de la mercancía al comprador, despachada para la importación, y no descargada de los medios de transporte a su llegada al lugar de destino, en este particular al vendedor le corresponde soportar todos los costes y riesgos contraídos al llevar la mercancía hasta aquel lugar, incluyendo, cuando sea pertinente, cualquier derecho para la importación en el país de destino (Boyeras Schumann, 2012).

### 3. Naturaleza y alcance de los contenidos.

Sobre este tema diversos autores ha dejado sentada su posición, entre ellos Fratalocchi (1994), conceptualizándolos como: “un conjunto de reglas internacionales, de aceptación voluntaria por las partes, que determina el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa” (p. 11), además regulan especialmente las condiciones de entrega, distribución de gastos, transferencia de riesgos, documentos, etc. Conjuntamente es sabido que no existen cláusulas *Incoterms* sin contrato de compraventa internacional, sumando a esto su importancia radica en reducir las incertidumbres derivada de las múltiples interpretaciones que países con legislación, usos y costumbres diferentes.

A esta posición se suma Jerez Riesco (2007), y es que desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de los *Incoterms*, estos tienen carácter facultativo, no es obligatoria su utilización a menos que las partes así lo invoquen en su contrato de compraventa internacional de mercaderías. Más aún por ser una redacción sumaria de la costumbre internacional que actúa como regla supletoria interpretativa y están considerados como fuente del derecho mercantil internacional. Otro doctrinario que comparte esta afirmación es Alzate Ossa (2013), precisando que por su connotación eminentemente casuística, comportan una estructura más de reglas que de principios. De hecho son eso: reglas; y en esta medida pese a su generalidad y publicidad, requieren de una consagración expresa para que pueda darse su aplicación es decir la invocación por las partes contractuales, lo que determina el marcado carácter dispositivo de tales términos.

Por último, con el ánimo de añadir otra perspectiva doctrinal Boyeras Schumann (2012), entiende que estos términos constituyen fuente de derecho como usos y costumbres en un determinado marco contractual de compraventa, que si bien es cierto, no se han implantado en el Derecho positivo de ninguno de los países en los que se utilizan, al ser aceptados por las partes intervinientes, resultan vinculante



para ellas y que desde una perspectiva tradicional de las fuentes del derecho, cabe sostener que la naturaleza de los *Incoterms* es contractual y no normativa, plenamente de carácter dispositivo resaltando la voluntad de las partes.

Determinada su naturaleza jurídica como dispositiva, podemos establecer el alcance de los mismos, ya hemos mencionado que describen principalmente las obligaciones, costes y riesgos que implica la entrega de las mercancías de los vendedores a los compradores, definitivamente son muy importantes pero no regulan todos los aspectos del cumplimiento del contrato de compraventa de mercaderías, en si regulan: 1) Lugar y condiciones de entrega de las mercancías, 2) Transmisión de los riesgos del vendedor al comprador en el momento de la entrega, y 3) Reparto de costes, como los de seguro, flete o las licencias de importación y entrega de documentos (Ruiz Castellanos, 2012).

#### *4. Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y los Incoterms. Fundamento Legal.*

No puede existir *Incoterms* sin el negocio jurídico de compraventa internacional de mercaderías, fueron creados con el propósito de complementar estos negocios jurídicos. En 1980 entra en vigencia la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, instrumento reconocido por la doctrina como uno de los mayores éxitos de la creación de un derecho uniforme internacional que brinda seguridad jurídica a los comerciantes, esta convención fue un arduo trabajo que partió desde 1909, en su elaboración estuvieron involucrados asociaciones de comerciantes, Estados y organizaciones como UNCITRAL y CNUDMI, la creación de esta norma tuvo un importante aporte para la configuración de un nuevo derecho internacional en el plano mercantil, con el ánimo de que facilitara los intercambios de bienes, capitales y servicios en un monto que tiende a la globalización económica denotando la creación de un derecho supra nacional (Calderón Marengo, 2016).

La convención ratificada por los Estados pasa a ser derecho nacional y es importante su mención siendo que en ella se reconoce el derecho de las partes de invocar y regular sus transacciones por los usos y costumbres mercantiles, esta premisa va encaminada a establecer el sustento legal que pudieren tener los *Incoterms* en las compraventas internacionales, es así que su validez jurídica proviene directamente de la Convención de Viena que, a través de lo dispuesto en el art. 9.2, los eleva a rango de ley dentro de un Estado que la ha incorporado en su ordenamiento jurídico (Ruiz Castellanos, 2012).

