

**LA COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS
LA MODALIDAD FOB**

(Tesis doctoral)

Dirigida por el Profesor Ignacio Arroyo Martínez

DANIEL BOYERAS SCHUMANN
Licenciado en Derecho UAB

**LA COMPRAVENTA
INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS
LA MODALIDAD FOB**

*A todas las personas que me han ayudado,
que no han sido pocas.*

ÍNDICE

SECCIÓN I: CONTEXTO ECONÓMICO Y JURÍDICO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Capítulo 1. El contexto económico del contrato de compraventa	p. 2
1.1 La importante función de la compraventa internacional de mercancías	p. 2
1.1.1 La actividad comercial	p. 2
1.1.2 El mercado	p. 6
1.1.3 El proceso de compra	p. 11
Capítulo 2. El contexto jurídico del contrato de compraventa	p. 15
2.1 El contrato de compraventa	p. 15
2.2 La regulación del contrato de compraventa	p. 18
2.3 La oportunidad de su estudio	p. 25

SECCIÓN II: FUENTES LEGALES APLICABLES

Capítulo 3. El Código de Comercio	p. 29
3.1 Concepto de compraventa. Interrelación entre los Códigos Civil y de Comercio	p. 29
3.2 Régimen de la compraventa	p. 38
Capítulo 4. La Convención de Viena de 11 de abril de 1980	p. 40
4.1 Antecedentes	p. 40
4.2 Concepto de compraventa en la Convención	p. 41
4.3 Interpretación	p. 48
4.4 El papel de la autonomía de la voluntad	p. 51

SECCIÓN III: LAS COMPRAVENTAS MARÍTIMAS

Capítulo 5. El sector del transporte en España. Perspectivas	p. 61
5.1 Importancia del transporte para el comercio	p. 61
5.2 El transporte terrestre	p. 66
5.3 El transporte aéreo	p. 69
5.4 El transporte marítimo	p. 71

Capítulo 6. Concepto y características de las ventas marítimas p. 81

- 6.1 Concepto p. 81
- 6.2 Incidencia del transporte marítimo en la compraventa p. 82
- 6.3 Obligaciones de las partes p. 84

Capítulo 7. La especialidad marítima p. 93

- 7.1 ¿En qué consiste? p. 93
- 7.2 Autonomía legislativa p. 94
- 7.3 Autonomía jurisdiccional p. 97
- 7.4 Unificación de la materia marítima p. 100
- 7.5 Especialidad marítima y compraventa p. 102

Capítulo 8. Importancia de la autonomía de la voluntad en la compraventa p. 107

- 8.1 La autonomía de la voluntad como principio contractual p. 107
- 8.2 La autonomía de la voluntad en la compraventa internacional p. 108

SECCIÓN IV: INCOTERMS DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

Capítulo 9. Los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional p. 117

- 9.1 Génesis y desarrollo p. 117
- 9.2 Valor contractual o normativo p. 123
 - 9.2.1 Imperatividad frente a libertad contractual p. 123
 - 9.2.2 El alcance de la autonomía de la voluntad en los Incoterms p. 125
 - 9.2.3 Los Incoterms frente a la Convención de Viena de 1980 p. 127
- 9.3 Concepto y objeto p. 129
- 9.4 Contratos de compraventa, seguro y transporte: autonomía jurídica e influencia mutua p. 135
- 9.5 Ámbito de aplicación p. 138

Capítulo 10. Examen de los términos más frecuentes p. 140

- 10.1 El término E p. 140
- 10.2 Los términos F p. 142
- 10.3 Los términos C p. 144
- 10.4 Los términos D p. 149

Capítulo 11. Cuestiones planteadas por los nuevos Incoterms de 2010 p. 151

- 11.1 ¿Habría que revisar los Incoterms más a menudo? p. 152

11.2 Los Incoterms y el comercio internacional de servicios	p. 153
11.3 ¿Les pedimos demasiado a los Incoterms?	p. 155

SECCIÓN V: LA VENTA FOB Y SUS CONTRATOS ACCESORIOS

Capítulo 12. La modalidad FOB dentro de los Incoterms p. 159

12.1 Definición de “franco a bordo”	p. 159
12.2 Importancia de la entrega de las mercancías	p. 162
12.3 Transmisión de riesgos y costes	p. 173
12.4 Obligaciones del vendedor	p. 179
12.5 Obligaciones del comprador	p. 192

Capítulo 13. Contrato de transporte p. 197

13.1 Contratos de explotación del buque	p. 197
13.2 Contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque	p. 202
13.2.1 Marco normativo	p. 202
13.2.2 Elementos personales y obligaciones de las partes	p. 208
13.2.2.1 Elementos personales	p. 208
13.2.2.2 Obligaciones de las partes	p. 210
13.2.2.2.1 Obligaciones del porteador	p. 210
13.2.2.2.2 Especial referencia al régimen de responsabilidad del porteador	p. 212
13.2.2.2.3 Obligaciones del cargador	p. 216

Capítulo 14. Contrato de seguro p. 218

14.1 Antecedentes	p. 218
14.2 Concepto y objeto: el interés asegurable	p. 219
14.3 Riesgo	p. 224
14.4 Marco normativo del contrato de seguro marítimo	p. 227

CONCLUSIONES p. 236

FUENTES p. 241

**SECCIÓN I:
CONTEXTO ECONÓMICO Y
JURÍDICO DEL CONTRATO DE
COMPRAVENTA**

CAPÍTULO 1.

El contexto económico del contrato de compraventa.

1.1. La importante función de la compraventa internacional de mercancías

1.1.1 La actividad comercial

El intercambio comercial desde siempre ha sido uno de los principales factores que inciden en el desarrollo de los pueblos. Ciertamente, la actividad comercial es una de las principales preocupaciones e intereses de cualquier estado moderno¹. Si por algo se ha caracterizado el intercambio de bienes a lo largo de la historia es por constituir un elemento enriquecedor para los grupos que lo practican, de ahí que su desarrollo haya sido constante².

¹ Los profesores DORNBUSCH y FISCHER, del Massachusetts Institute of Technology, resultan bastante claros al resaltar el valor que para las relaciones internacionales tiene el comercio. Poniendo como ejemplo el caso de los Estados Unidos, se destaca el importante papel que en su economía tienen las influencias económicas procedentes del exterior, al tiempo que las políticas económicas estadounidenses producen efectos considerables en las economías de los restantes países. El que la economía de Estados Unidos esté creciendo o esté entrando en una recesión es fundamental para Japón o para México, mientras que la economía de norteamericana evolucionará de manera completamente distinta dependiendo de las políticas presupuestarias o fiscales de los demás países industrializados. Se trata de explicar como funcionan las economías abiertas, es decir, las economías que comercian entre sí, y los autores afirman que cualquier economía se encuentra ligada al resto del mundo a través de dos eslabones; el comercio de bienes y servicios y las finanzas. Las relaciones comerciales surgen del hecho de que una parte de la producción de un país se exporta a otros países, mientras que algunos bienes de los que se consumen o invierten en el interior de ese país son producidos en el exterior e importados. Por otra parte, también existen fuertes relaciones internacionales en el área de las finanzas, siendo posible que los residentes de un país posean activos tales como letras del Tesoro o bonos de empresas, tanto nacionales como extranjeras, una circulación de capitales que también puede favorecer (o perjudicar) al comercio, en DORNBUSCH, Rudiger y FISCHER, Stanley, "Macroeconomía", ed. McGraw-Hill, 5ª edición, España, 1991, págs. 201 y ss.

² De hecho, a día de hoy el comercio se encuentra en un estado de desarrollo sin precedentes, en gran medida debido al fenómeno conocido como globalización. Este proceso constituye el aspecto más relevante de la economía mundial en los últimos años, y puede entenderse como un progresivo acercamiento entre los agentes básicos que intervienen en la vida económica de un gran número de países. En primer lugar, nos encontramos con que los gobiernos han hecho que las economías sean cada vez más interdependientes mediante políticas de liberalización e integración. En segundo lugar, las empresas buscan la optimización de sus procesos, para lo que desplazan parte de sus recursos a países distintos del suyo de origen. Por último, los consumidores poseen unas preferencias cada vez más similares, debido a la cobertura de los medios de comunicación de masas y al esfuerzo de promoción y publicidad que realizan las grandes empresas multinacionales. Podemos hacernos una idea de la realidad de la economía global si se comparan la evolución de la producción mundial con los flujos de comercio exterior e inversiones extranjeras. En la década de los noventa el comercio mundial de bienes y servicios creció a un ritmo medio anual del 7%, lo que supone casi el doble que el crecimiento de la producción mundial, la cual se situó cerca del 4%. Por su parte, las inversiones extranjeras aumentaron de manera mucho más rápida, hasta alcanzar un crecimiento medio anual del 18%. A pesar de todo, conviene señalar que a partir de 1997 se produce una ralentización de estos ritmos de crecimiento como consecuencia de acontecimientos tales como la crisis asiática o los problemas por los que han pasado países como Rusia o Brasil. Al respecto, véase LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario

En las modernas sociedades podemos apreciar diferencias entre el comercio que se realiza entre personas individuales, el que se realiza entre empresas en el ejercicio de su actividad empresarial, y el que se realiza entre los particulares y las empresas, éste último comúnmente llamado consumo. No es lo mismo que una persona decida vender su coche, poniendo para ello un anuncio en cualquier periódico (recibiendo dispares contestaciones con ello), a que una empresa española dedicada a la impresión de libros necesite comprar el papel que ofrece una empresa argentina, en cuyo caso la distancia física que las separa será motivo de aparición de necesidades especiales, como se verá, especialmente centradas en las cuestiones del transporte y del seguro del producto. Como tampoco son idénticas estas situaciones a cuando cualquiera de nosotros se dirige a un supermercado con la sana intención de llenar la cesta de la compra. No, ciertamente, a pesar de que en los tres casos se produce un intercambio de bienes voluntario, lo que varía son los actores que participan en el mismo. En esencia, el comercio no es más que conseguir que un producto llegue hasta el consumidor, aunque para ello normalmente se precise de la actividad de intermediarios, las empresas.

En cualquier caso, toda actividad comercial es el resultado de la necesidad de estudiar las relaciones que existen entre la empresa y el mercado³. La misión de la misma, por tanto, consiste en analizar las oportunidades que hay en éste último y establecer un plan de acción

(supervisor), “*Curso superior. Estrategia y gestión del comercio exterior*”, ed. por el Instituto Español de Comercio Exterior y el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y navegación de España, Madrid, 1999, págs. 21 y ss.

³ La comprensión de los mercados y de la competencia resulta de vital importancia para las empresas de hoy en día. Los autores CRAVENS, David W. y PIERCY, Nigel F., consideran que todo análisis de la orientación al mercado pone el énfasis en la capacidad de la empresa de aprender sobre sus competidores, consumidores y miembros del canal para hacerse una idea y actuar continuamente en función de los acontecimientos y tendencias de los mercados tanto actuales como potenciales. De este modo, las empresas impulsadas por el mercado acostumbran a gozar de unas habilidades superiores en la recopilación, interpretación y utilización de la información, de manera que pueden guiar de manera más efectiva sus estrategias empresariales y de marketing. Aún así, los autores puntualizan que, en su opinión, la parte central del proceso se encuentra en la interpretación de la información, más que en la investigación y recolección de la misma. El motivo de esta afirmación radica en que actualmente, con recursos como los servicios de búsqueda online, la información de la propia empresa y de sus sistemas de inteligencia, las agencias de informes y de encuestas de investigación de marketing, junto a la abundante bibliografía técnica existente en la mayoría de los campos, los ejecutivos corren el riesgo de verse abrumados ante tanta información, lo que entorpece sin duda el proceso de decisiones. Los autores consideran posible pues que la precisión que tengan las ideas de los ejecutivos sobre el entorno competitivo puede ser menos importante para la estrategia, y los cambios organizativos que se derivan de la estrategia, que la forma en que se interpreta la información sobre sus entornos. Dicho en términos más sencillos, en la actualidad el acceso a la información sobre los mercados se ha facilitado en gran medida, pero ello ha repercutido en un aumento del volumen de datos, lo que puede conllevar a una posible parálisis empresarial si no se cuentan con medios eficaces para procesar, para interpretar esa marea de información. De hecho, los autores sugieren que las inversiones para mejorar y hacer esas interpretaciones pueden crear una ventaja competitiva más duradera que las inversiones en la obtención de más información. El imperativo de la estrategia impulsada por el mercado sería entonces la búsqueda de una mejor interpretación y comprensión del mismo. El reto consiste en utilizar cada vez más la información para crear una comprensión del mercado y de su grado de respuesta en toda la empresa, y no únicamente en recopilar información. Así pues, la orientación al mercado es tanto una cultura como un proceso comprometido con la consecución de un valor superior para el consumidor. El proceso consiste en obtener información, divulgarla ampliamente, compartir los diagnósticos y emprender acciones coordinadas. Al respecto, véase CRAVENS, David W. y PIERCY, Nigel F., en “*Marketing Estratégico*”, ed. McGraw-Hill, 8ª edición, Madrid, 2007, págs. 54 a 56.

para determinar los medios necesarios para que dichas oportunidades sean aprovechadas en el cumplimiento de los objetivos comerciales. La actividad comercial conecta con el propio consumidor final, aunque no necesariamente termina su tarea en éste, ya que es frecuente que las empresas dispongan de canales a través de los cuales revierten en las propias empresas la información necesaria para comprobar el logro de sus objetivos comerciales una vez que el producto se encuentra en manos del consumidor o usuario, cosa que, a su vez, determinará los futuros objetivos comerciales de la empresa.

El comercio es una actividad en la que se pretende, a través del marketing, organizar un intercambio voluntario y competitivo, de manera que se asegure un ajuste eficiente entre la oferta y la demanda de bienes y servicios. El comercio sería el intercambio propiamente dicho, mientras que el marketing sería la forma en la que éste se organiza⁴.

El marketing es un término anglosajón utilizado normalmente para hacer referencia a la actividad comercial⁵. Si lo concebimos como la forma en que se organiza el comercio, nos encontramos con que todo intercambio voluntario de bienes y servicios es susceptible de verse organizado materialmente a través de una serie de transformaciones. En primer lugar, tenemos la transformación material, que consiste en poner los productos en condiciones de ser consumidos. En segundo lugar tenemos la transformación espacial, que conlleva la localización y el transporte de los productos. Por último, tenemos la transformación temporal, referida a su almacenaje. Por otra parte, para que el ajuste sea eficiente también

⁴ La función del marketing en la economía sería pues organizar un intercambio voluntario y competitivo de manera que se asegurase un ajuste eficiente entre la oferta y la demanda de bienes y servicios. Las tareas a realizar en el seno empresarial serán, por un lado, la detección de las necesidades de los consumidores y, en base a ellas, decidir los bienes y servicios que deben satisfacerlas, así como realizar la previsión de ventas correspondiente. A partir de entonces podrían considerarse decisiones relacionadas con la actividad productiva. Por otra parte, será necesario conseguir generar una cifra de ventas adecuada en relación a los objetivos generales de la empresa, los cuales habrán sido definidos con anterioridad por los encargados de la realización de las tareas administrativas. Se trata, en definitiva, de influir en las variables que la empresa puede controlar y de determinar sus características, así como los recursos a asignar a cada una de esas variables. Al respecto, véase ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen, “*Fundamentos de economía de la empresa: perspectiva funcional*”, ed. Ariel, 2ª edición, Barcelona, 2000, pág. 98.

⁵ “En definitiva, el concepto académico del Marketing incluye hoy en día las siguientes ideas fundamentales:

- Una función de las empresas – la dirección de Marketing – incluida por tanto en la planificación estratégica. Las actividades de marketing, o comerciales, constituyen en sí mismas un proceso de planificación – el cual se inicia con un análisis tanto interno como externo – y de ejecución que debe ser controlado mediante los mecanismos que para este fin se establezcan.
- Las cuatro actividades fundamentales para el desarrollo de la función anterior, que son: la creación y actuación sobre los productos, la fijación del precio, la promoción o comunicación y la distribución. Estos elementos configuran el núcleo central de la planificación en marketing.
- El intercambio. Éste no se centra sólo en los bienes y servicios, sino que se incluye cualquier base de intercambios de valores (por ejemplo, las prestaciones sociales de un gobierno a cambio de su imagen pública), los cual amplía el objeto del Marketing más allá de lo estrictamente económico: Marketing cultural, Marketing político y electoral, etc.
- La obtención de satisfacción – de un individuo u organización – en las relaciones de intercambio por las partes que actúan en ellas; el cual debe entenderse como un concepto más amplio que el de beneficio. La satisfacción de los deseos y necesidades de los consumidores debe situarse por tanto en el mismo plano que la consecución de los objetivos de las organizaciones, pues son la referencia del proceso de comportamiento de compra de aquellos.” en RUFÍN MORENO, Ramón y REINA PAZ, María Dolores, “*Fundamentos de Marketing*”, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, págs. 19 y 20.

es necesario organizar la comunicación entre los agentes económicos, estableciéndose flujos entre los productores, distribuidores y consumidores⁶.

Como puede verse, el resultado de toda actividad económica depende de la eficacia obtenida en las acciones comerciales desarrolladas en las organizaciones empresariales que operen en ese sistema económico. El marketing ejerce esa responsabilidad a través de dos vías: una de análisis, dirigida a captar las mencionadas oportunidades del mercado y que se identifica con la tarea de investigación comercial, y otra de programación y decisión, dirigida a determinar los medios necesarios para aprovechar las oportunidades detectadas. Estas dos vertientes constituyen la actividad comercial que se desarrolla en la empresa y por ellas se abre a su entorno⁷.

Toda actividad comercial desarrollada por una empresa pretende abrirse al ambiente o entorno que la rodea, pudiendo variar sus acciones y resultados en función de su capacidad de adaptación a los cambios externos sobre los que no tenga control alguno. El motivo obvio es que la empresa se interrelaciona con un determinado mercado el que desarrolla su actividad, al que intenta ofrecer respuesta a sus necesidades y al cual la empresa debe adaptarse continuamente⁸.

La actividad comercial que se desarrolla en el marco de una empresa comienza pues con el estudio del mercado, el entorno general en el que opera, y la consideración de las implicaciones derivadas de estas circunstancias. El conocimiento de los mercados y de las variadas posibilidades que ofrecen es un elemento esencial en la actividad de estos agentes económicos, aunque hay que ser consciente de que no ejercen esa actividad en solitario. En

⁶ ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen, op. cit., págs. 98 y ss.

⁷ ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen, op. cit., págs. 97 y 98.

⁸ En efecto, los retos a los que se enfrentan los empresarios de todo el mundo, derivados de los radicales cambios en los mercados y de una competencia cada vez más acusada, no carecen de complejidad, y aumentan con el paso del tiempo. A menudo las fronteras de los mercados y de las industrias son difíciles de definir, debido a la entrada de nuevas y perturbadoras formas de competencia. Además, las exigencias de los consumidores de obtener un valor superior de los bienes y servicios que compran ha aumentado exponencialmente en los últimos tiempos, dado que cada vez poseen conocimientos más amplios sobre los productos y emiten juicios de valor más perspicaces. Las influencias externas de los diferentes grupos de presión y grupos de interés han aumentado en todos los países. Los modelos de negocio que plantean innovaciones, que alteran los papeles de una industria, están definiendo una nueva agenda para los negocios y para el desarrollo de la estrategia de marketing. Las empresas están adoptando estrategias orientadas al mercado, guiadas por la lógica de que todas las decisiones de estrategia empresarial deberían partir de una clara comprensión de los mercados, los consumidores y los competidores. La lógica subyacente a una estrategia orientada al mercado es que el mercado, y los consumidores que lo componen, deben ser el punto de partida de la formulación de la estrategia empresarial. Hay que destacar que la estrategia impulsada por el mercado ofrece una perspectiva sobre toda la empresa que obliga a una integración más eficaz de las actividades y los procesos que afectan al valor que obtiene el consumidor. Por otra parte, el que una empresa se oriente al mercado le otorga la clara ventaja de comprender el mismo y cómo es probable que cambie en el futuro. Este conocimiento es que permitirá a los empresarios diseñar sus estrategias. El desarrollo de esta visión del mercado requiere que se obtenga información sobre los consumidores, los competidores y los mercados, que se analice esta información desde una perspectiva de todo el negocio, que se decida la mejor manera de ofrecer un valor superior al consumidor y emprender las acciones que sean necesarias para ofrecer ese valor a los consumidores. Existe bastante consenso en afirmar que esta concepción de los negocios y la adopción de estas estrategias mejoran el rendimiento empresarial, y por tanto, los beneficios de los accionistas. En tal sentido se pronuncian CRAVENS, David W. y PIERCY, Nigel F., op. cit., págs. 1 y 2.

efecto, existen multitud de empresas operando en los mismos mercados, pugnando por hacerse un hueco, mantenerse o simplemente imponerse a las demás. En una palabra, las empresas se dedican a competir entre ellas, siempre que esas empresas dispongan de la capacidad real de modificar la participación de las demás en el mercado.

Toda investigación supone la valoración de hechos o hipótesis mediante el uso de métodos científicos y, por lo tanto, objetivos. La investigación de mercados es el instrumento básico de la actividad comercial que se desarrolla en el marco de una empresa.

Por investigación de mercados o investigación comercial debe entenderse como la reunión, registro y análisis de los hechos y problemas derivados del desarrollo de la actividad comercial. La finalidad de dicha investigación es ayudar a la dirección en la toma de decisiones comerciales.

La investigación de mercados viene practicándose como tal en España desde los años setenta. Los años ochenta fueron su época dorada, y los noventa se vieron especialmente marcados por la recesión económica. En todo caso, las empresas suelen reconocer que no es suficiente confiar en la experiencia y la intuición del investigador y entienden la utilidad de la investigación comercial para la obtención de información y para la reducción de riesgos en la toma de decisiones empresariales. La combinación de ambos instrumentos acostumbra a ser la mezcla ideal.

Por otra parte, dada la complejidad de los mercados en la actualidad, puede ser conveniente clasificarlos siguiendo algún criterio, algo que fundamentalmente responda a las siguientes preguntas: qué se compra, por qué, quién compra y cómo se desarrolla el acto de la compra.

1.1.2 El mercado

Un mercado puede definirse como un conjunto de personas y organizaciones que participan en la compra de bienes y servicios o en el consumo o uso de los mismos⁹. El conocimiento del mercado resulta esencial para guiar las estrategias empresariales y de marketing¹⁰. Todo

⁹ ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen, op. cit., pág. 112.

¹⁰ Los mercados son cada vez más complejos, turbulentos e interrelacionados, lo que plantea numerosos retos a los directivos a la hora de comprender la estructura del mercado e identificar las oportunidades de crecimiento. El rápido cambio tecnológico, el acceso a Internet, la competencia global y la diversificación de las preferencias de los compradores en muchos mercados requieren una supervisión continua que permitan identificar oportunidades empresariales prometedoras, determinar lo perturbadora que puede llegar a ser la introducción de una nueva tecnología, valorar el cambio en los gustos de los compradores, evaluar los cambios en el posicionamiento competitivo y guiar las decisiones de los directivos. La comprensión del alcance y la estructura de todo el mercado es necesaria para desarrollar la estrategia y anticipar los cambios del mercado y las amenazas competitivas. Los cambios que se producen en los mercados acostumbran a requerir una alteración de las estrategias empresariales y de marketing. Un directivo que no sepa comprender el mercado en el que opera, ni cómo cambiará en el futuro se encontrará con que sus planificaciones son inadecuadas cuando cambie el valor buscado por los compradores y aparezcan nuevos productos que satisfagan mejor los requisitos de los consumidores. Existen numerosas fuerzas que en la actualidad están provocando la transformación de las industrias, cambiando la estructura de los mercados y la naturaleza de la competencia. Los determinantes de este cambio serían la desregulación, un exceso de capacidad global, la

mercado se encuentra compuesto por una serie de elementos esenciales: los productores, los consumidores, y entre ellos, los denominados intermediarios comerciales y prescriptores. Posiblemente sea este último término el más difícil de identificar. Se entiende por prescriptor a un experto profesional en un determinado mercado, aptitud que le permite actuar como asesor y aconsejar oportunamente la adquisición de determinados productos que estén a la venta en él. Los médicos, farmacéuticos, profesores, etcétera pueden ser prescriptores dentro de los mercados en que realizan su labor profesional¹¹.

Asimismo, no debe menospreciarse la influencia que los factores ambientales pueden tener sobre los mercados. Estos factores son principalmente cinco: el ambiente cultural, el ambiente tecnológico, el ambiente político y legal, el ambiente económico, demográfico y social y el ambiente competitivo.

El ambiente cultural consiste en el conjunto de creencias y valores de un colectivo. Las necesidades y conductas de los individuos vienen condicionadas en mayor o menor medida por el patrón que nos proporciona la cultura de la sociedad a la que pertenecemos. Todo miembro de una colectividad se encuentra sometido a un proceso de socialización en el que aprende sus valores y tradiciones. Se trata de un proceso en constante cambio, al cual deberán prestar atención aquellas personas encargadas de las decisiones comerciales.

El ambiente tecnológico puede identificarse con la serie de innovaciones con las que la tecnología amplía y enriquece el panorama productivo. Es necesario que las empresas puedan adaptarse a este reto en lo que respecta a los productos que lanzan al mercado, ya que los consumidores actuales son demandantes potenciales de tales innovaciones.

El ambiente político y legal juega asimismo un importante papel en el desarrollo de los mercados. El Estado se encarga de regular la actividad económica en muchos casos y, por tanto, la actividad comercial. Podemos encontrar ejemplos de esta actuación en las intervenciones estatales en los precios de determinados productos, la legislación existente sobre la defensa de la competencia, o el apoyo a la defensa del consumidor y del medio ambiente, que se plasman en ayudas a la creación de asociaciones al respecto o incluso leyes que regulan aspectos concretos de estas materias.

El ambiente demográfico, social y económico se refiere a cifras de población del mercado en potencia, cómo se estructura por edades, niveles educativos y ocupacionales, niveles de renta, etcétera. Todos esos factores influyen en la mayor o menor capacidad de compra de

competencia a nivel mundial, las fusiones y adquisiciones, las nuevas tecnologías, las cambiantes expectativas de los consumidores, la desintermediación, los cambios demográficos y los cambios de estilos de vida y de trabajo. Estas influencias pueden ser una fuente tanto de oportunidades como de amenazas en el mercado, dado que alteran el carácter y el alcance de los mismos, así como el espacio competitivo. Las empresas impulsadas por el mercado acostumbran a alterar rápidamente sus estrategias para ofrecer un valor superior a los consumidores actuales y nuevos. Al respecto, véase CRAVENS, David W. y PIERCY, Nigel F., op. cit., págs. 120 y 121

¹¹ Para más información sobre la definición de mercado, así como de los factores ambientales que influyen en él, ya sean culturales, tecnológicos, políticos o legales, económicos, demográficos o sociales, véase ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen, op. cit., 112 y ss.

los potenciales consumidores, por lo que deben ser tenidos en cuenta por las empresas que actúan en el mercado.

Por último, el ambiente competitivo se compone de aquellas empresas que operan en un mismo mercado. A pesar de ello, dentro de un mercado puede haber una mayor o menor rivalidad en función de la capacidad individual de cada empresa de modificar la participación en el mercado de las demás. Las empresas son, por así decirlo, dependientes entre sí. Cada una de ellas necesita encontrar una posición en el mercado en el que actúa en la que pueda defenderse mejor que las demás empresas. Además, la rivalidad no sólo puede surgir entre los agentes económicos que operan en un mismo mercado, dado que los mismos pueden verse desafiados en cualquier momento por la aparición de nuevos competidores que pretendan hacerse un hueco en ese mercado, los proveedores con mayor o menor influencia o por la volubilidad de los compradores. Finalmente, también debe considerarse la amenaza de la aparición de nuevos productos, técnicamente superiores a sus predecesores, y que pueden motivar una rivalidad extra en las empresas que no deseen quedarse atrás.

Las empresas no realizan todos estos esfuerzos sólo porque sí. Si una cosa tienen en común todas ellas, sea cual sea el producto o servicio que vendan y operen en el mercado que operen, es que su razón de ser es la búsqueda del beneficio económico, porque de lo contrario, difícilmente podrán mantenerse. Éste puede definirse como la diferencia entre el ingreso que recibe una empresa y los costes en que incurre. Es importante resaltar que para calcular el beneficio es necesario tener en cuenta todos los costes. Si, por ejemplo, un pequeño empresario posee una tienda de alimentación y asimismo trabaja también en ella, su salario como empleado debe contabilizarse como un coste. Si un grupo de personas presta dinero a una empresa a cambio de una cantidad mensual, estos intereses deben contabilizarse como un coste de producción.

Los ingresos y los gastos de las empresas dependen de las actividades que realizan. Estas actividades pueden ser de diferentes tipos, como por ejemplo las actividades productivas propiamente dichas, las compras de factores y las compras de publicidad.

Aún así, independientemente de cuáles sean las decisiones que la empresa tome, normalmente estarán enfocadas a la maximización del beneficio¹². Para alcanzar este

¹² El beneficio económico consiste en la diferencia entre el ingreso que percibe la empresa y los costes en los que incurre. Resulta especialmente importante entender que para calcular el beneficio han de tenerse en cuenta *todos* los costes. Si, por ejemplo, un pequeño empresario posee un restaurante y también trabaja en él, su salario como empleado debe contabilizarse como un coste. Si un grupo de personas presta dinero a esa empresa a cambio del pago de una cantidad mensual, estos intereses deben contabilizarse como un coste de producción. Tanto los ingresos como los costes de las empresas dependen de las actividades que realicen. Éstas pueden ser de numerosos tipos: las actividades productivas propiamente dichas, las compras de factores, la adquisición de publicidad, etc. Situándonos en un plano más abstracto, cabe imaginar que toda empresa puede emprender una gran variedad de actividades de todo tipo. Lo cierto es que la mayoría de análisis económicos de la conducta de la empresa parten del supuesto básico de que sus actividades tienen por objeto maximizar sus beneficios, o lo que es lo mismo, para maximizar la diferencia entre ingresos y costes. El problema de la maximización del beneficio de la empresa consiste en averiguar qué precios desea cobrar por sus productos o pagar por sus factores, así como determinar qué niveles de producción y de factores desea utilizar. Ciertamente, no pueden fijarse los precios y los niveles de actividad de manera unilateral, dado que

objetivo, para que los ingresos superen a los gastos lo más posible, toda empresa debe averiguar qué precios desea cobrar por sus productos o pagar por sus factores, y qué niveles de producción y de factores desea utilizar. Lo cierto es que no pueden fijar los precios y los niveles de actividad unilateralmente. Al determinar su política óptima, la empresa se encuentra sujeta a dos restricciones: las restricciones tecnológicas y las restricciones del mercado. Las restricciones tecnológicas son simplemente las que se refieren a la viabilidad del plan de producción, mientras que las restricciones del mercado son las que se refieren a las consecuencias que tienen para la empresa las actividades de otros agentes. Por ejemplo, puede suceder que los consumidores que compran el producto a la empresa sólo estén dispuestos a pagar un determinado precio por una determinada cantidad de producción o que los proveedores de la empresa sólo acepten determinados precios por los factores que suministran.

A pesar de que todos los mercados tienen, como acabamos de ver, una serie de elementos en común, lo cierto es que también existen variables en los mismos que los diferencian unos de otros, y que eventualmente pueden servir para clasificarlos¹³. De entre todos los posibles criterios, los más empleados para clasificar los mercados son las características de los compradores y la naturaleza de los productos que se comercializan. Si nos atenemos al primer criterio, los mercados pueden dividirse en dos tipos: mercados de consumo y mercados industriales. A su vez, los mercados de consumo pueden ser de consumo inmediato, duradero y de servicios. Según el segundo criterio, los mercados pueden

en la determinación de su política óptima la empresa se encuentra sujeta tanto a restricciones tecnológicas como de mercado. Cuando la empresa pretende averiguar la manera óptima de llevar a cabo su actividad, debe tener en cuenta ambos tipos de restricciones. Por tanto, para ser competitiva, una empresa deberá preocuparse de averiguar los niveles de producción y de utilización de factores maximicen sus beneficios, como se explica en VARIAN, Hal R., “*Análisis Macroeconómico*”, Antoni Bosch editor, Tercera Edición, Barcelona, 1992, págs. 29 a 31.

¹³ Aunque la globalización puede haber contribuido a enmascarar en parte este fenómeno, lo cierto es que los mercados mundiales no son en absoluto homogéneos. El hecho de algunas grandes marcas norteamericanas como pueden ser Nike, Levi Strauss, Coca-Cola o MacDonald’s ofrezcan el mismo producto a clientes situados en puntos geográficos diversos se debe a las enormes inversiones en publicidad que han sabido transmitir una imagen de marca a un segmento relativamente homogéneo de los consumidores mundiales, y no debe llevarnos a engaño sobre la variedad de esos consumidores. Esta variedad se sustenta en numerosas diferencias económicas, culturales y religiosas, lingüísticas, legales, de hábitos de consumo y en los canales de distribución. Las diferencias económicas se fundamentan en la concentración de la riqueza mundial, las diferencias en la renta per cápita, además de las dispares tasas de crecimiento por países. La disparidad cultural y religiosa hace lo que se considera correcto o apropiado varíe de un lugar a otro. Así, mientras que en los países occidentales se valoran los bienes materiales, en algunas sociedades orientales se consideraría negativa esta actitud, en sociedades como la japonesa o la alemana se valora el ahorro, mientras que los países mediterráneos tienden más al consumo, etc. Si hablamos de diferencias lingüísticas, se estima que en el mundo existen alrededor de 3000 idiomas, hecho al cual deberán adaptarse las empresas que operen en mercados exteriores. Por otra parte, el marco legal para las operaciones de comercio exterior e inversión extranjeras sigue siendo diferente de un país a otro a pesar de la armonización producida con los acuerdos multilaterales y la integración de países en bloques económicos. Las distintas legislaciones suponen a menudo barreras a la entrada de productos o de empresas extrajeras, impuestas de manera intencionada por los gobiernos para proteger la industria local. Los hábitos de consumo de las personas tampoco son homogéneos, y se encuentran se encuentran influenciados por la tradición y por las características individuales de cada uno. Por último, la disparidad de los canales de distribución según la zona geográfica también supone un elemento diferenciador importante. Al respecto, véase LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario (supervisor), op. cit., págs 27 a 30.

clasificarse en mercados agrarios y procedentes del mar, mercados de materias primas, mercados de productos técnicos o industriales, mercados manufacturados y mercados de servicios¹⁴.

Por razones que más adelante se verán, la división de mercados dependiendo de las características de los compradores resultará muy importante a la hora de centrar el objeto de esta tesis. Por el momento, sin embargo, conviene exponer algunos aspectos de esta división.

Los mercados de consumo tienen en común que las transacciones que se realizan en ellos se hacen con bienes y servicios adquiridos por individuos o familias que van a ser sus consumidores o usuarios. Los productos de estos mercados pueden ser adquiridos con frecuencia para su consumo inmediato, con lo que la compra suele organizarse por costumbre, o bien tener una utilidad para periodos largos, de manera que la compra suele estar más planificada por las unidades de consumo. Los productos que se engloban en el primer tipo suelen ser los de primera necesidad, como todo lo referente a la alimentación. Por otra parte, los electrodomésticos, los coches, las motos, etcétera son ejemplos de productos de consumo duradero. Otro caso es el de los llamados productos intangibles o servicios la utilidad o el disfrute de los cuales puede ser inmediato o para periodos futuros, como es el caso de los servicios médicos o de la enseñanza.

Por otro lado, los mercados industriales pueden definirse como aquellos en que los compradores de los productos que se comercializan en ellos sirven a organizaciones que utilizan dichos productos para la obtención de otros, que a su vez se comercializarán en otros mercados, o que los adquieren para su posterior reventa.

En lo que respecta a los mercados industriales conviene poner de relieve una peculiaridad muy importante en lo que se refiere a su demanda, y es que ésta es muy difícil de potenciar. ¿Cuál es el motivo de esta situación? La explicación la encontramos en que, en última instancia la demanda de los mercados industriales depende de la demanda de los mercados de consumo, o lo que es lo mismo, que depende de la demanda de los bienes que con ellos se producen. Si todos los productos que se compran y se venden en un mercado industrial tienen como finalidad su propia reventa o la obtención de un tercer producto pensado para ser vendido a los consumidores, a las personas corrientes, lo lógico es que una bajada en la demanda de esos bienes de consumo provoque a su vez una bajada en la demanda de los bienes industriales que sirven para fabricarlos, y viceversa. Si cada vez hay más personas que deciden no comprarse un automóvil, lo normal será que la demanda de las máquinas que se utilizan para construirlos por parte de empresas como Ford, Nissan, Honda, etcétera se resienta. Cuando al principio de este párrafo decíamos que la demanda en los mercados industriales es difícil de potenciar, esto se debe a que los productores que operan en los mercados industriales se encuentran en un eslabón de la cadena demasiado alejado de los consumidores finales. Si los intereses de una empresa sólo abarcan la producción de bienes industriales, ¿cómo puede pues esa empresa provocar, o al menos motivar a los consumidores para que aumenten su demanda, cuando no son ellos los que compran su producto? Como desgraciadamente puede comprobarse en estos tiempos, el ejemplo de los

¹⁴ ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen, op. cit., págs. 111 y ss.

coches resulta paradigmático. Existen muchas empresas fabricantes de equipo industrial cuyo único cliente son las grandes marcas de coches, a veces, incluso, una sola de esas marcas. Si nosotros dejamos de comprar coches, las empresas que pretenden vendérselos ya no tendrán motivos para seguir comprando a sus proveedores industriales, lo que en casos extremos puede acarrear el cierre de estas empresas “satélite”, ante la falta de diversificación de su propia clientela como del producto que ofrecen.

1.1.3 El proceso de compra

Así pues, ¿en qué se basa el hecho de que haya más o menos demanda? ¿Cómo funciona el proceso por el cual un individuo decide adquirir la propiedad de una cosa? El estudio de los hábitos de los consumidores constituye una de las principales preocupaciones de las empresas¹⁵. Lo más habitual es que en los actos de compra se sucedan una serie de etapas consecutivas. En una primera etapa, el individuo tiene que reconocer que existe una necesidad propia que le hace mostrarse más receptivo a toda información que esté relacionada con esa necesidad¹⁶. Cuando se encuentra en esta situación, el individuo puede

¹⁵ Ciertamente, la investigación del comportamiento de compra de los consumidores constituye una disciplina en sí misma. En un principio su estudio se encontraba compartido por investigadores de varias disciplinas que trataban al consumidor como una faceta más de estudio (marketing, microeconomía, psicología, psicología social y sociología, fundamentalmente). Esta combinación de orígenes dio lugar a la tradición actual de investigación sobre comportamiento del consumidor, compuesta por modelos (herencia de la microeconomía, principalmente), variables de mercado (marketing), variables internas y externas al individuo (psicología, psicología social y sociología) y por una operativa basada en la formulación y el contraste de hipótesis (a través de la experimentación en numerosos estudios) incorporada por los nuevos planteamientos en metodología de investigación. Pero, ¿en qué radica la complejidad del estudio de los hábitos de compra de las personas? En primer lugar, debe resaltarse que *los consumidores no son homogéneos*, sino que presentan características distintivas que los diferencian entre sí. De este modo, aunque los modelos traten de recoger esta diversidad a través de la inclusión de variables independientes, el elevado número de variables y sus interacciones hacen necesaria la limitación de los modelos a la explicación del comportamiento de grupos específicos de consumidores. Así, un modelo diseñado para explicar el comportamiento de un grupo de consumidores determinado puede resultar completamente inadecuado para su aplicación a otros grupos. Esto provoca que nos encontremos con una elevada incertidumbre en cuanto a las respuestas de los individuos que componen el mercado, puesto que éste se compondrá de individuos con características distintas, por lo que las interacciones de las variables del marketing no producirán siempre el mismo efecto. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que *las decisiones de consumo son muy diversas*. Existen variables como el nivel de implicación de la decisión para el individuo y los distintos fenómenos asociados a este concepto como el riesgo, el hábito, el interés en el producto o en los resultados que determinan que el individuo dedique más o menos esfuerzo a las actividades del proceso de decisión. Por último, cabe considerar que *los contextos de compra y consumo son distintos*. Esto significa que los procesos de decisión varían en función de las situaciones de uso del bien o servicio adquirido, el individuo que realmente se beneficia de la adquisición y la situación en que se produce la compra. En cada caso, los individuos pueden utilizar criterios o procesos distintos de elección. Por otra parte, las influencias del entorno propiciarán que determinadas variables estén o no presentes para afectar al proceso de decisión desde el surgimiento de la necesidad hasta las actividades posteriores a la compra. En este sentido se pronuncia RUIZ, Salvador, en MÚGICA, José Miguel y RUIZ DE MAYA, Salvador (coord.), “*El comportamiento del consumidor. Análisis del proceso de compra*”, ed. Ariel, Barcelona, 1997, págs 11 a 13.

¹⁶ Puede decirse que la actividad humana presenta un aspecto económico cuando existe una lucha contra la escasez. Ciertamente, todas las personas tienen necesidades, es decir, deseos de disponer de los medios aptos para prevenir o hacer que cesen las sensaciones de congoja o insatisfacción; o de los medios capaces de provocar y acrecentar las sensaciones agradables. Las necesidades son eminentemente subjetivas, puesto que

emprender una búsqueda activa de toda la información que le parezca importante para seguir con el proceso de compra. Para ello puede recurrir a una gran variedad de fuentes, ya sean familiares, profesionales, del mercado, de la experiencia o de fuentes públicas, hasta que hasta que haya compilado todas las ofertas existentes en el mercado y que él o ella considere dignas de comparación y evaluación, hasta que finalmente se decida por una¹⁷.

Llegados a este punto el proceso continúa con una decisión de comprar o no el producto o servicio elegido¹⁸. En caso de que el individuo se decida por la compra, y la haga efectiva,

es cada individuo el que decide si para él existe una necesidad, y cual es la magnitud de la misma. Las necesidades que los seres humanos experimentan y expresan vienen condicionadas por factores fisiológicos, sociológicos, psicológicos y morales. Todos esos anhelos aumentan y se diversifican sin cesar, dado que las personas tienen una infinita capacidad para el deseo, porque descubren sin parar nuevos objetivos, porque la convivencia con sus semejantes les ofrecen motivos de imitación y emulación que se renuevan constantemente. Aún así, los medios de los que dispone el ser humano para satisfacer sus necesidades son limitados, vive en un mundo de escasez. Las fuentes de que dispone, o son insuficientes para un momento dado, o están mal repartidas en el espacio. Incluso poseyendo fuentes de riqueza abundantes, las personas se encuentran asimismo limitadas por el tiempo, uno de los bienes más escasos. Falta de poder para tenerlo todo y hacerlo todo a la vez, el ser humano debe efectuar elecciones. Para alcanzar un objetivo concreto, se ve obligado a sacrificar otros fines, a no aplicar a su realización recursos limitados y un tiempo escaso. Toda elección conlleva un sacrificio, lo que suele llamarse un coste de oportunidad. Al comprar una cosa, renunciamos a la satisfacción que nos reportaría la adquisición de otro bien. El coste de oportunidad es el sacrificio en términos reales que sufre un sujeto económico cuando procede a la elección de una entre diversas acciones posibles para la satisfacción de sus necesidades, es el coste de las ocasiones no aprovechadas. Así pues, el proceso por el que se efectúa la lucha contra la escasez puede resumirse de la siguiente manera: los sujetos económicos, al experimentar necesidades, buscan mejorar su condición procediendo a actos de producción y de intercambio conducentes a la obtención de bienes y servicios, los cuales se destinan en último término al consumo. Las empresas que mejor entiendan los procesos por los cuales aparecen las necesidades en los consumidores y éstos realizan sus elecciones, tendrán mayores oportunidades de éxito frente a sus competidores. Al respecto, véase BARRE, Raymond, "*Economía Política*", ed. Ariel, Barcelona, 1965, págs. 29 a 31.

¹⁷ La búsqueda de información es un elemento de gran importancia en el proceso de decisión del consumidor. Antes de nada, conviene puntualizar la diferencia existente entre los términos búsqueda de información y adquisición de la información, ya que ambos conceptos no son necesariamente sinónimos, aunque a menudo se empleen como tales. El concepto de búsqueda de información supone un proceso motivado y dirigido en alguna medida, no incluye información obtenida sin una búsqueda motivada y activa. Por tanto, la búsqueda de información puede definirse como la "activación motivada del conocimiento almacenado en memoria o la adquisición de información del entorno. De esta definición se desprende que en una primera instancia el proceso de búsqueda puede desglosarse en dos componentes: la información buscada en la memoria del sujeto, denominada búsqueda interna o recuerdo, y la información derivada de fuentes externas a aquel, o búsqueda externa. A pesar de la interconexión y necesidad de considerar los procesos de búsqueda interna y externa como inseparables, normalmente los investigadores que abordan el análisis del proceso de búsqueda del consumidor suelen centrarse en la adquisición de información externa y en sus determinantes. En este sentido se pronuncia GÓMEZ, Miguel Ángel, en MÚGICA, José Miguel y RUIZ DE MAYA, Salvador (coord.), op. cit., págs 33 y ss.

¹⁸ Las actitudes del consumidor son de extrema importancia para los comerciantes. Dichas actitudes afectan a las decisiones de la compra directamente y éstas, a su vez, afectan a las actitudes directamente a través de la experiencia adquirida con el uso del producto o del servicio seleccionado. En un sentido amplio, la decisión de comprar se basa casi únicamente en actitudes que ya existían en el momento de compra, aunque hay que precisar que se puede influir en la formación de tales actitudes. Las actitudes pueden ser específicas (con respecto a un tipo de automóvil o un artista en particular) o general (como en el caso de inclinaciones políticas o actitudes hacia la empresa libre). La palabra "actitud" - antes de que se adoptara por los psicólogos sociales - significaba algo similar a "la postura" y la disposición implícita a realizar algún tipo de acción. Cuando nosotros decimos que una persona tiene una actitud particular, lo que queremos decir es que ciertas actitudes

el proceso puede seguir aún hasta un periodo posterior en que dicho individuo experimente sentimientos de afirmación o de rechazo ante la decisión de compra adoptada o, dicho en otras palabras, aumente o disminuya su nivel de satisfacción respecto al producto o servicio adquirido, lo que determinará la lealtad del comprador hacia ese producto o servicio.

Para que exista un proceso de compra no es necesario que la persona pase por todas las etapas mencionadas. Puede que no necesite buscar información, por ejemplo, pero en cualquier caso, hay etapas imprescindibles, como la de decisión de la compra, y las fases del proceso acostumbran a sucederse en el orden descrito. Asimismo, es posible que el proceso no se culmine, con lo que lógicamente no habrá compra.

Todas las etapas mencionadas son igualmente importantes para el oferente de productos o servicios. Su grado de éxito comercial dependerá de conocerlas para sus clientes potenciales y por motivarlas hacia sus ofertas, estimulando con ello la demanda. Dicho esto, podemos definir la demanda de un producto como el volumen total de ventas que se conseguiría de un producto en un mercado localizado físicamente, en un periodo de tiempo determinado y bajo unas determinadas condiciones de entorno y de esfuerzo comercial, entendiéndose por tal el total de recursos que la empresa destina a las diferentes variables comerciales. Pero el concepto de demanda no es un todo unitario. Además de la demanda de un producto existen otros tipos de demanda¹⁹.

La demanda de marca o de empresa se entiende como la cifra de ventas que una empresa consigue en un mercado y en un período de tiempo determinados. Normalmente se toma como referencia un período de tiempo de un año o de un ejercicio económico para la organización empresarial. Por el contrario, la demanda global consiste en el total de ventas que consigue el conjunto de empresas que opera en un mercado concreto y en un periodo de tiempo determinado, que suele ser un año.

A la relación que se establece entre la demanda de empresa y la demanda global se le denomina cuota de mercado, y supone la participación que la empresa en cuestión tiene en cifra de ventas con respecto a las ventas totales del mercado.

implican una mayor posibilidad de que se produzcan determinadas conductas. El componente de acción sugiere la relación entre actitudes y las fuerzas motivadoras; hay a menudo un componente motivador en cualquier actitud dada. La tendencia hacia la acción, o el elemento conductual, en las actitudes es un aspecto al que no siempre se le presta la debida atención por parte de los vendedores que pretenden averiguar las actitudes del consumidor. El investigador del mercado debería preguntarse continuamente: ¿Qué tipos de conducta estoy intentando predecir por las preguntas que yo estoy planteando? A veces, se encuentra con que las respuestas que consigue no le permiten predecir más que la conducta verbal, es decir, cómo contestará la persona a preguntas similares. Otra forma de observar las actitudes es considerarlas como una combinación de factores emocionales y cognoscitivos. Los estados emocionales de miedo y excitación, por ejemplo, son fisiológicamente equivalentes. El miedo, sin embargo, es desagradable y negativamente evaluado, mientras la excitación agradable. Si la persona considera su estado fisiológico desagradable o agradable depende, por consiguiente, de si en él percibe su ambiente como amenazante o si él atribuye su sentimiento a la excitación. La cognición, en efecto, determina cómo el estado fisiológico de intensa emoción se evalúa. Para más información al respecto, consultar MYERS, James H. y REYNOLDS, William H. *“Consumer Behavior and Marketing Management”*, editado por la University of Southern California, California, 1967, págs. 146 a 148.

¹⁹ Para más información acerca del concepto de demanda y sus diferentes tipos, véase ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen, op. cit., págs. 116 y ss.

Por otra parte, resulta interesante la distinción entre demanda final y demanda derivada. La primera es la demanda realizada por los consumidores finales de un mercado, mientras que la segunda se refiere a la demanda de bienes que sirven a los objetivos de otras empresas, las cuales a su vez provocarán una demanda final. En otras palabras, la demanda final corresponde a los mercados de consumo, mientras que la demanda derivada corresponde a los mercados industriales.

Por último, la demanda potencial de una empresa es el límite al que puede llegar la cifra de ventas de la misma en un mercado, en condiciones de esfuerzo comercial máximo en comparación con el realizado por la competencia.

La demanda susceptible de ser medida en unidades físicas o monetarias, pero en cualquier caso resulta de gran utilidad para cualquier empresa poder conocer con antelación la cifra de ventas que previsiblemente consiga en periodos posteriores. Si se es capaz de prever la demanda de un producto, la empresa que lo fabrica podrá planificar de manera más eficaz su gestión, no sólo comercial, sino general. En otras palabras, podrá decidir el volumen de oferta de ese producto. Ambos elementos, oferta y demanda, determinarán el precio del producto²⁰.

La previsión de ventas de una empresa se entiende como la cifra de ventas esperada de la misma para un periodo de tiempo futuro y con unas supuestas condiciones de entorno y esfuerzo comercial. Tal previsión sirve para estimaciones posteriores de cuota de mercado.

Todos estos conceptos económicos nos serán de utilidad en lo sucesivo para entender mejor el contexto del contrato de compraventa. El contrato de compraventa es un instrumento jurídico que pretende dar respuesta a una realidad económica. Las personas difícilmente pueden ser autosuficientes. Si descartamos el trueque, para suplir nuestras necesidades materiales debemos recurrir al intercambio comercial, y ese intercambio necesita formalizarse de alguna manera, en este caso, a través de los contratos de compraventa en sus múltiples formas. ¿Y por qué existen múltiples formas de contrato de compraventa? Para dar respuesta a realidades económicas dispares, que se diferencian fundamentalmente en base a los actores que intervienen o la necesidad de transporte de la mercancía, entre otras cosas.