En la opinión de Rodríguez Fernández (2010) la elección voluntaria para incorporar los términos encuentra su sustento en el art. 6 de la citada convención siendo que establece la posibilidad que las partes desplacen total o parcialmente las normas de la Convención en favor de normas o regulaciones ajenas al mismo, que en este caso podrían ser los *Incoterms*; considero que tanto el art. 6 y 9 son complementarios, siendo fieles al fin primordial del comercio como es la celeridad y adaptabilidad del mismo a las nuevas prácticas comerciales, por ende la convención va más allá de un simple texto normativo, lo cual permite la integración de la *Lex Mercatoria*.

Es necesario que vendedores y compradores estén debidamente informados de los usos y las costumbres, por tal razón la invocación a estos términos debe ser expresa en las cláusulas del instrumento (Acosta, 2002). La Convención de Viena hace prevalecer los usos y prácticas mercantiles que las partes hayan convenido o establecido entre ellas, dentro de las cuales están preponderantemente los *Incoterms*, que se han instaurado a lo largo del tiempo erigiéndose como usos y costumbres de carácter internacional con un reconocido carácter dispositivo; es patente que en esta disciplina la autonomía conflictual juega un papel crucial (Alzate Ossa, 2013).

Todo parece ser que mientras los *Incoterms* encuentren asidero o sustento legal en la Convención de Viena, su invocación o aplicación estará ajustada a un marco normativo que puede hacerse valer en los Estados partes; sin embargo habría que interrogarse ¿Qué sucedería si los *Incoterms* se invocaran como derecho del contrato

sin el sustento de la Convención?, en un primer momento nos encontramos con la postura de Ruiz Castellanos (2012) quien exterioriza que fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Viena, los usos y costumbres aplicados al contrato deberán erigirse únicamente como *Lex Mercatoria* lo cual quedaría a merced de las del reconocimiento o no de los Estados, aunque bien ya hemos discutido que hoy en día este nuevo sistema encuentra su fundamento en la autonomía conflictual de las partes en las contrataciones internacionales; no obstante debemos examinar si los *Incoterms* pueden aplicarse como *Lex Mercatoria*.

### **III. Aplicación de los *Incoterms* como *Lex Mercatoria* (usos y costumbres) a partir de la Autonomía conflictual**

#### *1. Los Incoterms como Lex Mercatoria desde la autonomía conflictual*

Continuando con el objetivo de esta investigación, traemos a colación el aporte de Ortega Giménez (2008):

Los *Incoterms* son un reflejo de la denominada *Lex Mercatoria* -o Derecho de los comerciantes- esto es, un Derecho creado por los comerciantes con el fin de simplificar los intercambios comerciales internacionales; que regulan las condiciones más comunes usadas en el comercio internacional y tienen como objetivo establecer criterios definidos sobre la distribución de los gastos y la transmisión de los riesgos entre dos partes, compradora y vendedora, en un contrato de compraventa internacional (p.7).

Bajo el concepto de *Lex Mercatoria* que dejamos establecido, pueden ser acogidos dentro del mismo, dado que se ha reconocido que son usos y costumbres que se han compilado desde 1936 por la Cámara de Comercio Internacional procurando facilitar una serie de términos de forma universal, en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, especificando los derechos y obligaciones de las partes bajo cada uno de ellos. Igualmente, el carácter de los usos y costumbres es característico de los *Incoterms* el cual deviene de su naturaleza jurídica, pero más

significante resulta su generalizada utilización y la gran difusión con la que cuentan hoy, lo que haya supuesto un valor considerable, en la medida en la que todos los participantes en el comercio internacional conocen su existencia y significado, lo que les ha ganado el título de usos y costumbres amparados por el nuevo ordenamiento jurídico que crea la *Lex Mercatoria* (Fernández Rozas et al., 2013). Oviedo Albán (2003) refuerza esta tesis considerando que los *Incoterms* no se imponen a los contratantes si no es por medio de los acuerdos de voluntades, tal cual como se realiza con los usos y costumbres.