²⁰ “Los precios de los bienes y servicios se crean en los mercados, en los cuales se ejerce una oferta y una demanda. (...) Un mercado es un conjunto de relaciones entre cambistas que se hallan estrechamente relacionados por algún sistema. Los mercados pueden ser locales, regionales, nacionales o internacionales. En el mercado, el precio está sometido a la influencia de la oferta y la demanda. Estas influencias han sido siempre reconocidas por los economistas, si bien algunos han dado el papel predominante en la fijación del precio unas veces a la oferta y otras a la demanda. Oferta y demanda constituyen, pues, los determinantes esenciales del precio. (...) Se entiende por demanda la cantidad de un bien o servicio que los sujetos económicos están dispuestos a adquirir a un cierto precio, actúen racionalmente o se muevan bajo la influencia del medio. (...) La oferta de un bien es la cantidad de este bien que puede venderse o lanzarse a un mercado a un precio determinado. La oferta está siempre ligada al hecho de la existencia de un cierto precio.” en BARRE, Raymond, op. cit., págs 383 a 385 y 400.

CAPÍTULO 2.

El contexto jurídico del contrato de compraventa

2.1. El contrato de compraventa

De entre los muchos medios jurídicos posibles para hacer efectivo un intercambio de bienes, la compraventa ocupa un lugar destacado. La circulación de bienes, desde el productor al consumidor, generalmente a través de intermediarios, encuentra en esta forma contractual el marco adecuado para su consolidación. Hoy, los intercambios comerciales de exportación e importación entre los estados se articulan normalmente mediante el contrato de compraventa, cuya causa es el intercambio de cosa por dinero²¹. La cantidad de dinero que se precise para el intercambio en cuestión será el precio del producto, y ese precio es susceptible de verse influenciado por factores como la oferta y la demanda del mismo. Los precios de los productos que ofrecen las empresas necesariamente deben relacionarse con su coste de producción. En principio, una empresa siempre buscará ofrecer su producto a un precio que, por lo menos, cubra sus costes. Naturalmente, a esa empresa le gustaría cobrar un precio mucho más alto que el coste, pero la competencia procedente de las restantes empresas y de las que puedan entrar en el mercado para obtener parte de los beneficios, impiden que los precios se alejen demasiado de los costes.

Existe consenso al afirmar que actualmente el contrato de compraventa es un instrumento básico en las relaciones económicas. Aunque se ha practicado desde épocas remotas, modernamente ha adquirido una importancia mayor, debido básicamente al desarrollo de los transportes y comunicaciones²², especialmente en su vertiente marítima²³. En efecto, la

²¹ SÁNCHEZ CALERO Y OLIVENCIA RUIZ, <<Introducción>> a la versión española de la obra de Honnold, *Derecho Uniforme sobre las Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas 1980)*, ed. Rev. de D. Priv., Madrid, 1987, p. 17.

²² El obstáculo de la distancia para realizar negocios internacionales tiene una importancia cada vez menor, y ello se debe al gran desarrollo de los sistemas de transporte y a la reducción de costes en los mismos. El uso generalizado del transporte multimodal, la existencia de plataformas y corredores logísticos, la mejora de las infraestructuras terrestres o el abaratamiento de las tarifas aéreas, hacen que muchas empresas puedan competir con los proveedores locales en mercados muy lejanos geográficamente. La mejora ha sido aún más significativa en el campo de las telecomunicaciones. Si el uso del fax ya había facilitado enormemente los contactos internacionales, actualmente las empresas disponen de internet para enviar gran cantidad de información, negociar con sus clientes en tiempo real y a un coste muy bajo, realizar promoción de sus productos o utilizar este medio como canal de venta. El coste de gestión comercial en mercados exteriores se ha reducido enormemente. Al respecto, véase LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario (supervisor), op. cit., pág. 23.

²³ El transporte en todas sus vertientes, y especialmente el marítimo, ha constituido, desde que la economía basada en la agricultura se convirtió en una economía de cambio, una actividad esencial para el desarrollo económico. Su importancia se hace patente si tenemos en cuenta que el setenta y cinco por ciento de la superficie del mundo está cubierta por el mar, y que desde tiempos inmemoriales el hombre surca los mares con fines comerciales. El transporte es un negocio jurídico que permite la comercialización de las mercancías, el abastecimiento de las materias primas en el puerto de origen así como su traslado y colocación en los centros de producción en el puerto de destino. Es por ello que el transporte marítimo constituye un elemento esencial en el proceso de producción y, por ende, en el desarrollo económico y social de los pueblos, y

consolidación del comercio internacional²⁴, como consecuencia del notable desarrollo de los sistemas de comunicación, por el incremento y perfeccionamiento de los medios de transporte, así como la necesidad por parte de los actores comerciales de superar las fronteras nacionales, ha motivado que el contrato de compraventa y sus figuras jurídicas complementarias, tales como la comisión, el depósito, la agencia o el seguro, adquieran una relevancia cada vez más acusada²⁵. A modo de ejemplo, cabe citar la consolidación de la multimodalidad o el empleo masivo de contenedores²⁶, también llamados containers²⁷,

fundamentalmente en aquellos cuya situación geográfica convierte al mar en la vía principal de comunicación con el mercado exterior. En ese caso, la expansión marítima deviene esencial para el progreso, no solo socio-económico, sino también, político y militar del Estado. Véase BOET SERRA, Elena, *“La libre competencia en el transporte marítimo (El tráfico de mercancías de línea regular)”*, ed. J.M. BOSCH, Barcelona, 2000, págs. 42 y 43.

²⁴ En la actualidad el comercio internacional ha adquirido unas enormes proporciones, debido en gran parte a la globalización de la vida económica contemporánea y a las nuevas tecnologías. Nuestra época se caracteriza por la generalización de los intercambios económicos y la creación de grandes bloques comerciales regionales o supranacionales (Unión Europea, Espacio Económico Europeo, Tratado NAFTA, MERCOSUR, ASEAN, CARICON, etc.), así como por las nuevas formas que dichos intercambios revisten. La internacionalización creciente de las empresas españolas ha impuesto la exigencia del dominio de las técnicas de comercio exterior, por cuanto el complejo campo de este tipo de operaciones es una fuente inagotable de negocios jurídicos al que, la verdad sea dicha, no siempre se le presta la debida atención. Las transacciones comerciales de importación y exportación han dado lugar a multitud de figuras jurídicas, y de ahí que importador y exportador deban conocer la incidencia del Derecho privado y de los usos comerciales en sus actividades cotidianas. La conquista de nuevos mercados en el exterior requiere unos planteamientos que permitan afrontar las dificultades que se le van a presentar a la empresa en su apertura internacional, debiéndose medir previamente tanto las posibilidades reales de éxito como las acciones más pertinentes a proyectar de acuerdo con su capacidad económica y financiera. Por último, pero no por ello menos importante, la empresa debe plantearse su estrategia jurídica, dado que las relaciones comerciales de intercambio de bienes y servicios se perfeccionan a través de la contratación internacional. Al respecto, véase CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel, *“Contratación Internacional”*, ed. ESIC, Madrid, 2002, pág. 17.

²⁵ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *“Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)”*, ed. Tirant lo Blanch, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia, 2002, págs 26 y 27, afirma que el contrato de compraventa es el instrumento más adecuado para el desarrollo técnico y jurídico de estas necesidades, y que constituye la columna que sostiene la totalidad del sistema de las relaciones mercantiles supranacionales.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática”, *Rev. de Derecho Mercantil*, 1993, pág. 38.

M. GARRO, “The Gapfilling role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: some comments on the interplay between the Principles and the CISG”, *Tulane Law Review*, 1995, pág. 1149.

²⁶ Ciertamente, la introducción en Europa en torno a los años 50 de los contenedores como técnica de transporte procedente de EE.UU. encuadrada en el marco más amplio de lo que se ha venido en denominar “transporte de cargas unificadas” (contenedorización, paletización, etc.), supuso una revolución (*container revolution*) cuyos efectos han perdurado hasta la actualidad, excediendo del ámbito estricto del sector del transporte. La utilización del contenedor significó no sólo una nueva forma de embalaje y agrupación de las mercancías sino, además, un sensible abaratamiento de costes y una disminución de los riesgos que conllevan las operaciones de carga y descarga, la cual cosa facilitó el denominado “transporte puerta a puerta” (*door to door*) sin manipulación de la carga y sin fracturas, a pesar del posible empleo de distintos modos de transporte (ferrocarril, marítimo, carretera...) o la sucesión de porteadores. En este sentido, la aparición del contenedor propició el desarrollo del transporte multimodal, el cual se caracteriza por el empleo de diversos medios transporte estructurados jurídicamente en un solo contrato, y la asunción de la totalidad del riesgo del transporte por un único porteador, denominado operador de transporte multimodal (OTM), que lleva a cabo personalmente el transporte o, lo que es más frecuente, mediante intervención de pluralidad de porteadores bajo la forma de transporte con subtransporte o cumulativo. No obstante, la contenedorización no es una técnica exclusiva del transporte multimodal, ya que puede emplearse también en transportes unimodales, aun

como elementos ilustrativos del desarrollo de los transportes cuya existencia ha motivado no pocos debates²⁸.

No parece suscitar mucha controversia, pues, la importancia que en la actualidad tienen los intercambios comerciales a escala internacional ni el lugar de privilegio que el contrato de compraventa mercantil desempeña en todo este entramado. Ahora bien, sí que es cierto que los debates acerca de cómo regular y dar certeza jurídica a esta institución se han sucedido a lo largo de los años, con una frecuencia cada vez mayor y de los que ha surgido como consecuencia una notable actualización legislativa y jurisprudencial en lo que a la compraventa se refiere. Las necesidades de la economía moderna han motivado que junto a este contrato, en apariencia sencillo, hayan aparecido multitud de especialidades y figuras accesorias.

cuando son evidentes las ventajas que comporta el empleo del contenedor cuando se combinan algunas de estas modalidades, como ocurre en el transporte multimodal. Por otro lado, en el ámbito del empresario de transportes, el empleo del contenedor y, en conexión con ello, el desarrollo del transporte multimodal, determinó la aparición – junto a las tradicionales empresas especializadas en relación al medio en que desempeñan su actividad – de una nueva clase de empresarios “súper-especializados” en torno a la evolución de la figura del comisionista de transporte, los cuales asumen la obligación de transporte a través de diversos instrumentos propios y ajenos. Esta súper-especialización del empresario de transportes se conecta, además, con la aparición de nuevos vehículos que facilitan la continuidad del desplazamiento, especializándose algunos de ellos en el transporte de contenedores (buques canguro: sistemas *roll-on, roll-off, lift-on, lift-off*; uso de naves lash, buques portacontenedores single o multiport,...). Asimismo, más allá del ámbito del transporte, pero en conexión con éste, el empleo de la técnica de la contenedorización incidió en el régimen jurídico de la compraventa, particularmente acompañada de la apertura de un crédito documentario, permitiendo el cálculo del valor económico total de la operación, siendo relevante además en materia de transmisión de riesgos. Al respecto, véase PULGAR EZQUERRA, Juana, “Especialidades del transporte de mercancías en contenedores”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Gráficas Aguirre Campano, núm. 247, enero-marzo de 2003, Madrid, págs. 37,38 y 39.

²⁷ Lo que se conoce, en la actividad del transporte, como “container”, debe distinguirse de los meros contenedores, tales como los “pallets”, “jaulas”, etc., pues mientras estos últimos son simples elementos de unificación de cargas, sometidos a la estructura del medio de transporte, aquellos otros, los “containers”, someten el medio de transporte, para adaptarlo a sus características y alterar su función convencional. Es decir, mientras el contenedor se sometió a la infraestructura de los medios de transporte, el container exigió una mutación sustancial en la estructura de éstos últimos, dejándolos por sí mismos, incapaces de ejecutar un transporte de mercancías. Así las cosas, puede definirse el “container” diciendo que es un elemento de transporte y unidad de carga destinada al transporte de mercancías. En la definición de “container”, o simplemente contenedor, si preferimos llamarlo así, hay tres notas esenciales. En primer lugar, es un elemento de transporte, cuyas características técnicas vienen determinadas por aquella exigencia. En segundo lugar, es una unidad de carga, si bien hay que señalar que no toda unidad de carga es un “container”. Por último, el container está destinado al transporte de mercancías, con lo cual se precisan o delimitan las dos notas características anteriores, de tal modo que aquellas se encuentran referidas, teleológicamente, al transporte de mercancías, constituyendo un medio eficaz de transporte. Ver HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan, “*Contrato de transporte marítimo de mercancías*”, Litografía CEL.MAR, Valencia, 1984, págs. 28 y 29.

²⁸ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, “*Curso de Derecho Marítimo*”, 2ª Edición, ed. Thomson Civitas, 2005, pág 655.

Los Incoterms, al igual que otras normas que regulan el contrato de compraventa, deben prever la influencia del transporte de las mercancías y, por lo tanto, adecuarse a los cambios que puedan afectar a compradores y vendedores ... La introducción de la unitarización de la carga, base del transporte multimodal, revolucionó el transporte de mercancías provocando repercusiones tanto de carácter técnico como jurídico”, véase GORRIZ LOPEZ, Carlos, “La influencia del transporte multimodal en los Incoterms. Véase *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. X, 1990, págs. 409 a 426.

2.2 La regulación del contrato de compraventa

Si nos acercamos a la compraventa de mercancías desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, es patente que su importancia práctica ha tenido su reflejo en un notable desarrollo legislativo. La actualización de dichas normas ha buscado superar las limitaciones de nuestro Código de Comercio. Estas disposiciones, si bien aún vigentes, en ocasiones no dan una respuesta adecuada a la complejidad que los intercambios comerciales actuales, sobre todo a aquellos con un marcado carácter internacional.

El Código de Comercio dedica algunos preceptos a la compraventa mercantil. La delimitación de esta figura aparece en los artículos 325 y 326 y, si bien los criterios doctrinales no son coincidentes, podemos considerar mercantiles las compras de cosas muebles con la finalidad de lucrarse con la reventa y a las ventas realizadas por los empresarios cuando el comprador también lo sea y adquiera la cosa para su actividad económica²⁹. Las ventas realizadas a consumidores, al no encontrarse adecuadamente reguladas en el Código de Comercio, se han ido desarrollando mediante algunas disposiciones especiales, que tienen primacía sobre las del propio Código. Un buen ejemplo de ello sería la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios o la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, que regula las ventas realizadas fuera del establecimiento.

Estas disposiciones contenidas en el Código de Comercio que regulan las compraventas mercantiles han de considerarse, en principio, derecho dispositivo, por lo que es derogable por la voluntad de las partes. Teniendo en cuenta que las compraventas mercantiles son esencialmente concluidas entre empresarios, resulta muy conveniente que la autonomía de la voluntad pueda operar con gran amplitud, a tenor de la necesidad de éstos de adaptar el régimen del contrato a las distintas modalidades de compraventa³⁰.

La antigüedad de nuestro Código de Comercio, unida a la constante y veloz aparición de nuevas necesidades en la economía motivaron numerosos esfuerzos cuya finalidad era crear instrumentos jurídicos que dotasen de certeza la compraventa mercantil, cuya vocación se ha ido haciendo con el tiempo cada vez más internacional. Existe un consenso generalizado en la mayoría de países de nuestro entorno acerca de la necesidad de constituir un régimen jurídico que, mediante la uniformidad y la armonización, acabe con la incertidumbre que obstaculiza las relaciones de intercambio comercial³¹.

²⁹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *“Instituciones de Derecho Mercantil”* Vol. II, ed. McGraw Hill, Edición 27ª, Madrid, 2004, pág. 191.

VICENT CHULIÁ, Francisco, “Delimitación del concepto de compraventa mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XLVII, 1974, Madrid.

³⁰ SANCHEZ CALERO, Fernando, SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, op. cit., pág. 192.

³¹ GALGANO afirma que la ausencia de certeza se revela como un obstáculo en las relaciones económicas, cada vez más intensas, entre ciudadanos de diversos Estados; un obstáculo, sobre todo, para las empresas que actúan en los mercados internacionales y que adquieren las materias primas o colocan mercaderías en estados diversos con derechos dispares, en GALGANO, Francesco, “Il diritto uniforme: la vendita internazionale”, en Francesco GALGANO & Franco FERRARI (ed.), *“Atlante di Diritto Privato Comparato”*, Zanichelli. Bologna. 1999, 3ª edición, pág. 211.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, op. cit, pág. 27.

A pesar de que estos problemas se han paliado en parte gracias al derecho internacional privado, no puede decirse a día de hoy que este sector del ordenamiento aporte una solución ideal³². Esto se debe a que las partes implicadas en un contrato de compraventa, al enfrentarse a la diversidad y complejidad de las normas de conflicto y de los criterios de conexión utilizados, con demasiada frecuencia puede serles imposible o muy difícil prever con seguridad cuál será el sistema jurídico que se aplicará a su concreta relación contractual, además de la posible quiebra de la armonía contractual y el equilibrio de las obligaciones de las partes³³. Por otro lado, la solución que persigue este sistema, que es la aplicación de las normas de un ordenamiento jurídico nacional no deja de ser, asimismo, fuente de indeterminación, al ser las soluciones propugnadas por estos esencialmente dispares y centradas en la venta en plaza, que ciertos autores consideran residual en el tráfico internacional. Si existiera uniformidad en la regulación que del contrato de compraventa hacen los ordenamientos jurídicos nacionales, la diversidad de sistemas nacionales de normas de conflicto no produciría problemas relevantes, al menos desde un punto de vista práctico. A pesar de ello, los Derechos nacionales surgen fundamentalmente de la codificación decimonónica, que afirma la soberanía nacional. Ante esta situación, es lógico que las normas nacionales sean tan diferentes entre sí³⁴, una disparidad que a día de hoy los tratados internacionales y fenómenos como la integración europea sólo han conseguido atemperar.

Si bien es cierto que los ordenamientos nacionales no constituyen el instrumento más adecuado para regular instituciones como la compraventa internacional de mercancías, no

³² El enorme crecimiento del comercio internacional en el último siglo demostró la falta de preparación de los diversos sistemas jurídicos nacionales para resolver los peculiares problemas que planteaba el fenómeno económico más imponente de aquellos tiempos. En un primer momento, el instrumento técnico-jurídico a través del que se trató de superar el carácter nacional del Derecho mercantil fue el recurso a la norma de conflicto, pero dicho método se mostró netamente insuficiente para solucionar adecuadamente las dos exigencias fundamentales nacidas del comercio internacional: la fijación con antelación suficiente de las normas a las que han de conformarse las conductas de las partes y la determinación, con certidumbre y antelación necesarias, de la jurisdicción que las tendrá que aplicar. La respuesta a estas necesidades de seguridad jurídica se tradujo en la creación de un derecho uniforme del comercio internacional, dado que este método de la unificación se adecua mucho mejor a las necesidades del comercio internacional que el conflictual: satisface, cuanto menos, la exigencia del pleno conocimiento previo por las partes del alcance de las obligaciones contraídas, de los derechos adquiridos y del requerimiento solutorio. Respecto, por otra parte, de abundantes operaciones mercantiles el Derecho uniforme hace saber con anticipación la jurisdicción que lo ha de aplicar. Véase VAZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, “*Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión Jurisprudencial*”, ed. Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 35 y 36.

³³ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, op. cit., págs. 29 y 30.

MEMMO, Daniela, “Il contratto de vendita internazionale nel Diritto Uniforme”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1983, pág.180 y ss.

MEDINA DE LEMUS, Manuel “*La venta internacional de mercaderías*”, ed. Tecnos, Madrid, 1992, Introducción.

³⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, op cit., págs 30 y 31.

BONELL, Michael Joachim, “*Le Regole Oggettive del Comercio Internazionale. Clausole Tipiche e Condizioni Generali*”, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pág. 6.

BORYSEWICZ, Michel, “*Conventions et projets de convention sur la vente internationale de marchandises (Problèmes juridiques d’actualité) Colloque de la Fondation internationale pour l’enseignement du droit des affaires (Faculté de Droit d’Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980)*”, Economica, Paris, 1981, pág. 16.

G. SANTINI, “*El Comercio. Ensayo de Economía del Derecho*”, ed. Ariel, Barcelona, 1998, pág. 200.

puede decirse que no se haya intentado poner remedio a esta inadecuación³⁵. Ante las limitaciones del sistema conflictual, cobra fuerza la necesidad de una disciplina uniforme en lo que respecta a la compraventa internacional de mercancías³⁶. El principal fruto de estos esfuerzos es la Convención de la Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercancías, aprobada en Viena el 11 de abril de 1980 y a la que se adhirió España el 17

³⁵ En el ámbito de la contratación internacional suele darse el caso de que la aplicación de las disposiciones de un ordenamiento jurídico nacional resulte inadecuada, ya que éstas han sido concebidas para regular relaciones contractuales básicamente domésticas, quedando desnaturalizadas cuando se aplican a modernas transacciones comerciales en el marco de la economía global. En esta materia, se parte de la inexistencia de una ley de alcance universal, con efecto *erga omnes*, que regule el comercio internacional. Desde la organización de las Naciones Unidas, por medio de su Comisión de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), hasta el Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) con las Convenciones UNIDROIT sobre contratos internacionales de arrendamiento y de factoring, existen distintos acuerdos que constituyen un verdadero proceso unificador de la legislación comparada. Estas iniciativas plantean numerosas ventajas en las relaciones internacionales (ya sean comerciales, financieras o tecnológicas), en las que resulta indispensable utilizar eficientemente el contrato internacional, como factor de garantía y de seguridad jurídica. Con independencia del tipo de operación internacional de que se trate, resulta conveniente utilizar un documento de síntesis de los derechos y obligaciones del exportador y del importador. La existencia de este instrumento, sin mayor formalismo, de carácter particular, firmado por las partes como fruto de la previa negociación, contribuirá a documentar la operación y a garantizar el buen fin de la misma, y el normal cumplimiento de lo pactado por las partes contratantes. Al respecto, véase LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario (supervisor), op. cit. Pág. 344.

³⁶ En una primera aproximación, que un contrato tenga carácter internacional significa que en él confluyen elementos de diversos Estados, la cual cosa motiva la necesidad de acudir a las normas de conflicto que ofrece el Derecho internacional privado con el fin de fijar el régimen jurídico aplicable. Ahora bien, cuando la doctrina mercantil se refiere a los contratos internacionales suele fijar su atención en unas relaciones contractuales en las cuales la característica de insertarse en el tráfico internacional en el que actúan operadores profesionalizados y especializados de diversos países les confiere una especial complejidad, complejidad que ha alcanzado en los últimos tiempos sus más elevadas cotas, en la medida en que en la mayoría de países europeos y en América del Norte se ha impuesto plenamente la producción industrial en masa, que unida a los enormes progresos técnicos en el campo del transporte y de las comunicaciones ha determinado que la contratación internacional haya adquirido un ritmo y un volumen hasta entonces desconocido. Esta complejidad se manifiesta principalmente en el contrato de compraventa internacional de mercancías ya que éste es, al constituir el soporte que los diversos ordenamientos jurídicos proporcionan al intercambio de bienes, el instrumento jurídico más usual en el comercio, alrededor del cual giran el resto de los contratos mercantiles. En efecto, la completa operación internacional de intercambio, cuya base es el contrato de compraventa, suele englobar uno o varios contratos de transporte, dado que es preciso trasladar los bienes del establecimiento mercantil del vendedor al del comprador. También es necesario un contrato de seguro para cubrir los riesgos del transporte, contratos o relaciones con bancos para facilitar el pago del precio, contratos o relaciones con agentes para posibilitar la ejecución de la compraventa, cláusulas arbitrales para dirimir las controversias que pudieran acaecer, etc. Lo cierto es que para regular las múltiples cuestiones que suscita el contrato de compraventa internacional de mercaderías el exclusivo empleo del sistema conflictual del Derecho internacional privado es inadecuado. Así, la misma complejidad que ofrece la relación contractual se traduce en graves dificultades para determinar el régimen jurídico aplicable; la circunstancia de que los diversos elementos estructurales y dinámicos del contrato puedan estar sometidos a varios ordenamientos puede quebrar la armonía que debe presidir las obligaciones de las partes, y, sobre todo, los distintos ordenamientos nacionales, y en especial los continentales, que conforman el Derecho comparado y a los que se remite la norma de conflicto son insuficientes para regular la moderna contratación internacional, ya que contienen un ordenamiento jurídico de los singulares contratos especiales que adolece de una visión ya superada. Más aún, como señaló hace ya tiempo la doctrina más autorizada, en las codificaciones decimonónicas aparecen con gran frecuencia normas que no son más que <<reliquias de un pasado ya muerto>> a las que no debería prestar atención la contratación internacional. Véase ALCOVER GARAU, Guillermo, “*La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*”, ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 41 a 43.

de julio de 1990³⁷. Esta norma, conforme a lo establecido en el artículo 1.5 de nuestro Código Civil, ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico español³⁸.

El Convenio de Viena de 1980 fue fruto de una larga y cuidada elaboración. Este texto, si bien sólo se aplica a las compraventas de mercancías internacionales, puede servir incluso de modelo para futuras remodelaciones de las normas nacionales sobre compraventa. A pesar de ello, es conveniente recordar que este convenio no se aplica de manera indiscriminada a cualquier compraventa internacional, sino que existen ciertas condiciones, tiene un determinado ámbito de aplicación. El artículo primero de la Convención de Viena enumera y describe los requisitos que un contrato determinado debe reunir para ser considerado como internacional y, en consecuencia, estar sometido al régimen jurídico de la convención. La convención se aplica, según su artículo 1, a las compraventas realizadas entre empresarios que tengan su establecimiento en un Estado en el que esté vigente la convención, o bien cuando las normas de derecho internacional privado de uno de estos Estados que han suscrito la convención prevean la aplicación de la ley nacional. Para delimitar su campo de aplicación, la convención no toma en consideración la naturaleza mercantil o civil de la compraventa o la nacionalidad de los empresarios, sino el lugar en el que se encuentran establecidos³⁹. Sus normas no se aplicarán, según su artículo 2, a las ventas a los consumidores, las judiciales y las relativas a valores, buques y electricidad.

³⁷ Publicada en el BOE núm. 26, del 30 de enero de 1991. El depósito del Instrumento de Adhesión se realizó el 24 de julio de 1990.

³⁸ Una de las modalidades contractuales más utilizadas en la práctica del comercio internacional es el contrato de compraventa, el cual constituye un paradigma de contrato consensual. Una vez más, la ONU propició un marco jurídico de obligada referencia en línea con su labor unificadora de las relaciones contractuales en el ámbito del derecho comparado. Su respuesta en lo concerniente a los contratos de compraventa de mercaderías en el ámbito internacional la encontramos en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980. España se adhirió el 17 de julio de 1990, entrando en vigor el día 1 de agosto de 1991; desde ese momento, el Convenio de Viena de 1980 entró a formar parte del ordenamiento jurídico español. A todos los efectos, la normativa contenida en el Convenio puede considerarse derecho interno de los Estados que se hayan adherido al mismo, salvo las eventuales reservas que hubieran formulado en la adhesión, ratificación, aceptación o aprobación. Sus disposiciones son generadoras de derechos y obligaciones para las partes, que lo podrán invocar directamente, sin que sea necesario que el propio derecho estatal haya tenido que desarrollar su contenido normativo. Recuérdese, sin ir más lejos, la prioridad jerárquica de los tratados y convenios internacionales sobre la legislación interna de los estados. El Convenio se aplicará a aquellos contratos que tengan por objeto el intercambio de determinados bienes o mercaderías entre personas, con establecimientos en diversos Estados, existiendo una cierta contraprestación pecuniaria. Quedan fuera del Convenio las compraventas realizadas por los consumidores, las relacionadas con derechos intangibles como patentes, marcas, *know how*, subastas, licitaciones jurídicas y compraventas de empresas y la responsabilidad del vendedor por daños, entre otros ejemplos. En lo que respecta al ámbito material del Convenio, éste regula la formación del contrato de compraventa, así como las obligaciones y derechos de las partes. No se regulan la validez de los contratos ni los efectos sobre la propiedad de las mercaderías. Estos temas se regirán de conformidad con las reglas del sistema de derecho internacional privado, y con los usos y prácticas acordadas. Ver LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario (supervisor), op. cit., pág. 356.

³⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, afirma que el artículo 1 tiene por objeto determinar el ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1980: la compraventa internacional de mercaderías entre personas con establecimientos en diversos Estados contratantes. Los convenios internacionales con normas materiales aplicables a los supuestos de tráfico externo normalmente fijan su ámbito espacial, material y personal en su propio texto. Técnicamente, el artículo 1 no es otra cosa que una norma de conflicto unilateral que delimita el ámbito espacial y, en parte también el material, de aplicación de la Convención de Viena de 1980. Así se expresa en el Comentario al artículo 1 en “*La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*” (Luis DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN coord.), ed. Civitas, Madrid, 1998.

Por otra parte, el ámbito de aplicación material de la Convención de Viena de 1980 se encuentra matizado, en su artículo cuarto, al señalar que salvo disposición expresa en contra, no concierne a la validez del contrato, de sus estipulaciones o de usos, así como a los efectos del contrato sobre la propiedad. Lo primero hace referencia a las diversas hipótesis de infracción de la ley por el contrato. Lo segundo se deriva de la gran diversidad que presentan los ordenamientos nacionales en materia de transmisión de la propiedad, y que llevó a renunciar a la pretensión de una regulación uniforme al respecto.

El régimen que establece la convención para la compraventa es bastante completo, centrandó su atención en la formación del contrato y en los derechos y obligaciones de las partes. Este régimen se conforma, de manera general, por normas de carácter dispositivo, que pueden ser modificadas por la voluntad de las partes.

Como puede verse, la importancia del contrato de compraventa de mercancías ha motivado un notable desarrollo normativo al respecto que, a pesar de todo, no ha resuelto todos los problemas que esta institución puede plantear. El hecho de que nuestro Código de Comercio trate el tema mediante normas que en su mayor parte son dispositivas, cosa que también ocurre en la Convención de Viena de 1980, unido a que en este último texto hayan dejado de regularse ciertos temas tales como la validez del contrato o sus efectos sobre la propiedad puede llevarnos a plantear que en la regulación de la compraventa de mercancías se intenta respetar y potenciar la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Por otro lado, no deja de resultar llamativa la escasa aplicación que los tribunales españoles han hecho de la Convención de Viena, al menos si la comparamos con otros países de nuestro entorno como Alemania, Holanda o Bélgica, en los que, una vez superado el periodo de adaptación a la nueva norma, se ha registrado un progresivo aumento de la jurisprudencia en la que se aplica esta convención⁴⁰.

La compraventa de mercancías, sobre todo en su vertiente internacional, es una institución cuya complejidad difícilmente puede ser abarcada por una regulación nacional o internacional uniforme⁴¹. El hecho de la transmisión de propiedad en este tipo de contratos

⁴⁰ La CISG puede considerarse también un éxito desde el punto de vista práctico. Actualmente conocemos más de ochocientas decisiones, tanto arbitrales como judiciales que han aplicado o invocado alguna disposición del Convenio de 1980. Una vez superados los primeros años de adaptación y estudio de la nueva normativa, el número de decisiones ha ido aumentando progresivamente e involucrando cada vez a más Estados, construyéndose de esa forma una aplicación verdaderamente internacional de la Convención. Sin embargo, la distribución de dichas decisiones muestra evidentes desequilibrios. Teniendo en cuenta el volumen de intercambios comerciales de nuestro país, puede afirmarse que la situación en que se encuentra la aplicación de la Convención por los jueces y tribunales nacionales es muy similar a la de Estados Unidos o Italia. Efectivamente, el bagaje es considerablemente pobre. Desde luego, resulta evidente que el estado de aplicación jurisprudencial del Convenio en nuestro país deja mucho que desear, al menos si lo comparamos con países como Alemania, Holanda o Bélgica, tal y como expresa OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, op. cit. págs. 44 y ss.

DEL LUCA, Louis F. y DEL LUCA, Patrick, "Practice Under the Convention on International Sale Goods (CISG): a Primer for Attorneys and International Traders (Part I)", *Uniform Commercial Code Journal*, 1995, pág. 332.

⁴¹ En el comercio internacional aparecen frecuentemente dificultades en aspectos tan importantes como el determinar cuándo deben entenderse cumplidas las respectivas obligaciones de las partes contratantes, quien debe cubrir determinados gastos que la venta haya podido originar, cómo puede realizarse el reconocimiento de mercaderías o quién y durante cuánto tiempo debe responder de vicios o defectos de las mismas. La

puede verse afectado o condicionado por multitud de elementos tales como la diversidad de cosas que pueden ser objeto de compraventa o el medio de transporte utilizado. Y de entre todas las especialidades posibles, la especialidad marítima es una de las más importantes⁴².

El Derecho marítimo, entendido como el conjunto de las relaciones jurídicas que nacen y se desarrollan con el mar, constituye una amplia disciplina y abarca todos los aspectos jurídicos públicos y privados, nacionales e internacionales, referidos al mar y a lo marítimo⁴³. El derecho del mar se encuentra aquí entendido de manera amplia y, aún en la actualidad, se encuentra sujeto a una continua evolución⁴⁴. El hecho de que una figura

disparidad legislativa existente en el entorno internacional ha sido siempre motivo de preocupación en todos los países y organismos internacionales, apreciándose desde hace tiempo una clara tendencia unificadora de la legislación aplicable al contrato de compraventa internacional en particular, y a los contratos en general. Intentos relevantes fueron la LUCI o Ley Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, y la LUFICI o Ley Uniforme relativa a la formación de contratos de compraventas internacionales de mercaderías, aprobadas en una Conferencia Diplomática celebrada en La Haya del 2 al 25 de abril de 1964. Estas leyes no entraron en vigor al no ratificarse por un número suficiente de países. El escaso éxito suscitado por las Convenciones de La Haya estimuló a que la Asamblea General de las Naciones Unidas auspiciara la creación de un organismo con representación mundial que promoviese la armonización y unificación del derecho del comercio internacional (UNCITRAL). Esta Comisión finalizó en 1978 un Proyecto de Convención, que fue aprobado por en la Conferencia Diplomática celebrada en Viena el 11 de abril de 1980, convirtiéndose así en el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. A pesar del éxito alcanzado con la promulgación del Convenio de Viena, todavía sería prematuro afirmar que el contrato de compraventa internacional tiene una legislación única uniformemente aceptada, y de ahí que la regulación del contrato deba completarse con un conjunto normativo peculiar del mundo de los negocios internacionales, la LEX MERCATORIA, que viene a significar un derecho uniforme vivo que se desenvuelve en los medios profesionales del tráfico mercantil internacional y que tiende a desconectarse de todo ordenamiento jurídico nacional. Al respecto, véase CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel, op. cit., págs. 38 y 39.

⁴² Existen exigencias y condicionantes de orden económico, técnico y jurídico que determinan la necesidad y la especialidad del derecho marítimo, como afirma HERNÁNDEZ IZAL, S. “*Derecho Marítimo*”, t. II, vol. 1º, ed. LIBRERA BOSCH, Barcelona, 1988.

⁴³ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio “*Compendio de Derecho Marítimo*”, ed. Tecnos, España, 2002, Prólogo. GABALDÓN GARCÍA, José Luis y RUIZ SOROA, José María, “*Manual de Derecho de la Navegación Marítima*”, 2ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid 2002, págs. 12 y ss.

⁴⁴ SOBRINO HEREDIA, José Manuel, en la conferencia de apertura de las XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, realizadas en A Coruña, del 22-24 de septiembre de 2005 expresaba al respecto que el régimen jurídico de los mares y océanos había pasado, a lo largo de su historia, por una serie de etapas. El derecho del mar clásico se forjó en torno a una serie de principios e instituciones tales como la libertad de navegación, la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, el control soberano de una estrecha zona de agua adyacente a las costas y la libertad de uso de los mares y océanos en las aguas restantes, las cuales pasaron a disfrutar de un amplio reconocimiento jurídico, mientras que el mar y sus recursos se encontraban en buena medida abiertos a todos aquellos que pudieran usarlos. Este escenario marítimo fue objeto de una profunda transformación después de la Segunda Guerra Mundial, la creación de las Naciones Unidas y el proceso de descolonización. Se produjeron nuevas reivindicaciones, fruto de una serie de factores de orden tecnológico, de seguridad y de acceso a los recursos naturales que impulsaron nuevas tendencias jurídicas, que se plasmaron en convenciones y acuerdos internacionales. En este proceso destacaron la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y lo que fue su fruto, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, pieza central de un importante esfuerzo de codificación y desarrollo progresivo del Derecho del mar, cuya aceptación universal y vocación omnicompreensiva ha dotado a este derecho de unidad y coherencia, además de un notable grado de institucionalización. A pesar de ello, el autor considera que el Derecho del mar no se encuentra completo y cerrado, puesto que la propia dinámica de las relaciones marítimas internacionales provocó que algunas instituciones y mecanismos previstos en la Convención se cuestionaran en la práctica y que esta práctica produjera nuevas situaciones que entonces no fueron presentadas o, sólo, parcialmente reguladas. Así pues, los

jurídica esté relacionada con el mar condiciona el desarrollo de la misma de forma importante. El contrato de compraventa, y especialmente la compraventa internacional, no es ajeno a esta situación. Cuando en este tipo de negocios se da la particularidad del transporte marítimo, este hecho motiva que el régimen del contrato se vea sustancialmente diferenciado de lo que sería una venta de mercancías ordinaria. El transporte marítimo, por su singularidad, tiene unas necesidades jurídicas especiales cuya satisfacción requiere de normas adaptadas a esta especialidad.

La venta marítima, como especialidad del contrato de compraventa mercantil, es fruto de estas necesidades. La particularidad del transporte marítimo de la que hace gala este contrato repercute significativamente en el régimen de derechos y obligaciones de las partes, sobre todo en la obligación de entrega, en la transmisión de los riesgos por pérdida y avería y en la distribución de los costes generados por las mercancías. Además, la necesaria emisión de un título representativo de las mercancías, que en este ámbito se denomina conocimiento de embarque, plantea también no pocas cuestiones⁴⁵.

Las ventas marítimas carecen de regulación legal específica. Ni la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa de mercancías de 11 de abril de 1980 ni el Código de Comercio español disciplinan específicamente esta modalidad contractual. La ausencia de una regulación detallada y el carácter general, abstracto y dispositivo de gran parte de la normativa sobre el contrato de compraventa internacional explica que se haya extendido ciertos usos y prácticas especiales sobre las ventas marítimas, a los que, por otro lado, el artículo 9 de la Convención de Viena reconoce cierta fuerza normativa.

Entre las prácticas trascendentes para las ventas marítimas pueden destacarse los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional. La expresión “Incoterms” es una abreviatura de las palabras inglesas términos (*terms*) comerciales (*commercial*) internacionales (*international*). Estas prácticas, por su claridad, eficacia y difusión en el ámbito internacional gozan en la actualidad de gran aceptación⁴⁶. Se trata de reglas uniformes para la interpretación de los términos más usuales en las ventas de plaza a plaza y su utilización es frecuente en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, y su utilización en el ámbito internacional se encuentra permitido por la Convención de Viena de 11 de abril de 1980⁴⁷.

mares y océanos aparecen como un escenario jurídico que permanece abierto, en un contexto marcado actualmente por la mundialización de las relaciones internacionales, la globalización de la economía y una fundamental modificación de los equilibrios de fuerza en la Sociedad internacional, en SOBRINO HEREDIA, José Manuel (Coord.), *“Mares y Océanos en un Mundo en Cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores. XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, A Coruña, 22-24 de septiembre de 2005”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 23 y 24.

⁴⁵Véase para más información RECALDE CASTELLS, Andrés, *“El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte”*, ed. Civitas, Madrid, 1992.

⁴⁶ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, *“Curso de Derecho Marítimo”*, 2ª Edición, ed. Thomson Civitas, 2005, pág. 657.

⁴⁷ Véase como ejemplo lo establecido por el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de enero de 2003: “La sentencia de primera instancia resuelve con una argumentación precisa, clara y terminante la controversia, considerando que de las pruebas practicadas se esta en presencia de un contrato de compraventa internacional de mercancías concertado entre la actora, como

Los Incoterms se crearon en 1936, y desde entonces han sufrido varias modificaciones, y hasta hace poco la que estaba en vigor era la del año 2000. Esta versión de los Incoterms buscaba adecuarlos a la evolución del tráfico económico, aclarar y facilitar su uso, así como conseguir la mayor difusión posible⁴⁸. Contenía trece términos, seis de los cuales eran exclusivamente marítimos. Estos seis términos eran “Franco al Costado del Buque” (*Free Alongside Ship* o FAS), “Franco a Bordo” (Free On Board o FOB), “Coste y Flete” (*Cost and Freight* o CFR), “Coste, Seguro y Flete” (*Cost, Insurance and Freight* o CIF), “Entregadas Sobre Buque” (*Delivery Ex Ship* o DES) y “Entregadas en Muelle” (*Delivery Ex Quay* o DEQ). Los siete términos restantes podían emplearse con cualquier modo de transporte, incluido el marítimo.

Sin embargo, en fechas relativamente recientes ha entrado en vigor la nueva versión de los Incoterms 2010 (concretamente, el 1 de enero de 2011). En esta nueva revisión del 2010 se reduce el número de términos. De ahora en adelante habrá 11 en total, dado que los antiguos DES, DEQ, DDU, y DAF se subsumen en los nuevos DAT y DAP. Otro cambio importante, y que será objeto de especial atención en este estudio, es que el concepto de la transmisión de los riesgos en los términos C y F, el paso de la regla de la cubierta del buque, se ha cambiado por el de la colocación de la mercancía a bordo del buque. Como ya ocurría con las anteriores versiones, los Incoterms se incorporan al contrato por voluntad de las partes.

2.3. La oportunidad de su estudio

Sin duda, a día de hoy existe una enorme cantidad de estudios acerca de las características del contrato de compraventa cuya calidad es incuestionable. No resulta sencillo encontrar

vendedora, y la entidad SIN FIN USA CORPORATION, como compradora, en la modalidad "Ex WORKS CHARGÜES" en la definición de tal forma de contratación por los INCOTERMS (International Commercial Terms) de 1990, definidos de conformidad con los usos que han sido recogidos por la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional, realizada en Viena el 11 de abril de 1980, (ratificada por España el 17.7.1990). La característica de este tipo de contratación es que la mercancía es entregada al comprador por el exportador en los locales de éste, por lo que a partir de la entrega en fábrica decae toda responsabilidad del vendedor en los riesgos, puesto que el comprador hace suya por entero la mercancía adquirida, a diferencia de los otros tipos de transporte internacional de mercaderías reconocidos por las referidas INCOTERMS, tal como se especifica en la resolución que se impugna de forma exhaustiva, que evita su reiteración por esta Sala, como los FCA (franco transportista), FAS (franco costado del buque), CFR (coste y flete), CIF (coste, seguro y flete), CPT (transporte pagado hasta el lugar de destino), CIP (transporte y seguro pagado en lugar de destino), DAF (entregado en frontera), DES (entrega sobre buque en puerto de destino), DEQ (entrega sobre muelle en puerto de destino), DDU (entrega con los derechos de aduana no pagados) y DDP (entrega con los derechos de aduana pagados), en cuyas modalidades, en mayor o menor medida, la entrega eficaz de la mercancía se demora según la tipología referida, a un momento posterior y, en consecuencia, tanto los riesgos, como los costes del transporte y la contratación del transportista que, según los usos, tendrá o no la condición de cargador, se distribuyen de forma diferente”.

⁴⁸ Más precisamente, los Incoterms 2000 se caracterizan sobre todo por la voluntad de mejorar la redacción y el contenido de los términos, subsanando incertidumbres y dudas interpretativas que la versión de 1990 no supo disipar. Por este motivo intentó recabar la mayor información posible sobre cuáles eran las dificultades que la utilización de los incoterms generaba, y se plasmó esa información en los borradores que condujeron a la versión final de los incoterms 2000. Ver GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “Los Incoterms 2000”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XVII, 2000, pág. 246.

aspectos de esta figura jurídica que no hayan sido ya tratados en multitud de ocasiones. Por eso, creo que el poder acercarse a una institución como la modalidad FOB, cuya importancia es ciertamente relevante y sobre la que a día de hoy no existen trabajos monográficos íntegramente consagrados, constituye una buena oportunidad de aportar un estudio útil y práctico sobre un tema de plena actualidad.

El derecho marítimo, como se verá, tiene una vocación claramente internacional. Los problemas comunes necesitan de soluciones uniformes y es ya antigua la reivindicación de que la soberanía legislativa de los estados de paso a una regulación supranacional. Esta tan deseada unificación, que en cierta medida también se ha dado en el sector de la navegación aérea, se ha realizado de varias maneras. Ya sea mediante la aprobación de convenios internacionales, la actividad de los organismos internacionales (en ocasiones creados *ad hoc* para impulsar dicha unificación) o mediante los formularios de aceptación universal redactados por los propios particulares, asociaciones privadas de navieros, fletadores, cargadores y aseguradores, lo cierto es que se han superado muchas de las antiguas trabas que la disparidad de ordenamientos planteaban, sin que ello quiera decir que ya no queden temas dignos de revisión.

Todas estas normas, a pesar de su diversa procedencia, coinciden en sus objetivos. Por un lado, se intenta encontrar los elementos comunes a toda relación con la intención de superar las peculiaridades de cada ordenamiento. Aunque es necesario precisar que resulta muy difícil alcanzar plenamente un objetivo tan ambicioso. De ahí que en los instrumentos internacionales se opte por regular aspectos puntuales de determinadas instituciones, pero sin agotar la materia. Esto es lo que pasó en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sin ir más lejos. Por otro lado, también se trata de ofrecer una solución de fondo sobre el asunto. A pesar de que tradicionalmente este empeño se limitaba a las situaciones internacionales o dotadas de un elemento extranjero, en la actualidad se aboga por ir un paso más allá, pretendiendo la uniformidad universal, adoptando leyes nacionales e internacionales uniformes⁴⁹.

A pesar de la pretensión de que el Derecho marítimo sea cada día más internacional y uniforme, lo cierto es que en muchas ocasiones esa necesidad de unificación internacional no va acompañada de instrumentos jurídicos adecuados. Por este motivo resulta necesario y oportuno el estudio de las instituciones jurídicas que sí cumplen este objetivo, como es el caso de las ventas marítimas. A pesar de que no existe un convenio internacional que las regule de manera exhaustiva, los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional de París pueden ayudar a resolver muchas de las cuestiones que este contrato plantea. En efecto, conocer la posición jurídica más conveniente para el comprador o el vendedor, importador o exportador, transportista o cargador, asegurado o asegurador, financiado o financiador, resulta fundamental para el correcto desarrollo del comercio internacional.

Dada su importancia, he considerado acertado centrar mi estudio en la modalidad marítima FOB (*Free On Board*). Puesto que el tráfico marítimo que se registra en España en la actualidad es de una gran magnitud y la modalidad FOB se emplea con gran frecuencia en

⁴⁹ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, “*Compendio de Derecho Marítimo*”, ed. Tecnos, España, 2002, págs. 23 y 24.

ese tráfico, me parece que su estudio puede llevarnos a entender mejor la problemática en torno a cuestiones tan fundamentales como la obligación de entrega, la transmisión del riesgo y de los costes, la imputación de la obligación de realizar determinados trámites aduaneros o la contratación del transporte y del seguro, la cual cosa justifica la oportunidad de su estudio.

SECCIÓN II: FUENTES LEGALES APLICABLES

CAPÍTULO 3.

EL Código de Comercio

3.1. Concepto de compraventa: interrelación entre los Códigos Civil y de Comercio

La compraventa, debido a su importancia como uno de los principales instrumentos jurídicos que articulan los intercambios de bienes, ha gozado de un amplio desarrollo legislativo, como muestra el hecho de que esta institución se encuentre regulada tanto en el Código Civil como en el de Comercio. A pesar de todo, ese desarrollo no siempre ha ido acompañado de la necesaria claridad. El régimen que establece nuestro Código de Comercio puede considerarse un buen ejemplo de esa imprecisión. Siguiendo la orientación general en materia de obligaciones y contratos, el Código de Comercio no define estrictamente la compraventa, sino que se limita a señalar las características que diferencian la compraventa mercantil respecto de la civil. Lo que hace el Código de Comercio es recoger las especialidades mercantiles de los contratos que regula. De este modo, al estudiar este contrato, se hace necesario partir del concepto de compraventa establecido por el Código Civil.

Según el artículo 1445 del Código Civil, por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente. Se trata de un contrato sinalagmático en virtud del cual una parte se obliga a entregar a otra la propiedad de una cosa y esta última a pagar un precio por ella⁵⁰. Se distingue así de la cesión de un crédito (artículos 1526 y siguientes) y de la permuta de cosa por cosa (artículos 1538 y siguientes). Aunque la entrega tiene por finalidad última la transmisión de la propiedad⁵¹, es posible y lícita la venta de cosa ajena

⁵⁰ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, “*Contratación Mercantil*”, Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 46 y ss.

⁵¹ NAVARRO PÉREZ afirma que en todo contrato de compraventa cabe distinguir dos actos distintos pero relacionados entre sí, que son la perfección y la consumación. El primero existe desde que comprador y vendedor convienen en el precio y en la cosa, mientras que el segundo ocurre cuando se han entregado recíprocamente el uno y la otra (véase como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1885). La naturaleza del contrato de compraventa es precisamente la transferencia de la propiedad, aunque sea necesaria la entrega de la cosa (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1928). No deben confundirse la entrega de la cosa con la transmisión del dominio (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1952). El contrato de compraventa se perfecciona con la coincidencia del acuerdo de voluntades de entregar o transferir una cosa por una parte, y por otra la obligación de entregar un precio cierto en la forma pactada, momento desde el cual es obligatorio para ambos (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1987). La jurisprudencia ha reiterado que la compraventa se configura como un contrato consensual, del que surge la obligación de entregar la cosa vendida y de pagar el precio estipulado, aunque debiendo distinguirse el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o *ficta* de la cosa, mediante la cual se transmite el dominio de lo que se ha comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que, cuando la compraventa no va seguida de la tradición, no puede considerarse propietario al comprador en tanto esa tradición no tenga lugar (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1980, 7 de abril de 1981, 27 de abril de 1983 y 6 de febrero de 1990), en NAVARRO PÉREZ, José Luis, “*La*

(salvo que el vendedor haya prometido expresamente que es de su propiedad)⁵² y, en caso de surgir reclamaciones de terceros (evicción) el vendedor está obligado a mantener en el uso pacífico de la cosa y tendrá que indemnizar al comprador si este es vencido⁵³.

Así pues, y sin perjuicio de tratar este tema con más amplitud en capítulos posteriores, cuando tratemos las obligaciones de las partes en los contratos de compraventa, podemos decir que la finalidad de este tipo de contratos es la transmisión del derecho de dominio⁵⁴ sobre una cosa por parte del vendedor a cambio de un precio que de cuyo pago se ocupa el comprador. A pesar de que nuestros códigos no sean muy claros al respecto, la jurisprudencia coincide en señalar el contrasentido de una compraventa sin transmisión de la propiedad⁵⁵.