Esta tesis también es compartida por Marzorati (1993) siendo que los *Incoterms* poseen la particularidad de haber sido reconocidos con el tiempo y ser aceptados como normas generales, basados en los usos y costumbres, aplicables internacionalmente y destinados a facilitar la interpretación de los términos comerciales comúnmente utilizables, asimismo no se debe olvidar que no son normas obligatorias para las partes, a menos que así lo acuerden expresamente.

La doctrina mayoritaria enmarca a los *Incoterms* como usos y costumbres internacionales, sin embargo existen posiciones contradictorias, entre ellas la de Boyeras Schumann (2012) debido a que considera que los usos se caracterizan por su espontaneidad, cosa evidente en su elaboración, además se trata de una práctica social espontánea, distintivo que para él no poseen los *Incoterms*, a pesar de la labor formuladora de la Cámara de Comercio Internacional, porque no se limita, a constatar o fijar por escrito unos ya existentes, es decir que su labor fue una recopilación comparativa de diversas cláusulas de estilo que existían en ese entonces y que se han ido modificando con el tiempo, pero que además pueden ser modificables por las partes; mientras que los usos constituyen normas irreflexivas, en el sentido de que su gestación se produce de forma espontánea, los *Incoterms* se elaboran conforme a un plan preconcebido y en atención a unas finalidades muy concretas.

Boyeras Schumann (2012) continua expresando que Los *Incoterms* no se limitan a recoger la práctica comercial existente, sino que buscan un objetivo más ambicioso, el de disciplinar la realidad y erigirse como patrón de conducta en el comercio internacional. A pesar de basarse en usos del comercio, no son normas consuetudinarias propiamente dichas, por ende los *Incoterms* no constituyen una costumbre en sentido estricto, aunque presenta similitudes con este tipo de normas.

En lo particular, no se comparte la opinión de Boyeras Schumann debido a que estos instrumentos configuran la cristalización de una serie de prácticas comerciales internacionales, que se han normalizado e incorporado a los distintos sistemas estatales, que se emplean para armonizar las operaciones internacionales de comercio internacional, además, lo singular de la *Lex Mercatoria* es su generalizada utilización y gran difusión, mismo con lo que ya cuentan los *Incoterms*, máxime que los cambios que se han realizado han sido resultados de nuevas costumbres que se han creado por el resultado de su utilización. En este mismo sentido, Ruiz Castellanos (2016) encuadra a los *Incoterms* dentro de la clasificación de *Lex Mercatoria* como términos de codificación no vinculante de principios generales de contratación transnacional y remarca su amplia adopción voluntaria entre la comunidad empresarial, gracias a su calidad técnica que permite acompañar la práctica mercantil con el desarrollo económico y tecnológico.

Particularmente tomando en consideración las posiciones doctrinarias estudiadas podemos tomar partido de forma contundente que los *Incoterms* son usos y costumbres que forman parte de la nueva *Lex Mercatoria*, en razón de presentar las particularidades de esta, como es la reiteración, aceptación y aplicación de los mismos dentro del gremio que les ha dado vida, los comerciantes, la CCI, si bien es cierto juega un papel crucial al compilarlos; no obstante sus modificaciones no han sido al arbitrio de la misma, sino que han sido provocadas por los nuevos comportamientos y prácticas de los particulares en el tráfico jurídico de las compraventas internacionales y para refrendar aún más esta posición, su carácter dispositivo le concede la denominación de “usos y costumbres” siendo que

únicamente pueden ser invocados por la autonomía conflictual de las partes, característica fundamental de ellos (usos y costumbres).

Es así, que al hablar de *Incoterms* podemos hablar de una Nueva *Lex Mercatoria* que se ha configurado como un nuevo ordenamiento jurídico en el tráfico comercial internacional utilizado por las partes; es por tanto que podemos afirmar que cuando los *Incoterms* no encuentren su sustento legal devenido de la invocación de la Convención de Viena de 1980, podrán ser incorporados al contrato como Derecho aplicable mediante la autonomía de la voluntad en calidad del ordenamiento jurídico creado por la *Lex Mercatoria*. Para sostener esta afirmación, Oviedo Albán (2011) indica que las partes en uso de la libertad de pacto (autonomía conflictual), pueden escoger el Derecho a aplicar tomando en cuenta a la *Lex Mercatoria*, más aun que cada vez con mayor frecuencia se encuentran ordenamientos que permiten en sus leyes de arbitraje, que las partes pacten como aplicable un derecho no estatal, además, de la existencia de laudos arbitrales que fueron ejecutados en varios Estados y que han hecho referencia a la *Lex Mercatoria*, como bien lo puntualizamos en los acápites anteriores.