Compraventa Civil. Antecedentes, Comentario Doctrinal, Jurisprudencia y Formularios”, Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 204.

⁵² VICENT CHULIÁ, Francisco, “*Introducción al Derecho Mercantil*”, 15ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 754.

⁵³ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2000, R. 3376.

⁵⁴ Al respecto, resultan interesantes las observaciones de PÉREZ SERRANO acerca de la doctrina del Tribunal Supremo, de la que se infiere que: a) nuestra jurisprudencia acepta decidida y abiertamente la tesis de que en el sistema del Código el vendedor se obliga a transferir el dominio de la cosa; b) que, precisamente por la impropiedad de la expresión del artículo 1445, se hace preciso dar mayor holgura y flexibilidad al sentido literal de su texto, entendiendo que es obligación del vendedor transmitir la propiedad de la cosa vendida, como inherente a la naturaleza del contrato de compraventa; c) que la obligación no es absoluta en cuanto a la garantía de una titularidad perfecta con ausencia de toda clase de vicios jurídicos, pero sí exige el mínimo preciso para que el contenido normal del derecho de dominio pueda pasar al comprador; d) que existen obligaciones auxiliares complementarias sin las cuales quedaría frustrada la finalidad de los contratos traslativos, así como sus efectos registrales; e) que la obligación de transferir el dominio puede ser alterada por pacto expreso que suspenda su efectividad en tanto no se cumpla determinada condición (*pactum reservati domini*); f) que tampoco es obstáculo para que ante una contingencia prevista por las partes, y que pueda estar basada en una titularidad imperfecta, quede sin efectividad la obligación de transmitir el dominio, por cumplirse la circunstancia temida, de ambas partes conocida de antemano, en PÉREZ SERRANO, Nicolás, “*Dictámenes*”, Madrid, 1965, tomo I, pág. 88.

⁵⁵ Existen varias sentencias del Tribunal Supremo que confirman esta postura. Así, la sentencia de 26 de junio de 1924 dice que “la compraventa es un contrato consensual, bilateral y oneroso, por el que una persona *se obliga a transferir a otra el dominio de una cosa* mediante la obligación, que es recíproca, de entregar ésta a aquella la cantidad estipulada con el carácter de precio, y siendo de tal naturaleza el que convinieron los litigantes cuando se extendió el documento privado en que el recurrente, diciendo ser dueño y poseedor de unas acciones, obtuvo del recurrido el compromiso de que había de adquirir y colocar todas las acciones expresadas... y faltaron los elementos reales, porque respecto a la existencia de la cosa, era de ajena pertenencia la que sin derecho ofreció el vendedor, y por su naturaleza de conmutativo que tenía el pacto convenido, en que no se hizo intervenir riesgo ni incertidumbre respecto a la cosa vendida, sin que el vendedor cumpliera la obligación de entregarla, no podía nacer la primordial obligación del comprador de pagar el precio”. La sentencia de 4 de junio de 1928 dice que “el art. 1445 del Código Civil dice, con alguna impropiedad, que el vendedor se obliga a entregar la cosa, y no que se transfiere el dominio, cuando *la naturaleza del contrato es precisamente la transferencia de la propiedad, aunque sea necesaria la entrega de la cosa*”. Sentencia de 8 de marzo de 1929: “El error que recae sobre lo que es base, materia y motivo del contrato es suficiente para invalidarlo, cual ocurre en la compraventa, con la adquisición de la cosa ofrecida por el vendedor, y con la *obligación de transferir el dominio* de la misma al comprador, y para éste, con el propósito de adquirirla mediante precio cierto. Que es notoriamente vicioso, por error en el consentimiento, el contrato de compraventa realizado por un representante legal cuando la cosa vendida ya no pertenecía a su representado y el comprador ignoraba esta circunstancia”. Sentencia de 27 de mayo de 1959: “Del estudio concordado del contenido de los arts. 1445, 1461, 1462 y 348 del Código Civil, se desprende que el contrato de compraventa se caracteriza por la transmisión que por él se hace del dominio de una cosa, que está integrada por el derecho de gozar y disponer de ella sin más limitación que las establecidas en las leyes. (...)”

El Código de Comercio se aplica con preferencia al Código Civil en las compraventas mercantiles, cumpliendo la regulación del Código Civil una función supletoria e integradora. Para determinar la aplicación de uno u otro resulta fundamental establecer cuándo una compraventa es o no mercantil.

El artículo 325 del Código de Comercio estipula que “será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma en que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa”⁵⁶. El elemento teleológico, la reventa con el propósito de lucrarse en ella resulta fundamental para diferenciar entre compraventa civil y mercantil⁵⁷. De este modo, de entre los dos criterios básicos de acotamiento de la mercantilidad, el de la compra profesional realizada por empresarios en el ejercicio de su actividad empresarial y el de la compra especulativa⁵⁸, nuestro Código de Comercio

Es evidente que tales prohibiciones (las de ciertas instalaciones, reserva de la facultad de inspección, vedar determinadas utilidades a quien no sea el comprador, etc.) pugnan abiertamente con los derechos de gozar y de disponer que constituyen el dominio, y como consecuencia lógica con el *concepto y esencia del contrato de compraventa que está integrado por la transmisión de ese dominio y posesión del objeto de la transmisión*”.

⁵⁶ Véase el fundamento de derecho segundo de la sentencia núm. 75/2000 de 2 de febrero de la Audiencia Provincial de Málaga, en el que se dice “(...) nos encontramos en presencia de una compraventa civil en la que fueron vendidos unos géneros por mercader -comerciante- a otro que no lo es, por cuanto que la determinación del carácter civil o mercantil del contrato de compraventa -derivando de ello el plazo de prescripción aplicable-, sabido es que no se atiende para ello al sistema subjetivo previsto en el artículo 325 del Código de Comercio, en el cual es mercantil toda venta que sea acto de comercio para el vendedor o para el comprador, o para ambos, y que tenga por objeto mercaderías o títulos valores, sino por el sistema objetivo, en el que se prescinde de la persona del sujeto contratante, para atender sólo a su intención de tal manera que se sustituye el concepto de compra profesional por el concepto de compra de especulación -TS 1ª S. de 20 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5617)- o, lo que es lo mismo, el concepto de compraventa mercantil no descansa sobre la profesionalidad de los intervinientes en el contrato, sino que el destino -reventa- de lo comprado y el ánimo de lucro es lo decisivo a la hora de la naturaleza mercantil de la compraventa, de suerte que es la intención la que se toma en cuenta y no la profesión del que compra o vende o de ambos, la cual «de lege data» es irrelevante -TS 1ª S. de 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7869)-, doctrina que aplicada sobre el caso que nos ocupa ofrece como resultado inexorable el poder considerar, sin género de duda, que nos encontramos en presencia de una compraventa civil al no existir en el demandado ningún propósito de reventa de las mercaderías adquiridas en su día”

⁵⁷ GARCÍA GIL, Francisco Javier, “*Los contratos mercantiles y su jurisprudencia*”, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 1999, cap. III, comentario del contrato de compraventa, pág. 101.

⁵⁸ Resulta interesante lo establecido por sentencia núm. 166/2004 de 8 de marzo de la Audiencia Provincial de Cantabria, en la que se hace hincapié en la necesidad de la reventa con finalidad lucrativa: “El problema sobre la naturaleza civil o mercantil de las compras para uso o consumo industrial no ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial ni doctrinal unánime y no halla una respuesta legal clara, lo que ha dado lugar a una indeseable inseguridad jurídica en el ámbito del tráfico económico. Existen resoluciones que amplían el ámbito del contrato mercantil a aquella compraventa al fin empresarial de producción, transformación e inversión productiva; así, las STS 3-5-1985 (RJ 1985, 2257) , entre otras sentencias del mismo, seguida por la SAP Madrid 24-2-1992 (AC 1992, 325) , SAP Salamanca 30-7-2002 (JUR 2002, 237971) (...) Frente a ello, se ha intentado ofrecer una delimitación que, aunque no esté plenamente consolidada, sí constituye una regla general respetada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo: sería mercantil el contrato de compraventa para uso o consumo industrial cuando la finalidad de la cosa es su transformación mediante la actividad industrial y venta del producto definitivo mientras que se niega tal carácter cuando el bien objeto de la compraventa es para uso o consumo empresarial sin transformación de la cosa ni posterior reventa, sino que el bien sirve al funcionamiento y desarrollo de la industria, calificándose en este supuesto como civil. Así se explica que se haya señalado como civil la adquisición de un horno y accesorios para destinarlos a una industria de panadería (STS 12-12-1983 [RJ 1983, 6929]) o de maquinaria para molturación de aceituna y

establece como dato relevante para la distinción la función mediadora y la finalidad lucrativa que cumplen las compraventas mercantiles frente a las civiles, efectuadas para consumo propio y sin ánimo de especular con la reventa⁵⁹.

Un segundo elemento que resulta necesario para establecer la mercantilidad de la compraventa es que ésta recaiga sobre bienes muebles⁶⁰. Así se expresa el artículo 325 del Código de Comercio. Sin embargo, la obligatoriedad del carácter mobiliario de la compraventa mercantil no parece ser absoluta⁶¹. De hecho, la Exposición de motivos del

extracción de aceite (STS 7-6-1969) mientras que es mercantil la compra de parquet para su colocación e incorporación a las viviendas (SSTS 12-3-1982 [RJ 1982, 1372] , 6-3-1985 [RJ 1985, 1108]) o de tejido sintético para fabricar prendas de vestir (STS 19-12-1984 [RJ 1984, 6134]) (...) Acorde con ello, esta Sala se inclina por la consideración como civil del contrato objeto de la presente litis, adquisición de diversos objetos (que van desde un lavavajillas o una cafetera hasta mobiliario variado: armario, mesa modular, bajamostrador,...) destinados a ser instalados en el negocio de hostelería propiedad del demandado, en cuanto la compra no tiene como objeto la reventa con finalidad lucrativa bien en la misma forma adquirida bien en otra diferente (criterio del artículo 325 CCom), no tratándose de una compra especulativa.”

⁵⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, op. cit. págs 46 y ss.

Véase también la STS de 21 de diciembre de 1981, en la que se afirma “El Código de Comercio califica la compraventa como mercantil no por el sistema subjetivo, en el cual es mercantil toda venta que sea acto de comercio para el vendedor o el comprador, o para ambos, y que tenga por objeto mercaderías o títulos valores, sino por el sistema objetivo, en que se prescinde de la profesión del sujeto contratante para atender sólo a su intención, de tal manera que se sustituye el concepto de compra profesional por el concepto de compra de especulación; de modo que la compraventa mercantil descansa no sobre la venta misma, sino sobre la venta de lo comprado, manteniendo al respecto el concepto económico como instrumento jurídico de mediación entre los que producen y los que consumen, con dominio en consecuencia de la finalidad mediadora, que se exterioriza en la reventa de la cosa mueble comprada, de tal modo que la intención pasa a ser lo esencial, mientras que la profesión del que compra o del que vende pasa a ser elemento secundario e irrelevante, desdoblándose dicho elemento intencional en dos propósitos por parte del que compra, cual es el de reventa y el propósito de lucrarse en la reventa . Para que la compraventa sea mercantil ha de hacerse para revender, o lo que es igual no para que el comprador satisfaga sus propias necesidades de consumo, sino para ser sólo un mediador (comerciante) entre el productor - persona a quien compra – y el consumidor – persona a quien revende.

⁶⁰ Véase el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona num. 370/2004 de 14 de julio, que dice: “Cabe pronunciarse a continuación sobre la mercantilidad de las compraventas de bienes inmuebles. Ciertamente en nuestro ordenamiento jurídico existe una doble regulación legal, por cuanto el contrato privado de compraventa se halla regulado no solo en el Código Civil sino también en el Código de Comercio. Este último texto legal, si bien no da una expresa definición del contrato de compraventa, determina las características o presupuestos para su carácter mercantil, disponiendo el art. 325 C.COM: " Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa" . Si bien el elemento objetivo recae generalmente sobre las cosas muebles, no quedan excluidos los inmuebles porque el art. 325 no los mencione, pues para ello sería necesario que el propio Código estableciese expresamente que no era mercantil dicha compraventa, cosa que no hace. En consecuencia la compraventa de bienes inmuebles puede tener naturaleza mercantil siempre que se den los requisitos de reventa y ánimo de lucro.”

⁶¹ En cuanto al elemento objetivo consistente en el carácter mobiliario de la venta mercantil, el cual se exige de manera clara en el art. 325 del Código de Comercio, y que podría servir por sí solo, si no para determinar con precisión la mercantilidad de la venta en razón del objeto, sí para excluir todas las compraventas de inmuebles, también ha sido cuestionado por cierto sector de la doctrina mercantilista. Ciertamente, la intensidad del tráfico mercantil moderno y, sobre todo, la enorme variedad de los bienes sobre los que pueden realizarse actividades negociales con ánimo de transmisión y lucro, hacen posiblemente no carente de fundamento la posición de los mercantilistas que la preconizan. Las vacilaciones son grandes en orden a la calificación de mercantil de la compraventa de cosas inmuebles, que no menciona el art. 325, que establece las cosas muebles como objeto de la venta mercantil. El problema se ha agudizado en la práctica jurídica

propio Código se refiere a la posibilidad de que los inmuebles sean materia de una actividad mercantil⁶². Es cierto que la especulación profesional sobre edificios o solares constituye una actividad empresarial frecuente⁶³. Además, el artículo 326 del Código de Comercio no incluye la excepción expresa de los bienes inmuebles. Ejemplos de casos en los que cabría considerar mercantil la compraventa de inmuebles serían las ventas de establecimientos mercantiles y las de bienes raíces realizadas por inmobiliarias⁶⁴. A pesar

actual. Dada la importancia adquirida hoy por el tráfico de inmuebles, tanto si se realiza por particulares <<comerciantes o no>>, o por empresas dedicadas precisamente a la compra de terrenos para urbanizarlos y revenderlos en lotes o después de edificar, BORRELL estima que <<aunque el art. 325 CCom. Sólo menciona la compra de cosas muebles, es opinión corriente que también puede ser objeto de compraventa mercantil las cosas inmuebles cuando el objeto del comprador es lucrarse revendiéndolas>>. Pero no se presenta ningún fundamento legal. En el mismo sentido se pronuncia BONET RAMÓN, sosteniendo que para excluir los inmuebles sería necesario que el propio Código expresamente estableciese que no era mercantil dicha compraventa. Por su parte, GARRIGUES hace valer un argumento negativo. El art. 360 del Código de Comercio de 1829 negaba carácter mercantil a la compra de bienes raíces y efectos accesorios a éstos, y tal precepto fue suprimido en el Código vigente, aduciéndose por la Exposición de Motivos que tal supresión se hizo <<para que no sea obstáculo a la decisión judicial, la cual calificará o no de mercantiles estos actos según las circunstancias que concurran en cada caso>>. El propio autor, sin embargo, sostiene que la venta genuina mercantil es la de mercancías y títulos, concluyendo: <<La compraventa mercantil es, en suma, una compraventa cualificada por el elemento intencional (propósito de reventa lucrativa) y por el elemento objetivo (el objeto típico de la compraventa mercantil es la mercancía). Se entiende pues que la compraventa de inmuebles puede tener carácter mercantil siempre que se efectúe con la misma intencionalidad comercial que se requiere para los muebles o mercaderías, y siempre que se efectúe con los requisitos y demás presupuestos que se exigen para las ventas mercantiles por el Código de Comercio y legislación complementaria. Al respecto, véase NAVARRO PÉREZ, José Luis, op. cit., págs 69 y 70.

⁶² Dice la Exposición de motivos: “Si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otra especulación sobre efectos muebles corporales o incorporeales.”

⁶³ Véase el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 7 de junio de 1990 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (RJ 1992/2576), que establece que “la posibilidad práctica de la figura es muy problemática; y es que si bien la fórmula que utiliza el art. 325 del Código de Comercio («será mercantil la compraventa de cosas muebles...») ha sido interpretada con conclusiones opuestas, y en favor de la hipótesis se ha argumentado que la Exposición de Motivos del Código vigente la admite y el art. 326 ya no recoge la prohibición contenida en el art. 360 del Código de 1829, en contra, con no menos serias razones, se alega la absoluta falta de regulación, la operatividad de las leyes sobre adquisición de la propiedad territorial, y la dificultad o práctica imposibilidad de aplicación de numerosas disposiciones de la sección primera del título sexto del libro segundo del Código Mercantil, de ahí que la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 13-12-1985 (RJ 1985\6643) declare que «la mercantilidad de las compraventas inmobiliarias sería puramente teórica». De cualquier forma, aunque en la doctrina parece predominar la tesis favorable, de admitirse la posibilidad práctica en ningún caso cabría con la amplitud de la de muebles, y todavía es muy dominante el criterio de que la compraventa inmobiliaria de «inversión pura» tiene carácter civil, por muy brillantes que sean opiniones aisladas en otro sentido. Por otro lado hay que decir que la compraventa mercantil que regula nuestro Código de Comercio hace abstracción del elemento profesional y se centra, como con cabal acierto indica la sentencia recurrida, en el aspecto especulativo. Se trata de una compraventa de mediación para la reventa con ánimo de lucro que se caracteriza fundamentalmente por dos notas: el propósito de revender y la intención o ánimo de lucro. Esta doctrina, en donde destaca el carácter de acto de negociación o de intermediación en el cambio y el propósito inicial especulativo, ha venido prevaleciendo en el ámbito científico y mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo [SS. 2-2-1918, 15-6-1926, 31-10-1946 (RJ 1946\1170), 1-7-1947 (RJ 1947\927), 27-5-1949 (RJ 1949\719), 19-10-1957 (RJ 1957\3010), 15-10-1980 (RJ 1980\3808), 8-7-1988 (RJ 1988\5589), 17 febrero y 6 abril 1989 (RJ 1989\972 y RJ 1989\2994), entre otras.”

⁶⁴ A este respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 84/2003 de 10 de octubre dice lo siguiente: “Quizás sea éste el momento para volver la mirada a la, no exenta de polémica, cuestión de si son actos de comercio la compraventa de inmuebles. En el CCom de 1829 (LEG 1829, 1) estaba clara la

de ello, no resulta muy útil la calificación de estas ventas como mercantiles dado que el código de Comercio carece de una regulación adecuada para ellas, puesto que continuamente está enfocado a la venta de bienes muebles y, en particular, de mercancías (véanse los artículos 325 y siguientes), por lo que, en caso de calificarse ciertas compraventas de inmuebles como mercantiles deberíamos acudir al Código Civil para su regulación⁶⁵. La mercantilidad de las compraventas de inmuebles sería entonces puramente teórica⁶⁶. Algunos autores ni siquiera aceptan la posibilidad de que los inmuebles puedan ser objeto de compraventas mercantiles. Chuliá afirma que la regulación especial del Código de Comercio debe aplicarse sólo a la compraventa de bienes muebles y no puede ni debe extenderse a la de inmuebles ni establecimientos mercantiles, y que la venta de bienes inmuebles es siempre civil⁶⁷. Otros autores como Chuliá Vicent y Beltrán Alandete también se manifiestan en este mismo sentido⁶⁸.

El tercer elemento necesario para evaluar la mercantilidad de la compraventa es que el vendedor no sea agricultor, ganadero, artesano o consumidor (que revende los acopios que hizo para su consumo)⁶⁹. El vendedor debe ser empresario mercantil o persona que ya adquirió la cosa para revenderla con ánimo de lucro. En este sentido se expresa el artículo 326 del Código de Comercio⁷⁰.

exclusión de los bienes inmuebles del ámbito del comercio. En el CCom vigente (1885), en su exposición de motivos, justifica la modificación del contenido del artículo 325, del Código de Sainz de Andino, diciendo que la calificación mercantil de la venta de bienes raíces «dependerá de las circunstancias que concurran en cada caso, la cual harán los Tribunales» (LEG 1885, 21) . Ello ha llevado a un sector realmente mayoritario de la doctrina mercantil a considerar que está permitido afirmar que no es de esencia a la compraventa mercantil que haya de recaer necesariamente sobre bienes muebles. Se afirma que será supuesto el tráfico mercantil sobre inmuebles el de las empresas dedicadas a la compraventa de terrenos para urbanizarlos, dividirlos y venderlos en parcelas, o a la promoción y venta de pisos. Tal supuesto atípico del tráfico mercantil (en relación a la compraventa) pues el objeto típico de las compraventas mercantiles son las cosas muebles, que adquieren, precisamente por su adscripción al tráfico mercantil, la denominación de mercadería o mercancía, no es admitido por la doctrina civilista que entiende que, la regulación de aquellos contratos que afectan a bienes inmuebles se mantiene en el Derecho Civil. Sin embargo esta disciplina, ha de reconocerse, puede ser reguladora en último término de actos de comercio (que lo serán los que pertenezcan a una actividad constitutiva de empresa) a través de la jerarquía de fuentes contenida en el art. 2 CCom.”

⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, Vol. II, ed. McGraw Hill, ed. 27ª, Madrid, 2004, pág. 191.

⁶⁶ En este sentido se pronuncia la Resolución de la D. G. R. de 13 de diciembre de 1985, RJ 6643.

⁶⁷ Es necesario advertir, como hacen los profesores GIRÓN TENA, BROSETA y SANCHEZ CALERO, la difícil aplicación y evidente inadecuación a la venta de inmuebles de muchas de las normas del Código de Comercio, dictadas, sin lugar a dudas, pensando en la venta de mercancías. La regulación especial del Código de Comercio debe aplicarse sólo a la compraventa de bienes muebles y no puede ni debe extenderse a la de inmuebles ni establecimientos mercantiles. El Código de Comercio se refiere a cosas muebles, y no a mercaderías, es la postura defendida por VICENT CHULIÁ, Francisco, en “Delimitación del concepto de compraventa mercantil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XLVII, 1974, Madrid, pág. 85.

VICENT CHULIÁ, Francisco, “*Introducción al Derecho Mercantil*”, 15ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 754.

⁶⁸ CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa, “*Los contratos mercantiles*”, Ed. J. M. BOSCH, Barcelona, 2001, pág. 32.

⁶⁹ Véanse entre otras las SSTs de 21 de diciembre de 1981 (RJ 5280), 19 de febrero de 1982 (RJ 748), 31 de diciembre de 1999 (RJ 9386), 10 de noviembre de 2000 (RJ 9212) y 20 de noviembre de 2000 (RJ 9212).

⁷⁰ Al respecto, véase el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 570/1999 de 25 junio (RJ 1999/5963) que dice lo siguiente: “El motivo primero del recurso denuncia infracción de los arts. 325 y 326 del Código de Comercio, infracción cometida al calificar la sentencia

Estos tres elementos, que la venta recaiga sobre cosas muebles, el ánimo de lucro y las exclusiones que propone el artículo 326 del Código de Comercio, de manera cumulativa determinan la mercantilidad de la compraventa⁷¹. Así pues, formalmente la división resulta clara: se reputa mercantil, y sujeta por tanto a las normas contenidas en la sección I del título VI del libro II del Código de Comercio (artículos 325 a 345), la compraventa que reúna los requisitos que resultan de combinar los artículos 325 y 326 del Código de Comercio, aunque luego en la práctica deban examinarse las circunstancias concretas de cada caso⁷². El primero de estos preceptos formula una definición un tanto incompleta, que debe completarse con lo que establece el segundo. De este modo, juntando lo que establecen ambas normas nos encontramos con que el concepto legal de compraventa mercantil se integra por tres elementos. En primer lugar, tenemos un elemento intencional,

recurrída como compraventa civil la concertada entre las partes en litigio. Dice la Sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1984 (RJ 1984\5617) que «entiende la doctrina científica más autorizada que la nota que caracteriza la compraventa mercantil frente a la civil es el elemento intencional, que se desdobra en un doble propósito por parte del comprador el de revender los géneros comprados, bien sea en la misma forma que los compró o adecuadamente transformados, y el ánimo de lucro, consistente en obtener un beneficio en la reventa, de modo que la compraventa mercantil se hace no para que el comprador satisfaga sus propias necesidades sino para lucrarse con tal actividad, constituyéndose el comprador en una especie de mediador entre el productor de los bienes comprados y el consumidor de los mismos, una vez transformados o manipulados»; en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7869). Evidente en este caso la intención de obtener el comprador, «Vegetales Congelados, SA», lucro con la reventa de las patatas objeto del contrato, previa su manipulación por congelación, la calificación como civil de la venta origen del litigio es incorrecta, habiendo realizado la Sala «a quo», al igual que el juzgador de Primera Instancia, una interpretación errónea del art. 326.2º del Código de Comercio que excluye del concepto de mercantil «las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganado, o de las especies en que se les paguen las rentas»; la mención en este precepto de «los propietarios» no tiene el sentido que le da la Sentencia recurrida de que «el vendedor era propietario de las cosechas vendidas», sino que se refiere a los propietarios de los fundos en que se produzcan los géneros vendidos; por ello, procede la estimación de este motivo y estimar que la compraventa concertada entre la actora y demandada tenía carácter mercantil»

⁷¹ Véanse entre otras las SSTs de 1 de julio de 1947 (relativa a compra de maquinaria, se afirma que el contrato no es mercantil al faltar ánimo de lucro), 7 de junio de 1969 (reventa de maquinaria en la que se rechaza la mercantilidad del supuesto), 14 de octubre de 1970 (se califica como civil un contrato de compra de ruedas por una constructora), 14 de mayo de 1979 (venta de un ómnibus, se califica de civil a efectos prescriptivos) y 15 de octubre de 1979 (se califica de civil la venta a plazos de una excavadora a una empresa de construcción), en los que se califican como civiles diversos contratos de compraventa. Asimismo, véanse también las SSTs de 30 de mayo de 1979 (compra de plantas de un vivero, en base al artículo 325 del Código Mercantil, por la finalidad de revenderlas con ánimo de lucro por el comprador), 15 de octubre de 1980 (compraventa de materias primas para su transformación y reventa), 23 de marzo de 1982 (compraventa de tabiques prefabricados para una empresa de construcción), 20 de noviembre de 1984 (compra de pienso para engorde del ganado destinado a la venta) y 8 de julio de 1988 (se califica de mercantil las ventas de una cooperativa farmacéutica a sus socios), entre otras, en las que se califican como mercantiles una serie de contratos de compraventa.

⁷² En el primer considerando de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1969 (RJ 1969/3285) se dice que, habida cuenta la gran dificultad existente para delimitar la línea divisoria entre citados tipos de compra-venta, origen de contradictorias posiciones adoptadas por la doctrina y, aparentemente, hasta en la jurisprudencia de dicha Sala, contenidas en, entre otras, las STS de 2 febrero 1918 y 4 octubre 1904, las más modernas de 27 enero 1945 (RJ 1945\120), 31 octubre 1946 (RJ 1946\1170) 1 julio 1947 (RJ 1947\927), etc.; queda demostrada de manera evidente la imposibilidad de dictar una norma concreta de delimitación y habrán de estarse en cada caso específico a sus circunstancias peculiares, pero siempre dando preferencia a la Norma Legal, a que deben atenerse los Tribunales en sus decisiones y que se contienen en los preceptos invocados en el motivo, según los cuales la característica esencial de la compraventa mercantil es la intencionalidad del comprador que ha de ser la de revender las cosas con ánimo de lucro.

que se desdobra en dos propósitos, que son revender y obtener un lucro en la reventa⁷³. El segundo elemento es que debe recaer sobre cosas muebles, ya sean mercaderías o títulos⁷⁴. Por último, tenemos un elemento subjetivo que consiste en la enumeración de excepciones del artículo 326 del Código de Comercio⁷⁵.

En el primer capítulo tuvimos la ocasión de comprobar que, cuando hablamos de comercio, éste no se desarrolla en un único mercado, sino que existen varios mercados que se diferencian en función de una serie de factores, fundamentalmente en virtud de las características de los compradores y la naturaleza de los productos que se comercializan. Una de las formas de clasificación de mercados más utilizada es la separación entre mercados industriales y de consumo. En los primeros se comercia con bienes destinados a ser utilizados en la elaboración de otros productos, o bien son adquiridos para su posterior reventa, y las personas que operan en ellos son fundamentalmente empresarios. Por el contrario, en los mercados de consumo se comercia con bienes normalmente dirigidos a los consumidores finales, los cuales emplean esos productos para satisfacer sus necesidades personales, y no para utilizarlos en proceso industrial alguno. La cuestión que deberíamos plantearnos a continuación es la siguiente: ¿hasta qué punto esta realidad económica se ha plasmado en la legislación, y cómo de acertado ha sido este desarrollo?

⁷³ A pesar de todo, no siempre resulta fácil establecer la existencia o no de ese ánimo de lucro. Véase por ejemplo lo establecido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 221/2002 de 4 de noviembre: “Por otro lado la naturaleza civil o mercantil de la llamada "compra- inversión", esto es, de la compra de bienes que se dedican a una actividad empresarial es harto discutida, pues si bien el objeto no se dedica directamente a ser revendido, sí que económicamente se integra en un proceso de producción por lo que podría entenderse que se revende transformado en el servicio final que se presta (art. 325 Ccomercio. A favor de su carácter civil v. las SSTs 14 de mayo de 1979, 15 de octubre de 1979, 21 de diciembre de 1981, 12 de diciembre de 1983, 31 de mayo de 1993, 28 de febrero de 1997 o 25 de febrero de 1999; defienden su mercantilidad las SSTs 16 de junio de 1972, 31 de marzo de 1975, 12 de marzo de 1982, 3 de mayo de 1985 o 10 de marzo de 1994).”

⁷⁴ A pesar de todo no se trata de un requisito indispensable, como ya se ha visto. En este sentido se pronuncia el fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 370/2004 de 14 de julio: “Cabe pronunciarse a continuación sobre la mercantilidad de las compraventas de bienes inmuebles. Ciertamente en nuestro ordenamiento jurídico existe una doble regulación legal, por cuanto el contrato privado de compraventa se halla regulado no solo en el Código Civil sino también en el Código de Comercio. Este último texto legal, si bien no da una expresa definición del contrato de compraventa, determina las características o presupuestos para su carácter mercantil, disponiendo el art. 325 C.COM: " Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa ". Si bien el elemento objetivo recaerá generalmente sobre las cosas muebles, no quedan excluidos los inmuebles porque el art. 325 no los mencione, pues para ello sería necesario que el propio Código estableciese expresamente que no era mercantil dicha compraventa, cosa que no hace. En consecuencia la compraventa de bienes inmuebles puede tener naturaleza mercantil siempre que se den los requisitos de reventa y ánimo de lucro.”

⁷⁵ Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1947 se declara que fue de carácter civil la venta de una maquinaria otorgada por un comerciante que la había comprado previamente de otro con ánimo de revenderla, y, efectivamente, la revendió a un industrial para instalarla éste en sus talleres, destinada a su propia industria, y sin propósito de revenderla para lucrarse. Dice esta sentencia que el elemento intencional del destino de la mercancía es el determinante y calificador del contrato, lo cual no cierra en absoluto la posibilidad de que la reventa sea siempre civil, sino que lo subordina al hecho de la intención de los contratantes. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1969 hace referencia a la gran dificultad que entraña delimitar la línea que separa ambas clases de compraventa, por lo que hay que estarse a las circunstancias particulares de cada caso, pero dando siempre preferencia a la norma legal.

De entrada, llama la atención lo bien que se corresponde la distinción entre mercados industriales y de consumo con la separación que hacen nuestras leyes entre compraventas mercantiles y civiles. Parece claro que la compraventa mercantil está ideada para utilizarse en los mercados industriales, mientras que la compraventa civil pertenece más bien al ámbito de los mercados de consumo. Estas dos clases de mercado tienen objetos distintos, y los operadores que actúan en ellos son también diferentes. Ahora bien, los mercados industriales y de consumo no son independientes, sino que se encuentran estrechamente relacionados. Para obtener los productos de consumo generalmente son necesarios los bienes con los que se comercia en los mercados industriales, mientras que los mercados industriales, como ya vimos, dependen en gran medida de la demanda de los mercados de consumo. Así pues, parece que ambos mercados se encuentran lo bastante diferenciados como para justificar un tratamiento legal por separado, al menos en lo que se refiere al contrato de compraventa. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el origen del comercio se encuentra en los mercados de consumo, de cuya demanda dependen, aunque sea de manera indirecta, los mercados industriales. Considerando esta situación, parece lógico que la compraventa civil sea la base de la regulación, y que la compraventa mercantil utilice de manera supletoria las disposiciones del Código Civil para cubrir sus lagunas, como si de alguna manera las relaciones entre ambos tipos de mercado se hubiera plasmado en la relación legal existente entre los dos tipos de compraventa. De este modo, si partimos de la realidad económica en la que se basa, la división legislativa entre compraventa civil y mercantil resulta lógica, aunque no por ello necesaria y conveniente.

A pesar de que la distinción entre compraventa civil y mercantil es vital para decidir qué norma se aplica al caso, si el Código Civil o el Código de Comercio, es posible que esta distinción no resulte demasiado práctica. Al fin y al cabo, nuestro ordenamiento jurídico está concebido como un todo unitario y, a pesar de que se divida en diversas ramas, éstas se encuentran relacionadas. Hay que recordar, por otro lado, que las disposiciones de ambos códigos acerca del cumplimiento de las obligaciones son bastante similares, a excepción de los plazos. Además, aunque el Código de Comercio se aplique a las compraventas mercantiles, conviene recordar que el Código Civil se aplicará de manera supletoria a esas operaciones cuando existan aspectos no regulados por el Código de Comercio. Teniendo en cuenta todo esto, ¿no sería acaso más práctico, en vez de establecer divisiones, tomar en consideración ambas regulaciones como un único derecho de la compraventa? Porque aunque diferenciamos la compraventa mercantil de la civil, es cierto que para su correcto desarrollo en muchas ocasiones puede resultar necesario aplicar la normativa civil a una compraventa mercantil. Países como Italia, que en su Código Civil de 21 de abril de 1942 unificó la legislación civil y comercial en materia de obligaciones y contratos, o Suiza, que desde 1881, el legislador Suizo (Confederación Helvética) promulgó el Código Federal de las Obligaciones sin distinguir la materia civil de la mercantil, ya optaron por esta vía. A pesar de ello, y aunque de estos esfuerzos resultaría una normativa más simple y flexible, nos conviene tener en cuenta que una hipotética unificación de estos derechos podría plantear problemas competenciales, dado que la competencia en materia mercantil corresponde en nuestro país en exclusiva al estado central, mientras que en materia civil es posible que las comunidades autónomas introduzcan sus propias normas. En otros países en los que pudieren darse eventuales conflictos de competencias similares a estos, tales como Méjico, se aboga más por una internacionalización de la normativa antes que por una unificación de los ordenamientos civil y mercantil, confiando en que los organismos

internacionales aporten una mayor simplicidad y funcionalidad a las normas de compraventa⁷⁶. Por otro lado, y regresando a nuestro país, el hecho de que las normas de nuestros códigos nacionales en materia de compraventa sean básicamente derecho dispositivo plantea serias dudas acerca de la necesidad de prolongar esta polémica.

3.2 Régimen de la compraventa

El régimen del Código de Comercio para este contrato establece obligaciones para ambas partes. Se considera que el vendedor cumple si entrega la cosa vendida y presta saneamiento o garantía legal en caso de evicción o reclamación de la cosa por un tercero o de aparición de vicios ocultos (artículos 1447 y 1484 del Código Civil y 345 del Código de Comercio). La entrega puede ser material (“puesta en poder y posesión del comprador”, según se desprende del artículo 1462 del Código Civil), o bien mediante la puesta a disposición según la modalidad pactada, generalmente con su entrega al transportista, si nada se dice, la entrega se hace en el domicilio del vendedor. La puesta a disposición⁷⁷ supone el cumplimiento de su obligación por parte del vendedor, por lo que en ese momento y lugar puede exigir que el comprador cumpla con sus obligaciones de recepción de la mercancía y pago del precio⁷⁸.

El comprador está obligado a la recepción de la mercadería en el momento, lugar y condiciones pactadas y al pago del precio. El comprador puede realizar un examen de la mercancía, siendo justificable en algunos casos un análisis de la misma en laboratorio⁷⁹.

Las anomalías en el normal cumplimiento del contrato pueden venir de la ineficacia del contrato, sea por nulidad (incumplimiento de una norma legal) o por anulabilidad (por vicios del consentimiento tales como dolo, violencia o error en la sustancia), del

⁷⁶ QUINTANA ADRIANO, Elvia Aracelia, *“Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Mercantil”*, México, ed. McGraw Hill, 1997, pág. 6.

⁷⁷ Nuestros Códigos de Comercio regulan de manera específica la transmisión del riesgo en la compraventa mercantil, siguiendo además un criterio diferente a los adoptados por la codificación civil. En efecto, el riesgo no se transmite en la compraventa mercantil desde el momento de la celebración del contrato, como en el sistema de la conclusión o en el de la propiedad, ni desde el de la entrega, como en el sistema germánico, sino en un momento intermedio entre ambos actos: aquél en que el vendedor tiene las mercancías a disposición del comprador (arts. 366 del CCom del 29 y 333 del CCom del 85). Y el hecho de transmitirse antes de la entrega, constituye una excepción al sinalagma, tal como expresa ALCOVER GARAU, Guillermo, op. cit. pág. 38.

⁷⁸ Véase a modo de ejemplo los fundamentos de derecho de la sentencia núm. 1043/2002 de la Audiencia Provincial de Granada: “La compraventa regulada en los artículos 1.445 y siguientes del Código Civil se diferencia de la mercantil (artículos 325 y siguientes del Código de Comercio []), por la intención de lucro (así, Sentencia del TS. de 2 de febrero de 1918), ya que el comprador adquiere las mercaderías para revenderlas (se citan las Sentencias del TS. de 27 de mayo de 1949 [RJ 1949, 719] y de 12 de diciembre de 1983 [RJ 1983, 6929]), así, pues, el propósito de las partes es esencial para distinguir cuando un negocio jurídico como el tratado se encuentra sometido o no a uno o a otro ámbito; aquí la compraventa, de la que se reclama el resto del precio por la entidad actora, fue mercantil, pues esa intención de la parte compradora de revender la cosa con ánimo de lucro era evidente, dada su condición de comerciante. (...) Sentando lo que antecede, que lleva a reconocer el débito reclamado, 1.190.152, al no estar justificado, demostrado el pago, su integridad como requiere el artículo 1.157 del Código Civil.

⁷⁹ Véase la STS de 16 de febrero de 1993.

incumplimiento del contrato (en el que la parte cumplidora puede exigir, alternativamente, el cumplimiento forzoso del contrato o resolverlo, exigiendo en ambos casos la indemnización por daños y perjuicios que se le hayan causado⁸⁰), del saneamiento o garantía legal que soporta el vendedor por evicción o vicios ocultos (artículos 1474 y siguientes del Código Civil) o por la transmisión al comprador del riesgo de pérdida o deterioro de la cosa, que según el Código de Comercio (artículos 331 y siguientes) se transmite al comprador desde la entrega efectiva o la puesta a disposición de la cosa.

Con carácter general, puede decirse que las normas legales sobre compraventa son de tipo dispositivo⁸¹. El carácter dispositivo de la disciplina de la compraventa es una consecuencia de la ordenación de fuentes que establece el Código Civil en materia de contratos, ámbito en el cual se concede primacía a la libre autonomía de la voluntad⁸². Cuando hablamos de la compraventa mercantil, además, se da la circunstancia de que se trata normalmente de operaciones concluidas entre empresarios y de que existe la necesidad de adaptar la ordenación legal a una práctica sumamente variada. El Tribunal Supremo, sin embargo, no establece una doctrina tajante al respecto. Si bien reconoce de manera general el carácter dispositivo de las normas del Código de Comercio⁸³, también ha atribuido imperatividad a ciertas disposiciones del mismo⁸⁴.

⁸⁰ Véase la STS de 17 de enero de 2000, en la que se recuerda la incompatibilidad de las acciones de resolución y de cumplimiento forzoso.

⁸¹ En tal sentido se pronuncian SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, op. cit., págs. 192 y 193, al afirmar que los preceptos contenidos en el Código de Comercio que se encargan de regular las compraventas mercantiles son, en principio, derecho dispositivo derogable por la voluntad de las partes. Debe tenerse en cuenta además la circunstancia de que las compraventas mercantiles se concluyen esencialmente entre empresarios, motivo por el cual se consiente que en este campo pueda operar con gran amplitud el principio de autonomía de la voluntad, cosa que se justifica por la necesidad de adaptar el régimen del contrato a las distintas modalidades de la compraventa, dada la gran variedad de cosas que son objeto de venta. Por otra parte, los autores admiten que la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, con un criterio un tanto discutible, ha considerado algunas disposiciones sobre la compraventa como derecho imperativo, como en el caso de los plazos de caducidad para la denuncia de los vicios y defectos de la cosa vendida.

⁸² GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, op. cit. págs. 57 y 58.

⁸³ Véase la STS de 29 de marzo de 1995 (RJ 2332).

⁸⁴ Véase la STS de 14 de mayo de 1992 (RJ 4131).

CAPÍTULO 4.

La Convención de Viena de 11 de abril de 1980

4.1 Antecedentes

El Convenio o Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (cuyo instrumento de adhesión por parte de España fue publicado en el BOE de 30 de enero de 1991) es un texto legal de enorme trascendencia en el actual régimen de los contratos, y supone un claro intento de superar ciertos problemas provocados por la disparidad de los ordenamientos nacionales en esta materia⁸⁵. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías proporciona un texto uniforme sobre este tipo de compraventas, y ha sido ampliamente aplicada en numerosos países⁸⁶. Este convenio sustituye a la Conferencia de la Haya de 1964, por la que se aprobaron la Ley Uniforme sobre venta internacional de bienes muebles corporales (LUCI) y la Ley Uniforme sobre formación de los contratos para la venta internacional de bienes muebles corporales (LUFICI)⁸⁷, escasamente aplicadas, y se inspira fundamentalmente en la regulación de la compraventa contenida en el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos, aunque en ciertos aspectos se aparte del mismo⁸⁸.

⁸⁵ Precisamente, como se señala en las págs. 8 y ss. de la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo de 11-07-2001, las soluciones internacionales permiten resolver algunos problemas potenciales relacionados con las diferencias existentes entre las distintas normativas nacionales en materia de contratos. En efecto, al referirse a las soluciones internacionales que permiten resolver los problemas que se crean a partir de las diferencias entre los regímenes nacionales, se indica que existen soluciones de dos tipos. El primer tipo consiste en la aplicación de normas internacionales uniformes de derecho privado para determinar cuál es la normativa que rige el contrato, mientras que la segunda solución consiste en armonizar las normas de derecho material a nivel internacional. En este caso, la norma más importante sería la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías.

⁸⁶ La CNUDMI ha creado un sistema de notificación de casos jurisprudenciales sobre instrumentos surgidos de su labor, cuyas siglas son CLOUT. Este sistema se ha diseñado para facilitar la labor de los jueces, árbitros, abogados y partes que intervengan en operaciones comerciales, poniendo a su disposición las decisiones de los tribunales y laudos arbitrales que hayan interpretado los textos de la CNUDMI, todo ello con el objetivo de fomentar la interpretación y aplicación uniforme de estos textos. Aunque el sistema CLOUT abarque la jurisprudencia relativa a todas las convenciones, leyes modelo preparados por la CNUDMI, la mayoría de los casos se refiere a la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 y a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional de 1985. Existe un amplio repertorio de jurisprudencia relativo a la Convención que puede consultarse en la página principal de la CNUDMI en internet: www.uncitral.org.

⁸⁷ A pesar de que un análisis pormenorizado de ambas disposiciones excede el objetivo de esta obra, pueden consultarse para su comprensión ciertos estudios: BARRERA GRAF, “*La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías (hacia un Derecho internacional del Comercio)*”, México, 1965; R. GRAVESON, E. J. COHN y D. GRAVESON, “*The Uniform Laws on International Sales Act*”, Londres, 1969; Ph. KAHN, “*La Convention de la Haye du 1 juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d’objets mobiliers corporels*”, en *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, Francia, 1964, págs. 689 y ss, entre otros.

⁸⁸ VICENT CHULIÁ, Francisco, op. cit., pág. 762.

Esta Convención fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y adoptada en conferencia diplomática el 11 de abril de 1980. La preparación de este texto fue larga y laboriosa. Ante el interés de los agentes económicos en la existencia de un derecho uniforme para la compraventa internacional de mercancías, en 1930 empezaron los trabajos en Roma en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Después del largo paréntesis en la labor que se produjo como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, se presentó el proyecto en 1964 a una conferencia diplomática que se celebró en La Haya. En esa conferencia fueron adoptadas dos convenciones; una trataba sobre la compraventa internacional de mercancías y la otra sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercancías.

Al poco tiempo de adoptarse ambas convenciones, sus disposiciones fueron objeto de numerosas críticas, las cuales se debían principalmente a que ambos textos reflejaban las tradiciones jurídicas y las realidades económicas de la Europa occidental continental, la región que, por otra parte, había participado más activamente en su elaboración. A la vista de estos hechos, en 1964 la CNUDMI procedió a cuestionar a los Estados acerca de sus intenciones de adherirse o no a esas convenciones, y las razones que justificaban sus posturas. A la luz de las respuestas obtenidas, la CNUDMI decidió estudiar ambas convenciones para determinar qué modificaciones podían realizarse para que su aceptación fuera más amplia y abarcara estados con sistemas jurídicos, económicos y sociales más diversos. El resultado de dicho estudio fue la adopción el 11 de abril de 1980 por una conferencia diplomática celebrada en Viena de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en la que se combinan las materias de las dos convenciones precedentes⁸⁹.

4.2. Concepto de compraventa en la Convención

La Convención señala en su artículo primero que se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías, aunque no dice expresamente qué se entiende por tales. Esta indeterminación puede explicarse en base a la dificultad de encontrar un acuerdo unánime entre los países firmantes del tratado, cuyas tradiciones jurídicas son en muchos casos dispares en cuanto al encuadramiento dogmático del contrato de compraventa. Esta

⁸⁹ La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías constituye un punto de encuentro entre diversos sistemas jurídicos, fundamentalmente los del *common law* y del *civil law*. Este encuentro marca un hito en la evolución del derecho privado en muchos siglos, y tiene especial relevancia para los sistemas de derecho interno, no sólo por cuanto significa en la armonización del derecho privado a nivel internacional, sino por el hecho de introducir novedades conceptuales en los mencionados sistemas, además de contribuir con soluciones a problemas reales surgidos entre ambos sistemas. Es importante señalar que la Convención es un tratado que pertenece a la categoría de los llamados “tratados ley” o “tratados normativos”, que se caracterizan en que su objeto es formular una regla de derecho que sea objetivamente válida, y se caracterizan porque la voluntad de todos los signatarios tiene idéntico contenido. Desde esta perspectiva, se hace patente la diferencia entre la Convención y los tratados de derecho internacional privado, los cuales persiguen la determinación de la normativa aplicable a los contratos, como puede ser el caso del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Al respecto, véase OVIEDO ALBÁN, Jorge, “Aproximación al sistema de fuentes del contrato de venta internacional de mercaderías”, en *INTERNATIONAL LAW*. Revista Colombiana de Derecho Internacional (edición digital), págs. 107 y 108.

circunstancia, más que suponer un inconveniente, puede facilitar la aplicación práctica de la Convención, al permitir que esta se acomode a diversas tradiciones jurídicas⁹⁰. Aún así, si nos atenemos a lo dispuesto en los artículos 30 y 53 de la convención⁹¹, que regulan respectivamente los derechos y deberes del vendedor y del comprador, podemos definir el contrato de compraventa⁹² como aquél en virtud del cual una parte se obliga a entregar y transmitir la propiedad de unas mercaderías, mientras que la otra se compromete a pagar el precio y a recibir dichas mercaderías⁹³. Por consiguiente, pertenece a la esencia del contrato que se intercambien mercaderías por dinero⁹⁴.

En principio, y con las exclusiones del artículo 2, en el término de compraventa quedan incluidas todas las modalidades de contrato, sea cual sea la calificación que le otorguen las partes, en el que los contratantes intercambien cosas por dinero, así como ciertos contratos mixtos⁹⁵, como los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, en los términos del artículo tercero⁹⁶.

⁹⁰ Las reglas de la Convención producen el desplazamiento del que hasta ahora resultaría el derecho aplicable al contrato en ausencia de acuerdo entre las partes. Para aquellos ordenamientos jurídicos en los que existe un doble régimen contractual para la compraventa, civil y mercantil, y que han adoptado la Convención de Viena, resultará que han pasado a tener tres regímenes sobre compraventa. Los juristas acostumbrados a la doble diferenciación de los contratos según su caracterización como civiles o mercantiles, tenderán a considerar a la Convención como una norma mercantil. Esto será así en la práctica totalidad de las ocasiones, aunque no siempre, y por ello debe quedar claro que la Convención no adopta ni un régimen civil ni uno mercantil (art. 1.3 CNUC-CIM: no se tiene en cuenta ni el carácter civil ni comercial a los efectos de determinar la aplicación de la Convención). Es por eso que, si se cumplen las condiciones de aplicabilidad de la Convención, ésta se aplicará sin importar dicho carácter. Por el contrario, la mercantilidad del contrato puede ser importante, cuando la Convención no regula alguna determinada cuestión que ha de ser enjuiciada conforme al derecho nacional no uniforme. En ese caso, habrá de investigarse el carácter civil o mercantil a efectos de determinar la aplicación ya sea de las reglas del Código Civil (CC), ya sea las del Código de Comercio (CCom.), como señalan ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, en *“Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme”*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pág. 80.

⁹¹ Véase *Rechtbank Róterdam*, Países Bajos, 1 de noviembre de 2001, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2002, No. 114; *Kantonsgericht Wallis*, Suiza, 11 de marzo de 1996; *Tribunale di Rimini*, Italia, 26 de noviembre de 2002.

⁹² Véase el caso CLOUT No. 106 (Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994). Asimismo, en cuanto a las obligaciones del comprador, véase también *Rechtbank Koophandel, Hasselt*, Bélgica, 2 de mayo de 1995, la cual puede consultarse en la dirección de Internet <<http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1995-05-02.htm>>.

⁹³ En cualquier caso, se hace patente que la tarea de definir o, al menos de perfilar claramente los elementos estructurales del contrato de compraventa internacional se convierte en una necesidad irrenunciable, sobre todo con el objetivo de evitar que el intérprete del Convenio, ante la carencia de una definición orientativa, acabe acudiendo a su propio derecho interno para colmar esta laguna legal. La jurisprudencia, que en este extremo debe desempeñar un papel importante, hasta el momento, no se ha detenido a definir la noción de contrato de compraventa. No obstante, la doctrina ha señalado de forma prácticamente unánime que el concepto de compraventa internacional se encuentra recogido en los artículos 30 y 53 de la Convención, que regulan respectivamente los derechos y deberes del vendedor y del comprador, como señala OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, op. cit., págs. 163 y ss.

⁹⁴ Véase caso CLOUT No. 328 (Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, 21 de octubre de 1999).