Ejemplo de esto es el laudo de la Cámara de Comercio Internacional No. 8502, en donde las partes del contrato no acordaron expresamente la ley aplicable al mismo, hecho que no significó para el tribunal que el pacto de ley aplicable no pudiera deducirse de las relaciones entre las partes. No obstante, las partes habían hecho referencia a usos del comercio internacional, como los términos *Incoterms* 1990 y a la UCP 500, de lo cual el tribunal infirió que la intención de las partes era que el contrato estuviera regido por los usos del comercio y las costumbres, y como tal reconoció que eran aplicables al contrato tanto la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional, como los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, instrumentos que el tribunal asumió como evidencia de las prácticas admitidas bajo el derecho del comercio internacional (Oviedo Albán, 2011, p.21)

Otro ejemplo viene dado por Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2010) donde un tribunal se ha ocupado de la relación entre el párrafo 2 del artículo 9 y los *Incoterms*. Tras afirmar que los *Incoterms* están incorporados en la Convención en virtud el párrafo 2 del artículo 9”, el tribunal indicó que, con arreglo al párrafo 2 del artículo 9, las definiciones de los *Incoterms* deben aplicarse al contrato aunque no haya una referencia expresa a ellos en éste. Así, el tribunal sostuvo que, al incorporar un término CIF a su contrato, las partes tenían la intención de aludir a la definición de ese término contenida en los *Incoterms*. Se pueden encontrar afirmaciones similares en un laudo arbitral, así como en el fallo de un tribunal de un Estado diferente, en el que el tribunal interpretó una cláusula FOB por remisión a los *Incoterms* aunque las partes no los habían mencionado expresamente.

Finalmente, Rodríguez Fernández (2012) expone que la *Lex Mercatoria* ha obtenido un pleno reconocimiento en el ámbito contencioso, particularmente en el campo del arbitraje internacional, reconocimiento que se ha dado igualmente por las cortes locales. A manera de ejemplo tenemos la sentencia de la Corte de Apelación de Génova (Italia) del 24 marzo de 1995, donde se señala que una Cláusula FOB (puerto de embarque convenido) en un contrato internacional es un uso internacional vinculante entre las partes de acuerdo a lo establecido en el artículo 9.1 de la Convención de Viena de 1980.

A pesar de todas estas acertadas reflexiones analíticas en base a la experiencia de la doctrina y jurisprudencia, los *Incoterms* como *Lex Mercatoria* pueden tener algunas complicación al momento de aplicación en base a la autonomía de la voluntad, si bien es cierto, hemos llegado al culmen de este análisis, en el cual hemos forjado y demostrado que no solo las leyes estatales pueden ser invocadas por las partes en las contrataciones internacionales, sino que también el nuevo ordenamiento jurídico que se encuentra en boga de la sociedad de comerciantes a nivel internacional; no obstante queremos puntualizar en unas cortas líneas los posibles inconvenientes del

uso de estos términos, anteriormente hemos hecho referencia a esto, por lo que procuraremos proyectar algunas limitantes que pueden presentar.

## *2. Límites de aplicación de los Incoterms mediante la autonomía conflictual.*

La mayor limitante que podemos vislumbrar es el derecho nacional de los Estados cuando la Convención de Viena de 1980 no es invocada como ley del contrato (ya sea porque así las partes lo han decidido o bien por que los Estados no son partes de la Convención), entonces los *Incoterms* tienen que aplicarse como *Lex Mercatoria*.

Ahora bien, una vez consagrados en el respectivo instrumento contractual se hace necesario determinar si en efecto estos pueden o no ser modificados a través de las propias estipulaciones contractuales o por fuentes de carácter interno a que las normas del Derecho Internacional Privado remitan; Alzate Ossa (2013) es categórico y es que las propias notas generales de los *Incoterms* dan cuenta de su carácter eminentemente dispositivo, aparejado a su naturaleza, por lo cual las partes deben ser conscientes de que las normas imperativas del Derecho nacional pueden invalidar cualquier aspecto del contrato de compraventa, incluida la regla *Incoterms* escogida, más aun cuando las legislaciones Estatales no tienen incorporado en su cuerpo normativo el reconocimiento de los usos y costumbres de carácter internacional, por lo que su fundamento solo estará amparado en la autonomía de la voluntad o conflictual.

No obstante, ya hemos revisado que esta autonomía no es plena debido a sus limitantes, tal es el caso Nicaragüense que estipula a la moral, el orden público y la ley como aspectos restrictivos. En este particular algunos autores han dado posibles soluciones, uno de ellos es Sosa (2012) al plantear que es necesario que los Estados acepten estos términos por que la actividad comercial es de los particulares, no de ellos (Estados), es así que son los comerciantes que deben imponer las reglas y términos de la negociación internacional y no una autoridad que diga cómo negociar y qué utilizar, no dejamos de reconocer a lo largo de esta investigación que



es un tema complicado y espinoso porque incluye aspectos de libertad de las partes (Derecho Internacional Privado) y Derecho público en el que los Estados imponen sus leyes, muchas veces adecuadas a las disposiciones internacionales. Para este efecto puede considerarse tres opciones o vías para incorporar los Términos Internacionales de Comercio al derecho nacional: ya sea como Tratado internacional; acuerdo interinstitucional; o bien adecuando el marco normativo existente, no todas pueden ser viables y por ende habría que estudiar y analizar las ventajas y desventajas que podrían presentar.

Si bien es cierto, la mayoría de países no recogen en sus cuerpos normativos estos términos, algunos países como Costa Rica en su legislación (art.475 del código de comercio) establece que los contratos de compraventa en que se consigne la frase “Libre a bordo”, conocida con las siglas “FOB”, el vendedor fijará un precio que comprenderá todos los gastos hasta poner las cosas vendidas a bordo del barco o vehículo que haya de transportarlas a su destino, momento desde cuando corren por cuenta y riesgo del comprador, la normativa costarricense utiliza únicamente ese término (*Incoterms*) en un artículo de todo su cuerpo legal (Chavarría Chávez, 2013). Otros países apuntan que su aplicación es obligatoria y vinculante aun sin la aquiescencia de las partes, en este sentido Colombia otorga ese reconocimiento de obligatoriedad al igual que la Comunidad Andina de Naciones (CAN):

El reconocimiento de los *INCOTERMS*, expresión de la *Lex Mercatoria*, ha llevado incluso a la imposición misma del instrumento. En ese sentido la Resolución n.º 1112 de 2007 de la CAN establece, en su artículo 3.º80, que la factura deberá incluir el lugar y condiciones de entrega de la mercancía, según los términos Internacionales de Comercio –*INCOTERMS*–, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional u otros acuerdos (Rodríguez Fernández, 2012, p.74).

Para culminar el presente trabajo de corte investigativo-científico, señalamos que la mayor limitante de estos términos es la propia Ley Estatal y el reconocimiento que confiere a los usos y costumbres mercantiles en las contrataciones internacionales; empero existes formas diferentes que los países puedan dar vida a los *Incoterms*.

## **Aportes y Resultados. Referencias Bibliográficas.**

El presente estudio toma como punto de partida el análisis de los negocios jurídicos de contratación internacional, en concreto la compraventa internacional de mercaderías entre particulares de domicilios de diferentes Estados, en tanto en estas transacciones se ven envueltos un sin número de derechos y obligaciones. En especial, esta investigación resaltó de manera categórica la facultad que tienen los particulares de elegir el Derecho aplicable a su contrato. Tradicionalmente, las partes en virtud del Derecho Internacional Privado han invocado legislaciones estatales para la regulación de sus contrataciones o, en su defecto, la elección de la norma aplicable queda al arbitrio del tan conocido método conflictual que instauró el Derecho Internacional Privado.