⁹⁵ La *compraventa* de mercaderías constituye el ámbito objetivo o material de aplicación de la Convención de Viena de 1980. En ella, no se define, pese a su importancia, ninguno de los dos términos. Del contenido de la reglamentación convencional – especialmente los artículos 30 (<<Obligaciones del vendedor>>) y 53 (<<Obligaciones del comprador>>) – se infiere que por compraventa debe entenderse el contrato sinalagmático en virtud del cual una parte entrega a otra la propiedad de una mercancía a cambio del pago de

Por otra parte, la Convención no establece una definición de mercancías. Aún así, y de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 7, el concepto de mercancías debe interpretarse autónomamente, teniendo en cuenta el “carácter internacional” de la Convención y “la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”, más que remitiéndose al derecho interno para hallar una definición. Según la jurisprudencia, las mercancías a las que hace referencia la Convención son aquellas que en el momento de la entrega⁹⁷ son muebles y materiales⁹⁸. No se tiene en cuenta que sean sólidas o no⁹⁹, usadas

un precio o, si se prefiere una definición más precisa, aquel contrato que tiene por causa el intercambio de medios de pago usuales generalmente aceptados y la transmisión y apropiación de bienes. De este modo, quedarían, pues, inicialmente comprendidas por la Convención no sólo todas las modalidades de contratos internacionales en que se cambia cosas por dinero, sino también ciertos *contratos mixtos*, como por ejemplo, los contratos de arrendamiento y compra o de *leasing* con opción de compra. Por el contrario, estarían excluidos, según el tenor literal de la Convención, los contratos de permuta, que, en el comercio internacional, tienen una importancia mayor que en el comercio interno. Por otra parte, se consideran mercancías, a efectos de la Convención, las cosas corporales de naturaleza mueble de todo tipo, como, por ejemplo, automóviles, maquinaria, programas de ordenador, fruta o libros. Como sucede, por poner otro ejemplo, en la venta de cosecha futura, las cosas objeto de la misma deben ser de naturaleza mueble al tiempo de la entrega, no de la conclusión del contrato. Aun cuando puedan ser objeto de compraventa, quedan, por consiguiente, excluidos de la Convención las empresas, los bienes inmuebles, así como los derechos incorporales – por ejemplo, cesiones de créditos, los denominados derechos (patrimoniales) de autor o las licencias de patentes, como afirman FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “*Derecho Mercantil Internacional*”, ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 566 y 567.

⁹⁶ El artículo tercero de la Convención extiende el ámbito de aplicación de la misma a ciertos contratos que incluyen algún otro acto además del suministro de mercancías. En virtud del párrafo primero de este artículo, la Convención será aplicable a los contratos de compraventa de mercancías que hayan de ser manufacturadas o producidas, siempre y cuando la parte que las encargue no asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción. Aunque la Convención no establece un criterio específico para determinar cuándo dicha aportación resulta “sustancial”, aunque la jurisprudencia parece haberse decantado por un criterio puramente cuantitativo para determinar este aspecto (caso CLOUT No. 164 [Arbitraje - Tribunal de Arbitraje dependiente de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, Hungría, 5 de diciembre de 1955]). Por otra parte, el párrafo 2 del artículo 3 establece que la Convención no se aplique a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercancías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Dicho de otra manera, la Convención será aplicable a los contratos con arreglo a los cuales el vendedor, además de entregar las mercancías, traspasar la propiedad y facilitar los documentos, se comprometa también a suministrar mano de obra o prestar otros servicios, siempre y cuando ese suministro de mano de obra o prestación de servicios no constituya la parte principal de la obligación del vendedor. Para determinar si las obligaciones del vendedor consisten principalmente en el suministro de mano de obra o la prestación de servicios, ha de realizarse una comparación entre el valor económico de las obligaciones relativas al suministro de mano de obra y la prestación de servicios y el valor económico de las obligaciones relativas a las mercaderías. cuando la obligación que entraña el suministro de mano de obra o la prestación de servicios equivale a más del 50% de las obligaciones del “vendedor”, la Convención sería inaplicable (Para una afirmación tácita de este principio, véase el caso CLOUT No. 26 [Arbitraje-Cámara de Comercio Internacional no. 7153, 1992]).

⁹⁷ Véase caso Clout No. 152 (Cour d’appel de Grenoble, Francia, 26 de abril de 1995); Tribunale di Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002, *Giurisprudenza Italiana*, 2003, págs. 896 y ss.

⁹⁸ Ver caso CLOUT No. 328 (Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, 21 de octubre de 1999); el caso CLOUT No. 380 (Tribunale di Pavia, Italia, 29 de diciembre de 1999); el caso CLOUT No. 168 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996); el caso CLOUT No. 122 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 26 de agosto de 1994); el caso CLOUT No. 106 (Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994); Trib. Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002, *Giurisprudenza Italiana*, 2003, págs. 896 y ss. Asimismo, téngase en cuenta que el artículo 2.f de la Convención excluye del ámbito de aplicación de la misma la compraventa de electricidad.

o nuevas¹⁰⁰, estén vivas o no lo estén¹⁰¹. Por lo tanto, los bienes inmateriales tales como los derechos de propiedad intelectual, una participación en una sociedad de responsabilidad limitada¹⁰² o la cesión de una deuda¹⁰³ no se ajustan al concepto de mercancías consagrado en la Convención. Lo mismo puede decirse de un estudio de mercado¹⁰⁴. Sin embargo, en alguna ocasión se ha considerado que la Convención es aplicable también a los bienes no materiales, dado que se afirma que el concepto de mercancías debe interpretarse “en sentido amplio”¹⁰⁵.

La Convención de Viena no regula sin más cualquier venta, sino solamente aquellas que reúnen ciertos requisitos. Según los términos del artículo 1, la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando sean Estados contratantes, o cuando las normas de Derecho internacional privado del Estado ante el que las partes de la compraventa diriman su litigio prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante; dicho en otras palabras, el ámbito de aplicación de la Convención se circunscribe a los contratos de compraventa internacional de mercancías. De este modo, con arreglo al párrafo 1 del artículo 1, un contrato de compraventa de mercancías es internacional cuando las partes tienen, en el momento de celebración del contrato¹⁰⁶, sus establecimientos pertinentes en Estados diferentes¹⁰⁷.

El párrafo 2 del artículo 1 añade que no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes del contrato o de su celebración, como tampoco la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las mismas o del contrato. Por lo tanto, la Convención tiene por objeto la venta internacional, con exclusión de la venta interna. Por ello, se aplica a los contratos entre partes cuyos establecimientos se encuentran en estados diferentes.

⁹⁹ Véase el caso CLOUT No. 176 (Oberster Gerichtshof, Austria, 6 de febrero de 1996), que aplica la Convención a la compraventa internacional de gas propano.

¹⁰⁰ Véase el caso CLOUT No. 168 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996) (automóvil usado); Landgericht Köln, Alemania, 16 de noviembre de 1995.

¹⁰¹ Véase el caso CLOUT No. 100 (Rechtbank Arnhem, Países Bajos, 30 de diciembre de 1993) (corderos vivos); el caso CLOUT No. 280 (Oberlandesgericht Jena, Alemania, 26 de mayo de 1998) (peces vivos); el caso CLOUT No. 312 (Cour d'appel Paris, Francia, 14 de enero de 1998) (elefantes de circo). Compárese el caso CLOUT No. 106 (Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994) (pieles de chinchilla); el caso CLOUT No. 227 (Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 22 de septiembre de 1992) (tocino). Respecto de una decisión que considera a los animales como “mercaderías” en el sentido de la Convención, véase Landgericht Flensburg, Alemania, 19 de enero de 2001, *Internationales Handelsrecht*, 2001, 67 y ss.

¹⁰² Véase el caso CLOUT No. 161 (Arbitraje - Tribunal de Arbitraje dependiente de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, Hungría, 20 de diciembre de 1993).

¹⁰³ Véase el caso CLOUT No. 378 (Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000)

¹⁰⁴ Véase el caso CLOUT No. 122 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 26 de agosto de 1994).

¹⁰⁵ Véase el caso CLOUT No. 281 (Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993).

¹⁰⁶ Véase Oberlandesgericht Dresde, Alemania, 27 de diciembre de 1999, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/511.htm>>.

¹⁰⁷ Véase el caso CLOUT No. 378 (Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000); el caso CLOUT No. 168 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 21 de marzo de 1996); el caso CLOUT No. 106 (Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994); Tribunale di Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002, en *Giurisprudenza Italiana*, 2003, págs. 896 y ss.

Únicamente en función a este criterio se atribuye carácter internacional a la venta, excluyendo posibilidades incluidas en la Convención de la Haya de 1964, tales como que el objeto de venta deba ser transportado entre dos países distintos, que la oferta y la aceptación se produzcan en estados diferentes o que la entrega se realice en estado distinto del de la oferta y aceptación¹⁰⁸.

La Convención de Viena no establece una definición de establecimiento¹⁰⁹. A pesar de tratarse de un concepto clave, dado que se utiliza para determinar la internacionalidad de la compraventa y por consiguiente, establecer con ello la aplicabilidad de la convención, entre otras funciones¹¹⁰. Nuevamente, la dificultad de encontrar consenso entre todos los miembros de este tratado explica esta indeterminación que, como pasaba con el concepto de contrato de compraventa, facilita la aplicación práctica del texto normativo, al permitir su encaje en ordenamientos pertenecientes a tradiciones jurídicas muy diferentes.

Ante esta situación de laguna legislativa puede ser de utilidad seguir los criterios de interpretación que establece el artículo 7.2 de la Convención, que dice que en las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la convención y que no están expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad los principios generales en los que se basa el texto o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. En base a esto, pueden enumerarse algunos elementos que caracterizan el establecimiento del que habla la convención, como son la permanencia (debe tratarse de un lugar permanente, es decir, debe tratarse de una sede u organización estable en la que de forma habitual y regular se desarrollen las actividades comerciales propias de una empresa), la autonomía (el establecimiento debe gozar de cierta autonomía negocial, de poder dirigir relaciones comerciales y concluir autorizadamente contratos de compraventa), y la dotación material (el establecimiento ha de tener una dirección, una sede física constituida por oficinas o locales comerciales, personal empleado en las tareas mercantiles y que dicho local esté inscrito en el Registro Mercantil)¹¹¹. La jurisprudencia se ha mostrado conforme con esta interpretación, afirmando que el establecimiento puede definirse como el lugar desde el cual la actividad comercial se lleva a cabo *de facto*, la cual cosa exige una cierta duración, estabilidad y autonomía¹¹². Por otra

¹⁰⁸ Por otro lado, la voluntad de las partes no puede, por sí sola, atribuir carácter internacional a un contrato que, según todos sus elementos, es interno, mediante el juego de elegir un Derecho extranjero en una cláusula de venta, como sostiene MEDINA DE LEMUS, Manuel, *op. cit.*, págs. 40 y 41.

¹⁰⁹ A falta de definición en el propio texto de la Convención de las Naciones Unidas, la doctrina ha sometido a severo examen este concepto, distinto del lugar de contratación o en que se han desarrollado las negociaciones. Se trataría de toda <<instalación de una cierta duración, estabilidad y con determinadas competencias para dedicarse a los negocios>>. No es imprescindible que goce de autonomía jurídica, como establecimiento principal – puede ser, por ejemplo, una sucursal – , ni tampoco que esté sometido a una dirección empresarial. Las sociedades filiales no pueden considerarse, en cambio, establecimientos secundarios sino auténticas partes, puesto que gozan de autonomía jurídica. Al respecto, véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *op. cit.*, pág. 570.

¹¹⁰ Aunque resulta trascendental identificar el establecimiento de las partes para determinar si el contrato de compraventa en cuestión queda sometido a la Convención de Viena, la importancia de este concepto se refleja asimismo en la cantidad de artículos de la propia Convención que lo mencionan, como por ejemplo los artículos 12, 20, 24, 31, 42, 57 o 69.

¹¹¹ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *op. cit.*, págs. 113 y ss.

¹¹² Oberlandesgericht Stuttgart, Alemania, 28 de febrero de 2000, *Internationales Handelsrecht*, 2001, 66; Tribunale di Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002, en *Giurisprudenza Italiana*, 2003, págs. 896 y ss.; para

parte, un tribunal ha señalado que una oficina de enlace no pueda considerarse como establecimiento en el marco de la Convención¹¹³.

Es posible que, una vez determinados los elementos esenciales del tipo de compraventa regulado por la Convención de Viena, a cualquier jurista formado en nuestro sistema de derecho privado se plantee la cuestión de si este texto uniforme está pensado para regular solamente los contratos de compraventa internacional de carácter mercantil, regulados en nuestro ordenamiento por el Código de Comercio (y por el Código Civil, de manera supletoria), o si también abarca la compraventa civil, recogida en nuestro Código Civil. Sobre este asunto, el párrafo tercero del artículo primero resulta muy claro, al afirmar que a los efectos de determinar la aplicación de la Convención no se tendrá en cuenta el carácter civil o comercial de las partes del contrato. Esta delimitación de carácter imperativo resulta novedosa para ordenamientos jurídicos como el nuestro, que siguen manteniendo la distinción entre ambos tipos de compraventa, aunque ello no es óbice para que pueda considerarse como acertada, moderna y coherente con la finalidad unificadora que persigue la Convención.

Existen algunos motivos por los que en este texto no se ha adoptado la distinción entre distintos tipos de compraventa. En primer lugar, cabría destacar que la distinción entre compraventas civiles y mercantiles no resulta conocida en todos los sistemas de derecho privado, de lo que se puede deducir fácilmente que su inclusión habría provocado la oposición de aquellos Estados cuyas legislaciones rechazan una concepción dualista de la compraventa. La Convención hubiera tenido problemas para ser aplicada en países sometidos al *common law*, o en otros que igualmente rechazan esta división, como puede ser el caso de Italia, Holanda y Suiza, países en los que esta división resultaría extraña e incomprensible.

Ahora bien, el problema no se ciñe a la existencia de ordenamientos en los que se rechaza esta concepción dual de la compraventa, sino que, por si fuera poco, en aquellos que sí la aceptan no existe un criterio unificado de separación. De este modo, mientras que en Alemania lo que determina el carácter comercial de la compraventa es la condición de comerciante, en otros casos, como ocurre en España, y por influencia francesa, se prescinde del criterio basado en la profesión del sujeto contratante y se tiene en cuenta más bien la intencionalidad de dicho sujeto, que sería el elemento intencional o ánimo de lucrarse en la reventa. Si la Convención hubiese adoptado un criterio definido de distinción podría haberse dado el caso de que la compraventa fuera calificada de mercantil en unos países y de civil en otros, con los problemas de interpretación y unificación que eso conlleva.

Por otra parte, también hay que reconocer que en los propios sistemas de derecho privado que reconocen la dualidad hace ya tiempo que se discute sobre la conveniencia de mantener una división considerada en muchas ocasiones como artificiosa y contraproducente. Lo

obtener una definición similar véase el caso CLOUT No. 106 (Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994); para una decisión judicial según la cual la definición de “establecimiento” de la Convención exige que las partes hagan negocios “realmente” fuera de éste, véase Amtsgericht Duisburg, Alemania, 13 de abril de 2000, la cual puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/000413glgerman.html>>

¹¹³ Véase el caso CLOUT No. 158 (Cour d’appel París, Francia, 22 de abril de 1992).

cierto es que la división entre compraventas civiles y mercantiles plantea numerosos problemas tanto teóricos como prácticos, como ya hemos visto al tratar nuestro Código de Comercio en páginas anteriores, los cuales se solucionarían en caso de unificación. Si los propios países de tradición dualista ponen en tela de juicio la conveniencia de la división, resulta lógico que en la Convención no se recogiese. Si nos ceñimos al punto de vista español, lo cierto es que este texto supone una buena forma de superar los inconvenientes de esta división sin tener que embarcarnos en amplias modificaciones legislativas que pueden acarrear no pocos problemas competenciales. Y ello es debido a que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden pactar su aplicación en compraventas no internacionales. Este es un enfoque cercano al adoptado en Méjico, en el que se busca una internacionalización de la norma antes que una unificación de los ordenamientos civil y mercantil.

Finalmente, cuando tratamos el tema de la aplicabilidad de la Convención de Viena, hay otro aspecto que conviene destacar. Se trata de la relación de este texto con las normas de derecho internacional privado del foro. Esto se hace necesario dado que tanto la Convención como las normas de derecho internacional privado versan sobre los contratos internacionales. El artículo 1.1 establece que la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercancías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes, o bien b) cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante¹¹⁴.

Se acepta comúnmente que antes de recurrir a las normas de derecho internacional privado del foro, los tribunales de los Estados contratantes deben estudiar primero si la Convención es aplicable¹¹⁵, o lo que es lo mismo, el recurso a la Convención prevalece sobre el recurso a las normas de derecho internacional privado del foro¹¹⁶. Además, al tratarse de una convención de Derecho sustantivo¹¹⁷, sus normas son más específicas y conducen directamente a una solución sustantiva, mientras que el Derecho internacional privado

¹¹⁴ De este modo, la Convención, en virtud de su artículo 1.1.b, también podrá ser aplicable cuando sólo una o ninguna de las partes tenga su establecimiento pertinente en un Estado contratante, en la medida en que las normas de derecho internacional privado del foro se remitan a la ley de un Estado contratante. Aunque la Convención no es vinculante para los Estados no contratantes, sí ha sido aplicada por dichos Estados cuando las normas de Derecho internacional privado han remitido a la ley de un Estado contratante. Al respecto, véase el caso CLOUT No. 98 [Rechtbank Roermond, Países Bajos, 19 de diciembre de 1991] o el caso CLOUT No. 5 [Landgericht Hamburg, Alemania, 26 de septiembre de 1990], entre otros.

¹¹⁵ A tal respecto, véase la sentencia del Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000

¹¹⁶ En relación con esta interpretación pueden consultarse las el caso CLOUT No. 380 (Tribunale di Pavia, Italia, 29 de diciembre de 1999); Landgericht Zwickau, Alemania, 19 de marzo de 1999, que puede consultarse esta dirección de Internet: <<http://www.jura.unifreiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/519.htm>>; caso CLOUT No. 251 (Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 30 de noviembre de 1998); caso CLOUT No. 345 (Landgericht Heilbronn, Alemania, 15 de septiembre de 1997); caso CLOUT No. 84 (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Alemania, 20 de abril de 1994).

¹¹⁷ Véase Oberster Gerichtshof, Austria, 9 de marzo de 2000, la cual puede consultarse en la dirección de Internet <http://www.cisg.at/6_31199z.htm>; Tribunale d'apello, Lugano, Suiza, 8 de junio de 1999, que puede consultarse en la dirección <<http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=483&step=FullText>>.

requiere un enfoque en dos etapas (identificación de la ley aplicable y aplicación de la misma)¹¹⁸.

4.3 Interpretación

El Convenio de Viena sobre venta internacional de mercancías debe interpretarse siguiendo unos criterios. En primer lugar, según el primer párrafo de su artículo 7, “*en la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional*”¹¹⁹, sigue ese mismo artículo “*Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las norma de derecho internacional privado*”¹²⁰. Dado que las

¹¹⁸ En cuanto a este enfoque, véase el caso CLOUT No. 378 (Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000) y Tribunale di Rimini, Italia, 26 de noviembre de 2002, *Giurisprudenza Italiana*, 2003, págs. 896 y ss.

¹¹⁹ La Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional considera que uno de los motivos por los cuales la Convención goza de gran aceptación es que se trata de un instrumento flexible, lo cual se consiguió mediante el uso de una terminología neutra, así como promoviendo la observancia general de la buena fe en el comercio internacional, estableciendo como norma que los principios generales en los que se basa la Convención deben servir para dirimir cuestiones que no puedan resolverse con arreglo a las disposiciones de la misma, tal como se establece en el artículo 7, al tiempo que se reconoce el efecto vinculante de los usos y prácticas establecidas (artículo 9). Los autores de la Convención realizaron un notable esfuerzo por evitar el uso de conceptos legales privativos de una única tradición jurídica, normalmente cimentados por una jurisprudencia abundante y bien arraigada y en publicaciones especializadas, los cuales serían difíciles de transplantar a otros ordenamientos de diferente raigambre. El estilo del texto se eligió deliberadamente para que favoreciese la armonización del derecho sustantivo en la materia por el mayor número de Estados posible, con independencia de la tradición jurídica a la que pertenecieran. Por otra parte, los redactores de este texto también quisieron aportar flexibilidad mediante la adopción de normas que se adaptasen con mayor facilidad que sus equivalentes en derecho interno. Ahora bien, aunque es cierto que el criterio escogido por los autores de la convención tiende a facilitar la armonización del derecho mercantil internacional, su aplicación entraña también una mayor necesidad de interpretación uniforme en los distintos ordenamientos en los que se trasponga. Por consiguiente, la Secretaría opina que hay que prestar especial atención a la interpretación uniforme de la Convención por remisión al derecho interno y a la jurisprudencia extranjera, los cuales deberán no sólo tener en cuenta lo establecido por el artículo 7 de la Convención en materia de interpretación de la misma, sino que se recomienda la mayor difusión posible de laudos y decisiones arbitrales basados en la Convención, a fin de favorecer aún más una interpretación uniforme. Estas opiniones aparecen recogidas en la “*Introducción al compendio relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*”, texto adoptado en el 37º periodo de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York del 14 al 25 de junio de 2004 y disponible en la página web www.uncitral.org.

¹²⁰ Así como la Convención de Viena señala en varias de sus normas de la parte general cuáles son los temas que no se encuentran regidos en ella, también muestra con claridad que algunas de las cuestiones que sí se recogen en ella pueden no estar expresamente resueltas en su texto. De este hecho parte el artículo 7.2 al estructurar una serie de fuentes de carácter supletorio, cuya función es la de ayudar al intérprete a resolver dichas cuestiones. Si unimos lo establecido en este artículo con lo que se dice en la Convención acerca de la importancia de la autonomía de la voluntad, podemos establecer que para determinar las reglas aplicables al contrato de compraventa internacional de mercancías y su estructura jerárquica debe acudir a: 1) los acuerdos contractuales, 2) los usos y prácticas contractuales y las costumbres internacionales, 3) las normas de la Convención, 4) los principios generales en los que ella se basa, y en defecto de ellos, 5) por las normas

normas nacionales sobre el derecho de compraventa son objeto de notables divergencias en lo que respecta a su enfoque y concepto, es importante pues evitar que la interpretación de la Convención esté influenciada por los conceptos empelados en el sistema jurídico del país del foro¹²¹. La referencia a su carácter internacional¹²² invita a no asimilar las disposiciones de la convención al derecho interno¹²³ o a sus técnicas de interpretación, mientras que la uniformidad en la aplicación del convenio pretende evitar que existan divergencias significativas entre las interpretaciones que de la Convención hagan los tribunales¹²⁴ y, en su caso, árbitros nacionales, que son los encargados de velar por esa unidad¹²⁵.

Por lo que respecta a la voluntad de las partes ejercida en el contrato de compraventa, el artículo 8.1 establece que *“a los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era su intención”*. El artículo 8.2 señala que *“si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte”*. Finalmente, el tercer párrafo

de cada país aplicables según las correspondientes normas de derecho internacional privado aplicables al conflicto. Al respecto, véase OVIEDO ALBÁN, Jorge, op. cit., págs. 131 y 132

¹²¹ Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980, Documentos Oficiales, Documento de la Conferencia y Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de las Comisiones Principales, 1981, pág. 19.

¹²² En cuanto a la jurisprudencia relativa a la necesidad de tener en cuenta el carácter internacional de la Convención en la interpretación de la misma, puede ser de interés el caso CLOUT No. 418 (Federal District Court, Eastern District of Louisiana, Estados Unidos, 17 de mayo de 1999), el caso CLOUT No. 138 (Federal Court of Appeals for the Second Circuit, Estados Unidos, 6 de diciembre de 1995), el caso CLOUT No. 84 (Oberlandesgericht Frankfurt a. M., Alemania, 20 de abril de 1994) y el caso CLOUT No. 201 (Richteramt Laufen des Kantons Berna, Suiza, 7 de mayo de 1993).

¹²³ Véase el caso CLOUT No. 222 (Federal Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Estados Unidos, 29 de junio de 1998), el caso CLOUT No. 413 (Federal District Court, Southern District of New York, Estados Unidos, 6 de abril de 1998), el caso CLOUT No. 230 (Oberlandesgericht Karlsruhe, Alemania, 25 de junio de 1997), el caso CLOUT No. 171 (Bundesgerichtshof, Alemania, 3 de abril de 1996) y el caso CLOUT No. 201 (Richteramt Laufen des Kantons Berna, Suiza, 7 de mayo de 1993).

¹²⁴ Constituye un hecho comúnmente aceptado que, para obtener la uniformidad legal, no basta sólo con crear y promulgar instrumentos jurídicos uniformes, porque incluso cuando la uniformidad exterior se logra, la aplicación uniforme de las reglas convenidas no está garantizada, dado que en la práctica los diferentes países suelen interpretar de manera distinta las mismas palabras. Para reducir este peligro de divergir las interpretaciones por parte de los tribunales de países diferentes, cuando se realizó el borrador de la Convención de las naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CISG), se incluyó una provisión bien conocida, el Artículo 7(1), en virtud del cual en la interpretación del texto de la Convención deberá ser tenido en consideración su carácter internacional, así como la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. Como ya se ha comentado, esto significa que no debe leerse la Convención a través de las lentes de ley doméstica, sino de una "manera autónoma". Dicho con otras palabras, a la hora de interpretar la CISG uno generalmente no debe acudir al significado atribuido a ciertas expresiones dentro del ámbito de un sistema legal en particular. Sin embargo, se ha declarado frecuentemente, en el ámbito de la redacción de textos legales, que en vista de la necesidad de promover la uniformidad en la aplicación de la Convención, resulta insuficiente considerar la CISG como un cuerpo autónomo de reglas. Para lograr la última meta de la Convención, que es la creación de uniformidad, también es necesario considerar la práctica de otras jurisdicciones, es decir, lo que otros ya han hecho. Es por eso que no resulta sorprendente que tantos comentaristas hayan defendido que los tribunales recurran a decisiones dadas por los cuerpos judiciales extranjeros. Al respecto, véase A.A.V.V., *“Quo Vadis CISG”*, editado por Franco Ferrari, Bélgica, 2005, págs. 3, 4 y 5.