Modernamente resalta la denominada autonomía conflictual en contraste con el método tradicional conflictual, y es que, en relación a la norma de conflicto se fundamenta sobremanera la falta de adecuación a las necesidades del comercio internacional, por lo tanto, la práctica internacional ha confirmado que las leyes nacionales no regulan las necesidades del comercio en el ámbito internacional. La elección de un Derecho nacional no ofrece una seguridad total, siendo que el ordenamiento jurídico de un Estado puede presentar lagunas o no estar adaptado a las necesidades de estos negocios jurídicos; por lo que podemos afirmar de manera categórica que este método (norma de conflicto) ha resultado complicado, debido al hecho, como bien se mencionó en el cuerpo de la investigación, de que las normas de conflicto tienden a “nacionalizar” la problemática, lo que es disonante en el ámbito internacional.

El principio de libertad de elección de un derecho se configura como una salida para el dilema que genera el método conflictual tradicionalista, que ha imperado conforme del pasar del tiempo. Este principio reconocido por la doctrina y la práctica se conoce como autonomía conflictual, la cual se desprende de la

autonomía de la voluntad de las partes y se ha consagrado como garantía de seguridad jurídica en las transacciones comerciales. Las contrataciones internacionales presentan particularidades con relación a este tema (Derecho aplicable), de modo que las partes tiene derecho a elegir en su negocio jurídico normas de un Derecho sustantivo nacional e internacional, o bien una ley uniforme o de todos aquellos instrumentos internacionales que hayan sido incorporados al derecho nacional (convenciones, tratados etc.), pero además hemos dejado sentado que este Derecho puede ubicarse como parte de lo que denominamos *Lex Mercatoria* (usos y costumbres).

Esta nueva *Lex Mercatoria* se erige, según la doctrina más aceptada, como usos y costumbres de mayor incidencia en el tráfico internacional, recogiendo y evidenciando las prácticas más usuales que los comerciantes utilizan en sus contratos internacionales, además como un cuerpo “*anacional*” de reglas, por lo cual su contenido y aplicación es igual, así como al de cualquier cuerpo normativo internacional. Es evidente que es un nuevo ordenamiento jurídico aplicado por los comerciantes y, en la actualidad, por los tribunales arbitrales, y en algunos casos los tribunales nacionales han concedido valor a este nuevo Derecho que se configura a partir de la autonomía de la voluntad de las partes (autonomía conflictual).

Es evidente, a pesar que algunos autores no consideran a *Lex Mercatoria* como un orden jurídico autónomo, que se ha establecido una práctica jurídica que funciona al margen de los órdenes jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales como sistema normativo o derecho que no puede ser ubicado dentro de la jerarquía normativa clásica entre el derecho nacional y el derecho internacional. En este mismo sentido hemos dejado establecido el contenido de la *Lex Mercatoria*, y es que los usos constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta medida universal. De forma adicional, afirmamos que, además de los usos, los contratos internacionales y los laudos arbitrales son fuente de los de este nuevo Derecho. En resumen, podemos decir que el reconocimiento y la valoración de la nueva *Lex Mercatoria* en el contexto actual del comercio internacional sustenta la existencia y

aplicación de un cuerpo normativo que, en sí, reúne usos de comercio respetados universalmente y que, como tal, dan cabida a la creación de normas jurídicas de imperativo cumplimiento, y su reconocimiento o aprobación viene dado por la autonomía conflictual.

Una manifestación de la *Lex Mercatoria* son los *Incoterms*, que desde 1936 se han incorporado en la práctica de los comerciantes en los contratos de compraventa internacional. Podemos establecer que son verdaderamente usos y costumbres que han evolucionado y se han adaptado a los cambios que precisa el comercio por su rapidez. Por tanto, afirmamos de manera concluyente que los *Incoterms* forman parte de la *Lex Mercatoria*, de tal manera que pueden ser invocados por las partes como Derecho aplicable.

La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías brinda el sustento legal a estos términos comerciales, y es que en el artículo 6 de la citada convención se establece la posibilidad de que las partes desplacen total o parcialmente las normas de la Convención en favor de normas o regulaciones ajenas a la misma, que en este caso podrían ser los *Incoterms*. Así mismo, el artículo 9 de este cuerpo normativo permite la incorporación de usos y costumbres en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, por tanto para los Estados partes no existiría ningún problema en el reconocimiento de los *Incoterms*; no así para aquellos Estados que no la han ratificado, de modo que las partes deberán aplicar estos términos como Derecho mediante la autonomía conflictual.

Es entonces que manifestamos, de manera clara, que nuestra investigación ha demostrado que los *Incoterms* son usos y costumbres, característica que deviene de su naturaleza jurídica, su generalizada utilización y la gran difusión con la que cuentan hoy, por tanto están amparados por el nuevo ordenamiento jurídico que se denomina *Lex Mercatoria*. Tomando en consideración esta posición, las partes pueden invocarlos por la autonomía conflictual como Derecho aplicable en la compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, esta consideración no está

totalmente exenta de problemas, debido a que ellos pueden presentar limitantes en su aplicación, dado que la autonomía conflictual está limitada por los Derechos estatales, y sus normas de orden público coartan la autonomía de la voluntad privada. En algunos casos, como Colombia y Costa Rica, para darle una mayor validez jurídica, han incorporado alguno de estos términos en sus legislaciones, lo que puede considerarse como un paso para reconocer estos términos y brindar seguridad jurídica a los contratantes.

Habrá que analizar en detalle las limitantes que los Derechos estatales colocan a la autonomía conflictual, o bien el reconocimiento que pueden otorgar a una autonomía de la voluntad en el plano internacional. Con todo, es claro que la problemática se agudiza en los Estados que no pertenecen a la Convención de Viena de 1980 o bien en lo que no se ha aplicado como Derecho del contrato, por lo que los *Incoterms* tendrán que enfrentar estas limitantes derivadas de Derecho local, de tal suerte que consideramos que una vía positiva para resolver estas dificultades podría ser el camino que ha tomado Colombia o Costa Rica, reproduciendo en sus legislaciones estos términos, situación que a todas luces brindaría seguridad jurídica. No obstante, destaco que para poder aseverar lo anterior deberá realizarse un estudio pormenorizado, legislación por legislación, de estas limitantes y el reconocimiento que dan las leyes locales a los usos y costumbres internacionales.

## Lista de Referencias Bibliográficas

- Acosta, F. (2002). *Incoterms, Términos de Compraventa Internacional*. México: Ediciones Fiscales ISEF.
- Alzate Ossa, M. (2013). Los *Incoterms*, el contrato de seguro y la compraventa internacional de mercaderías: la transferencia del dominio y del riesgo en el contrato de compraventa internacional y los *Incoterms*, y su relación con el interés asegurable y la cobertura en el contrato. *PRINCIPIA IURIS*(19), 269-324.
- Arellano García, C. (2006). *Derecho Internacional Privado (16 ed.)*. Argentina: Porrúa.
- Bouza Vidal, N. (2005). *Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y ley aplicables a los contratos internacionales*. Recuperado de: [http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004\\_5.pdf](http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf)
- Boyeras Schumann, D (s.f.). *La Compraventa Internacional de Mercaderías la modalidad FOB* (Tesis Inédita de Doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona, España.
- Boyeras Schumann, D. (2012). *La compraventa internacional de mercaderías la modalidad FOB* (Tesis inédita de doctorado). Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, España.
- Calderón Marengo, E. A. (2016). *Aplicación normativa de la compraventa internacional de mercaderías*. Recuperado de: <http://repositorio.uca.edu.ni/id/eprint/3371>
- Cámara de Comercio Internacional. (2010). *Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*. Barcelona: Apograf S.A.

Chavarría Chávez, P. M. (2013). Los *Incoterms* 2010 y su aplicación en el comercio internacional. *Revista Judicial*,(108), 202-228.

Chuliá Vicent, E., & Beltrán Alandete, T. (1995). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: José María Bosch Editor.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2010). *Compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Nueva York: Naciones Unidas.

Dávalos Fernández, R. (2003). La regulación jurídica del contrato internacional. *Revista Cubana de Derecho*, (21), 4-56.

Espinoza Quintero, L. (2009). Principio de Autonomía de la Voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano. *Civilizar ciencias sociales y humanas*, 9(16), 15-40.

Espugles Mota, C., & Iglesias Buhiges, J. L. (2009). *Derecho Internacional Privado (4ta ed.)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Fernández Rozas, J. C. (2004). *Anuario de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Iprolex.

Fernández Rozas, J. C., Arenas García, R., & De Miguel Asensio, P. A. (2013). *Derecho de los negocios internacionales (4ta ed.)*. Madrid: Iustel.

Fralalocchi, A. (1994). *Incoterms contratos y comercio exterior*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.

García Castillo, T. (s.f.). *Lex contractus en los contratos internacionales*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2776/7.pdf>

- Giménez Cortes, C. (2002). *Lex Mercatoria*, garantías independientes y coacción extra estatal. *Revista de Derecho Internacional y Mercosur*, (3), 343-361.
- Gómez Segade, J. A., & García Vidal, A. (2010). *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons.
- Grande, S. (2008). La *Lex Mercatoria* en los laudos de la cámara de comercio internacional. *Díkaison*, 22(17), 199-244.
- Huamán Sialer, M. A. (2013). Comentarios a las innovaciones de los *Incoterms* 2010. *LEX*, 12, 321-346.
- Jerez Riesco, J. L. (2007). *Comercio Internacional (3 ed.)*. Madrid: ESIC Editorial.
- Leible, S. (2011). La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 3(1), 214-233.
- Marzorati, O. (1993). *Derecho de los Negocios Internacionales*. Buenos Aires: Astrea.
- Navarro Pentón, A. G. (2009). *Régimen jurídico de la compraventa internacional de mercaderías en Europa y América latina: ¿Un sistema suficiente? (Tesis Ineditita de Doctorado)*. Universidad de Granada, España.
- Ortega Giménez, A. (2008). *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Confianza en el Comercio*. Madrid: ICEX.
- Ortiz Vidal, M. D. (2012). *Contratación Internacional y espacio jurídico europeo: el principio de proximidad en el Reglamento de Roma I (Tesis Inédita de doctorado)*. Universidad de Zaragoza, España.



- Oviedo Albán, J. (2003). Instituciones jurídicas en procesos de integración y globalización: la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. *Vniversitas*, (105), 463-552.
- Oviedo Albán, J. (2011). *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías. Aplicaciones jurisprudenciales*. Saarbrucken: Editorial Academia Española.
- Oviedo Albán, J. (2012). *Autonomía conflictual en los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Colombia: Editorial Ibañez.
- Oviedo Albán, J. (2012). La ley aplicable a los contratos internacionales. *Revista colombiana de Derecho Internacional*,(21), 117-157.
- Pereznieto Castro, L. (1999). *Derecho Internacional Privado (7ma ed.)*. México: Oxford.
- Pereznieto Castro, L., & Silva Silva, J. A. (1995). *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. México: Oxford.
- Requejo Isidro, M. (2013). Elección de la ley aplicable y responsabilidad extracontractual: ¿Cambio de orientación en el modelo conflictual?. *Revista de Derecho*, (8), 205-234.
- Revoredo de Mur, D. (1994). La autonomía de la voluntad y la ley aplicable al contrato internacional. *Themis*,(30), 231-241.
- Rodríguez Fernández, M. (2010). Los Nuevos Términos Comerciales Internacionales - *INCOTERMS*- (Versión 2010) y su aplicación en el Derecho Colombiano. *Revista e-Mercatoria*, 9(2), 1-73.
- Rodríguez Fernández, M. (2012). Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional. *Revista e-Mercatoria*, II(2), 45-84.

Ruiz Castellanos, E. (2012). El valor de los *Incoterms* para precisar el juez del lugar de entrega. *Cuadernos de derecho transnacional*, 4(2), 93-122.

Ruiz Castellanos, G. (2016). La nueva *Lex Mercatoria*. *Revista Boliviana de Derecho*,(21), 340-351.

Ruiz Rodríguez, V. (2009). *Filosofía del Derecho*. Toluca, México: Instituto Electoral del Estado de México.

Sosa C., R. (2012). *Uso y utilidad de los Incoterms 2010 en el comercio, aduanas y contratos de compraventa internacional*. Ciudad de México: Carpenter Consulting Group.

Tobar Torres, J. A. (2012). La nueva *Lex Mercatoria* o de cuando la realidad supera la ficción. Ataques y defensas de la nueva *Lex Mercatoria* en el comercio internacional. *Pensamiento Jurídico*, (34), 239-274.