¹²⁵ MEDINA DE LEMUS, Manuel, op. cit. págs. 52 y ss.

señala que “*para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable*” deberán considerarse “*las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido, entre ellas los usos y el comportamiento ulterior de las partes*”

Así pues, mientras que el artículo 7 se refiere a la interpretación y a cómo subsanar los vacíos de la Convención, el artículo 8, que según un tribunal arbitral establece normas que corresponden a los principios generalmente aceptados en el comercio internacional¹²⁶, versa sobre la interpretación de cualesquiera declaraciones u otros actos de una parte, siempre que tales actos o declaraciones tengan relación con un aspecto regido por la Convención¹²⁷, como ya ha señalado expresamente el Tribunal Supremo de uno de los Estados contratantes¹²⁸. De esto se desprende que siempre que la declaración o el acto que haya de interpretarse se refiera a un aspecto regido por la Convención, deberán emplearse los criterios de interpretación recogidos en el artículo 8, ya se refieran esas declaraciones o actos a la Parte II (referida a la “formación”) o a la Parte III (referida a los derechos y obligaciones de las partes). Este punto de vista se ha visto confirmado por la historia legislativa¹²⁹ y la jurisprudencia. De hecho, los tribunales han recurrido a los criterios de interpretación para determinar el sentido tanto de las declaraciones y otros actos referentes a la formación del contrato¹³⁰, como a las declaraciones relativas a la ejecución¹³¹ y resolución¹³² del contrato.

Todas las soluciones del Convenio de Viena tienden a conservar el contrato, considerándolo un bien valioso, y busca aportar soluciones basadas en la buena fe y los

¹²⁶ Caso CLOUT No. 303 (Arbitraje, Cámara Internacional de Comercio no. 7331 1994).

¹²⁷ Véase al respecto Oberster Gerichtshof, 24 de abril de 1997, cuyo texto íntegro puede consultarse en la dirección <http://www.cisg.at/2_10997m.htm>.

¹²⁸ Ver Oberster Gerichtshof, 24 de abril de 1997, la cual puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://www.cisg.at/2_10997m.htm>.

¹²⁹ Véase al respecto la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo - 11 de abril de 1980, Documentos Oficiales, Documentos de la Conferencia y Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de las Comisiones Principales, 1981, pág. 19, en que se afirma que el artículo 8 sobre interpretación establece los principios que deberán seguirse al interpretar el significado de cualquier declaración u otros actos de una parte que entre dentro del ámbito de aplicación de la presente Convención. La interpretación de las declaraciones o actos de una parte pudiera ser necesaria para determinar si se ha celebrado un contrato, el sentido que tiene, o la significación de una notificación u otro acto de una parte en la ejecución de un contrato o respecto de su resolución.

¹³⁰ Véase al respecto Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 30 de agosto de 2000, que puede consultarse en la siguiente dirección: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000830g1german.html>>; Oberster Gerichtshof, Austria, 9 de marzo de 2000, puede consultarse en esta dirección de Internet: <http://www.cisg.at/6_31199z.htm>; Landgericht Zwickau, Alemania, 19 de marzo de 1999, la cual puede consultarse en: <<http://www.jura.unifreiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/519.htm>>; caso CLOUT No. 189, Austria, 1997; caso CLOUT No. 176 (Oberster Gerichtshof, Austria, 6 de febrero de 1996); caso CLOUT No. 334 (Obergericht des Kantons Thurgau, Suiza, 19 de diciembre de 1995); caso CLOUT No. 330 (Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Suiza, 5 de diciembre de 1995); caso CLOUT No. 106 (Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994).

¹³¹ Véase el Caso CLOUT No. 270 (Bundesgerichtshof, Alemania, 25 de noviembre de 1998, el cual trata la cuestión de si la oferta de pagar daños y perjuicios de parte del vendedor constituye una renuncia al derecho del vendedor a invocar los artículos 38 y 39).

¹³² Caso CLOUT No. 282 (Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 31 de enero de 1997, que aborda la cuestión de si un cierto comportamiento equivalía a la resolución del contrato).

usos del comercio internacional. Las materias reguladas por este texto son la perfección o formación del contrato, las obligaciones del vendedor y del comprador, la no conformidad de la entrega y la transmisión del riesgo de la cosa. Por otra parte, no se regulan el régimen de nulidad del contrato, ni la transmisión de la propiedad de las mercancías¹³³ ni el régimen de responsabilidad del fabricante por defectos de los productos. Estas materias se regularán por la ley nacional aplicable al contrato.

4.4 El papel de la autonomía de la voluntad

Es importante resaltar que la propia Convención destaca de manera muy acusada el principio de la autonomía de la voluntad¹³⁴. De hecho, el artículo 6 declara que “*las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos*”. Este precepto consagra de manera clara e inequívoca el carácter dispositivo¹³⁵ de

¹³³ Las convenciones internacionales de derecho uniforme son relativamente poco frecuentes y tienen un limitado radio de acción. Los escasos resultados alcanzados en este terreno demuestran el fuerte apego que tienen los Estados a sus derechos nacionales. Las convenciones sobre la letra de cambio y el cheque se tuvieron que circunscribir a los países de *civil law*, dado el rechazo de los países de *common law* a aceptar la idea de que la buena fe del poseedor pudiese oponerse a la falsedad de los endosos intermedios. La Convención de Viena sobre la venta internacional de cosas muebles corporales ha tenido que dejar sin resolver, por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre los estados adheridos, el principal problema del negocio traslativo, esto es, la determinación del momento en que la propiedad pasa del vendedor al comprador, como afirma en GALGANO, Francesco, en “Lex Mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *Revista de Derecho Mercantil*, Gráficas Aguirre Campano, núm. 247, enero-marzo de 2003, Madrid, págs. 12 y 13.

¹³⁴ En una primera aproximación a la Convención de Viena, pueden formularse dos observaciones generales sobre la misma. En primer lugar, la relativa al alcance incompleto de su texto, el cual renuncia al tratamiento de todas cuantas vicisitudes pueden acaecer en relación al contrato de compraventa internacional de mercaderías. En segundo lugar, su carácter profundamente dispositivo, de manera que la voluntad de las partes del contrato resulta ser, en última instancia, el criterio principal del que se hace depender su aplicación. Por otra parte, a pesar de que la Convención de Viena ostenta rango de auténtico Tratado internacional concluido en el ejercicio de del *ius imperii* por los Estados signatarios, se trata, sin embargo, de una Convención internacional con algún rasgo peculiar, pues su imperio y aplicación no se imponen a las partes del contrato de manera automática e inevitable en virtud de la calidad que sus fuentes revisten y que, sin embargo, no le comunican. Por el contrario, la Convención tiene un carácter dispositivo, dado que su aplicación depende en última instancia de la voluntad de las partes del contrato expresada en tal sentido, las cuales pueden, asimismo, excluir su aplicación. Se consagra en el artículo 6 de la Convención (cláusula *opting out*) y, en virtud del mismo, las partes pueden excluir no solo la completa aplicación del texto uniforme (autonomía de la voluntad como facultad reconocida a las partes para la designación del ordenamiento jurídico aplicable a un contrato internacional) sino que, además, pueden establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos (autonomía de tipo negocial). El carácter dispositivo del contenido de la Convención hace que la autonomía negocial de los contratantes sea total en orden a la exclusión, modificación o variación de sus efectos. Aparece así una convención internacional que muestra una peculiaridad impropia de los textos y tratados internacionales caracterizados por su imperatividad y por su superior rango frente al derecho interno. Contrasta ello con el carácter dispositivo de la Convención cuya aplicación depende, en última instancia, de la voluntad de las partes, como expresa SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, en “La aplicación e interpretación de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Estudios de Deusto*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, vol. 51/2, Julio-Diciembre de 2003, págs. 200 a 202.

¹³⁵ El artículo 6 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías proclama el *carácter dispositivo* de la reglamentación jurídica contenida en ella. Dicho con otras palabras,

la normativa uniforme de la venta internacional¹³⁶, reconociéndose el papel central que ocupa la autonomía de la voluntad en la disciplina del comercio internacional y, en concreto, en la compraventa¹³⁷. Así pues, en base al artículo 6, las partes pueden excluir la aplicación de la Convención de manera total o parcial, o plantear excepciones a sus disposiciones. Es importante resaltar que no es lo mismo excluir la aplicación de la Convención que realizar estipulaciones en contra de algunas de sus disposiciones. Mientras que la posibilidad de excluir no se encuentra sujeta a ningún límite, la de estipular en contra sí lo está. Un ejemplo de ello lo encontramos en los casos en que una de las partes del contrato de compraventa internacional tiene su establecimiento en un Estado que ha hecho una reserva en virtud del artículo 96, puesto que las partes no podrán apartarse del artículo 12. Por otra parte, aunque no se menciona expresamente en la Convención, existen otras disposiciones sobre las cuales las partes no pueden presentar excepciones, que son los artículos 89 a 101, dado que se trata de disposiciones de derecho internacional público que regulan cuestiones relativas a los Estados contratantes, y no a las partes del contrato de compraventa.

La consecuencia que se deriva de este artículo 6 es que, aún cuando la Convención sea por lo demás aplicable, se hace necesario determinar si las partes la han excluido o se han apartado de sus disposiciones para saber si este Tratado se aplica a un caso determinado¹³⁸. Existe cierta controversia respecto a si la exclusión de la Convención, ya sea total o parcial, debe realizarse de manera expresa o, si por el contrario se admite la exclusión tácita. En

establece el principio regulador de la *autonomía de la voluntad* de vendedor y comprador: ésta prevalece sobre lo dispuesto por la Convención, que puede ser excluida en su totalidad, en partes o incluso en singulares disposiciones. Se ha justificado el derecho de las partes a excluir total o parcialmente el Derecho uniforme como una aplicación particular de un principio general del Derecho internacional privado – la autonomía de la voluntad o facultad reconocida a las partes para designar el ordenamiento jurídico aplicable a un contrato internacional, un principio que permite a los contratantes optar por una reglamentación adecuada a sus necesidades. En este sentido, el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas respetaría ese derecho, no obstante la existencia del Derecho uniforme sobre venta internacional, otorgando a las partes el poder de decidir cuál será el Derecho rector de su contrato, si la Convención de Viena o el Derecho interno de un Estado. Este grado de libertad fue aceptado, porque están excluidas de la Convención materias tales como las cuestiones de consumidores (art. 2.a), validez del contrato (art. 4) o responsabilidad del vendedor por muerte o lesiones corporales causadas a una persona por las mercancías (art. 5), como manifiesta CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “*Contratos Internacionales*”, ed. Tecnos, Madrid, 1997, págs. 188 a 190.

¹³⁶ Véase para más información BONELL, “*Commento all’articolo 6 della Convenzione di Viena sui contratti di beni mobili. Comentario coordinato da Cesare Máximo Bianca*”, en *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 1-2, Italia, enero-abril 1989, pág. 16.

¹³⁷ Véase para más información acerca del papel en general de la autonomía de la voluntad en la disciplina de los contratos de comercio internacional, CARBONE e LUZZATO, “*I contratti del commercio internazionale*”, en *Trattato de diritto privato*, dirigido por Rescigno, tomo 11, UTET, Turín, 1984, págs. 120 y ss.

¹³⁸ Véase el caso CLOUT No. 378 (Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000); el caso CLOUT No. 338 (Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 23 de junio de 1998); el caso CLOUT No. 223 (Cour d’appel París, Francia, 15 de octubre de 1997); el caso CLOUT No. 230 (Oberlandesgericht Karlsruhe, Alemania, 25 de junio de 1997); el caso CLOUT No. 190 (Oberster Gerichtshof, Austria, 11 de febrero de 1997); el caso CLOUT No. 311 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 8 de enero de 1997); el caso CLOUT No. 211 (Tribunal Cantonal Vaud, Suiza, 11 de marzo de 1996); el caso CLOUT No. 170 (Landgericht Trier, Alemania, 12 de octubre de 1995); el caso CLOUT No. 106 (Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994); el caso CLOUT No. 199 (Tribunal Cantonal Valais, Suiza, 29 de junio de 1994); el caso CLOUT No. 317 (Oberlandesgericht Karlsruhe, Alemania, 20 de noviembre de 1992).

caso de que nos encontremos ante una exclusión expresa, pueden darse dos casos, dependiendo de si las partes indican o no cuál es el derecho aplicable al contrato entre ellas. En los casos en los que se excluya la aplicación de la Convención indicando cuál es el derecho aplicable, lo cual puede hacerse en algunos países durante los procedimientos judiciales¹³⁹, el derecho aplicable será el que determine las normas de derecho internacional privado del foro¹⁴⁰, que en la mayoría de países declaran aplicable el derecho elegido por las partes¹⁴¹.

Cuando se excluya expresamente la Convención sin indicar cuál será el derecho aplicable, para determinar ese derecho habrá que acudir a las normas de derecho internacional privado del foro. Diversos tribunales se han manifestado sobre este tema en el sentido de que la posibilidad de excluir la Convención depende de la intención claramente manifestada por las partes¹⁴². Aún así, la opinión de la jurisprudencia no es unánime al respecto. También existen decisiones judiciales que avalan la posibilidad de excluir la aplicación de la Convención de manera tácita¹⁴³. Además, ya en la elaboración de la Convención numerosas delegaciones gubernamentales mostraron su desacuerdo con respecto a la posibilidad de que la aplicación de la Convención sólo pudiera ser excluida de manera expresa¹⁴⁴. Aún así,

¹³⁹ Es lo que ocurre por ejemplo en Alemania, como subraya la jurisprudencia; véase, por ejemplo, el caso CLOUT No. 122 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 26 de agosto de 1994); el caso CLOUT No. 292 (Oberlandesgericht Saarbrücken, Alemania, 13 de enero de 1993); así ocurre también en Suiza, véase Handelsgericht Kanton Zürich, 10 de febrero de 1999, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 2000, pág. 111.

¹⁴⁰ Véase el caso CLOUT No. 231 (Bundesgerichtshof, Alemania, 23 de julio de 1997); Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 15 de marzo de 1996, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1997, págs. 170 y ss.

¹⁴¹ Cuando las normas de derecho internacional privado del foro sean las que figuran el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de bienes muebles corporales (1955) (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta 73.V.3), en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980) (Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1605, No. 28023) o la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (1994) (Organización de los Estados Americanos, Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado: Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 17 de marzo de 1994, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-56.html>>), se aplicará el derecho elegido por las partes.

¹⁴² Federal Northern District Court for California, 21 de julio de 2001, 2001 U.S. Dist. LEXIS 16000, 2001 Westlaw 1182401 (Asante Technologies, Inc. v. PMC-Sierra, Inc.), puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010727u1.html>>; Tribunal de Comercio de Namur, Bélgica, 15 de enero de 2002, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-01-15.htm>>.

¹⁴³ Véase Oberster Gerichtshof, Austria, 22 de octubre de 2001, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://www.cisg.at/1_7701g.htm>; Cour de Cassation, Francia, 26 de junio de 2001, la cual puede consultarse en Internet en <http://witz.jura.unisb.de/CISG/decisions/2606012v.htm>; el caso CLOUT No. 378 (Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000); Oberlandesgericht Dresde, Alemania, 27 de diciembre de 1999, que puede consultarse en <<http://www.jura.unifreiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/511.htm>>; el caso CLOUT No. 273 (Oberlandesgericht Munich, Alemania, 9 de julio de 1997); Landgericht Munich, Alemania, 29 de mayo de 1995, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pág. 401; caso CLOUT No. 136 (Oberlandesgericht Celle, Alemania, 24 de mayo de 1995).

¹⁴⁴ Al respecto, pueden consultarse los *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo-11 de abril de 1980* (Publicación de las Naciones Unidas, No. de venta E.81.IV.3), págs. 93 y 94.

también pueden encontrarse decisiones judiciales o laudos arbitrales que niegan que la Convención pueda excluirse tácitamente, ya que su texto no prevé expresamente tal posibilidad¹⁴⁵.

En mi opinión, considero que, si bien es cierto que la Convención no prohíbe de manera clara la exclusión tácita de su aplicabilidad, esta posibilidad, aunque permitida, debería evitarse por motivos prácticos. El artículo 6 hace referencia a la posibilidad de excluir la aplicación de la Convención, sin entrar a distinguir entre expresa y tácita. La exclusión expresa no plantea grandes problemas de interpretación, pero con la exclusión tácita hay que ser cuidadosos. No hay que olvidar que la eliminación de toda referencia inequívoca en la Convención a la posibilidad de exclusión tácita permite que los tribunales carezcan de base para concluir, con fundamentos insuficientes, que se ha excluido la Convención en su totalidad. No hay que abusar del recurso a la exclusión tácita, pues correríamos el riesgo de que este texto no se aplicase nunca. Además, demostrar una exclusión tácita ante un tribunal requiere de una tarea de interpretación de los actos y documentos realizados por las partes, con la imprecisión, inseguridad y dificultades probatorias que eso conlleva, unos problemas que no se dan en el caso de la exclusión expresa.

Se han sugerido algunas formas de exclusión tácita. En primer lugar, las partes podrían convenir en que el derecho aplicable a su contrato fuera el de un Estado no contratante¹⁴⁶, aunque conviene precisar que la posibilidad de que esta elección pueda ser reconocida dependerá de las normas de derecho internacional privado del foro. Resulta una opción un tanto arriesgada, dado que si se desconoce ese derecho al que nos remitimos, se supone que en su totalidad, podrían darse paradojas como que el derecho internacional privado de ese Estado no contratante nos remitiera a su vez a otro derecho, con la incertidumbre y problemas que eso conlleva. Antes de adoptar planteamientos semejantes sería adecuado conocer con todo detalle ese derecho al que nos remitimos, aunque personalmente considero que resulta más fácil y cómodo que las partes o bien apliquen la Convención, o bien que regulen ellas mismas su contrato en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Otra forma de exclusión tácita sería la elección del derecho de un Estado contratante. En un laudo arbitral¹⁴⁷ y en varios fallos judiciales¹⁴⁸ se ha señalado que la elección del derecho de un Estado contratante debería suponer una exclusión tácita de la aplicación de la Convención, ya que de no ser así, la elección de las partes no tendría significado alguno en

¹⁴⁵ Véase Landgericht Landshut, Alemania, 5 de abril de 1995, puede consultarse en esta dirección de Internet: <http://www.jura.uni-freiburg.de/iprl/Convention/>; (Federal) Court of International Trade, Estados Unidos, 24 de octubre de 1989, 726 Fed. Supp. 1344 (Orbisphere Corp. v. United States), la cual puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>. En el mismo sentido se pronuncia el laudo No. 54/1999 del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e industria de la Federación Rusa, la cual puede consultarse en esta dirección de Internet: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000124r1.html>.

¹⁴⁶ Por ejemplo, como ocurre en el caso CLOUT No. 49 (Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemania, 2 de julio de 1993).

¹⁴⁷ Véase el caso CLOUT No. 92 (Arbitraje - Tribunal Especial, 19 de abril de 1994).

¹⁴⁸ Véase Cour d'Appel Colmar, Francia, 26 de septiembre de 1995, puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://witz.jura.uni-sb.de/cisg/decisions/260995.htm>; el caso CLOUT No. 326 (Kantonsgericht des Kantons Zug, Suiza, 16 de marzo de 1995); caso CLOUT No. 54 (Tribunale Civile de Monza, Italia, 14 de enero de 1993).

la práctica. A pesar de ello, en la mayoría de los fallos judiciales¹⁴⁹ y laudos arbitrales¹⁵⁰ se sigue un criterio diferente, el cual puede sintetizarse de la siguiente manera: la Convención forma parte del derecho del Estado contratante elegido por las partes, y por otro lado, con la elección del derecho del Estado Contratante se decide el derecho con el que se colmarán las eventuales lagunas de la Convención. Según esta serie de decisiones, la elección del derecho de un Estado contratante sin hacer especial referencia al derecho interno de ese Estado no excluiría la aplicabilidad de la Convención, pero si las partes eligiesen de manera inequívoca la aplicación del derecho interno de un Estado contratante, entonces necesariamente debería considerarse que se ha excluido la Convención¹⁵¹. Así pues, nos encontraríamos ante una exclusión tácita si las partes decidieran que a su contrato se aplicase el derecho interno y sólo el derecho interno.

La elección de un determinado foro puede constituir también una forma de exclusión tácita, aunque, en los casos en que el foro elegido se encuentre en un Estado contratante y se demuestre que las partes deseaban aplicar la ley del foro, resultará aplicable la Convención¹⁵².

¹⁴⁹ Hof van Beroep Gent, 17 de mayo de 2002, que puede consultarse en Internet en: <<http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-05-17.htm>>; Oberlandesgericht Frankfurt, 30 de agosto de 2000, la cual puede consultarse en Internet en: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000830g1german.html>>; el caso CLOUT No. 270 (Bundesgerichtshof, Alemania, 25 de noviembre de 1998); caso CLOUT No. 297 (Oberlandesgericht Munich, Alemania, 21 de enero de 1998); caso CLOUT No. 220 (Kantonsgericht Nidwalden, Suiza, 3 de diciembre de 1997); caso CLOUT No. 236 [Bundesgerichtshof, Alemania, 21 de julio de 1997]; caso CLOUT No. 287 (Oberlandesgericht Munich, Alemania, 9 de julio de 1997); caso CLOUT No. 230 (Oberlandesgericht Karlsruhe, Alemania, 25 de junio de 1997); caso CLOUT No. 214 (Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 5 de febrero de 1997); caso CLOUT No. 206 (Cour de Cassation, Francia, 17 de diciembre de 1996); Landgericht Kassel, Alemania, 15 de febrero de 1996, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report, 1996, 1146; caso CLOUT No. 125 (Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 9 de junio de 1995); Rechtbank s'Gravenhage, Países Bajos, 7 de junio de 1995, Nederlands Internationaal Privaatrecht, 1995, No. 524; el caso CLOUT No. 167 (Oberlandesgericht Munich, Alemania, 8 de febrero de 1995); caso CLOUT No. 120 (Oberlandesgericht Köln, Alemania, 22 de febrero de 1994); caso CLOUT No. 281 (Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17 de septiembre de 1993); caso CLOUT No. 48 (Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemania, 8 de enero de 1993).

¹⁵⁰ Véase Corte de Arbitraje de la CCI, laudo No. 9187, puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=466&step=FullText>>; el caso CLOUT No. 166 (Arbitraje - Schiedsgericht der Handelskammer Hamburgo, 21 de marzo, 21 de junio de 1996); Tribunal de Arbitraje dependiente de la Cámara de Comercio e Industria de Hungría, Hungría, 17 de noviembre, Unilex; Corte de Arbitraje de la CCI, Francia, laudo No. 8324, *Journal du droit international*, 1996, págs. 1019 y ss.; Corte de Arbitraje de la CCI, Francia, laudo No. 7844, Unilex; Corte de Arbitraje de la CCI, Francia, laudo No. 7660, Unilex; Corte de Arbitraje de la CCI, Francia, laudo No. 7565, *Journal du droit international*, 1995, págs. 1015 y ss.; caso CLOUT No. 103 (Arbitraje-Cámara de Comercio Internacional no. 6653, 19939; caso CLOUT No. 93 (Arbitraje-Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Viena, 15 de junio de 1994).

¹⁵¹ Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 30 de agosto de 2000, puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/000830g1german.html>>; Oberlandesgericht Frankfurt, Alemania, 15 de marzo de 1996, la cual puede consultarse en la siguiente dirección: <<http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/284.htm>>.

¹⁵² Schiedsgericht der Hamburger freundlichen Arbitrage, Alemania, 29 de diciembre de 1998, *Internationales Handelsrecht*, 2001, págs. 36-37; caso CLOUT No. 166 (Arbitraje - Schiedsgericht der Handelskammer Hamburgo, 21 de marzo, 21 de junio de 1996).

Por otra parte, también se planteado la posibilidad de que las partes puedan excluir la aplicación de este texto cuando defiendan un caso basándose únicamente en el derecho interno, aún cuando se cumplan todos los requisitos de aplicabilidad de la Convención. En los países en los que el juez esté obligado a aplicar el derecho correcto a pesar de que las partes basen sus argumentos en un derecho no aplicable al caso, el mero hecho de que las partes invoquen solamente el derecho interno no conlleva la exclusión de la Convención¹⁵³.

Finalmente, también merece la pena destacar que existe un fallo que afirma que la inclusión por las partes de Incoterms no constituye una exclusión tácita de la Convención¹⁵⁴. Resulta conveniente matizar un poco esta afirmación. Como más adelante se verá, los Incoterms regulan los aspectos más relevantes de la compraventa internacional de mercancías, y su aplicación depende por completo de la voluntad de las partes. La finalidad de estos términos es “...establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales. De este modo, podrán evitarse las incertidumbres derivadas de las interpretaciones de dichos términos en países diferentes, o por lo menos, podrán reducirse en gran medida”¹⁵⁵.

Pero, a pesar de su importancia, estos términos no disciplinan la totalidad de materias relativas a la compraventa, sino únicamente los más importantes¹⁵⁶. Si las partes únicamente afirman que su contrato se regirá por un incoterm determinado, sin mencionar nada más, es posible que en un hipotético juicio para rellenar las lagunas en la regulación de estos términos deba recurrirse a lo que establezca el derecho del foro, aplicado supletoriamente en ausencia de la voluntad de las partes, lo que, en última instancia, podría conllevar la aplicación de la Convención. Por lo tanto, sería cierto que la mera inclusión de los Incoterms en un contrato no excluiría de manera tácita la Convención *en su totalidad*, puesto que las lagunas en estos términos podrían ser colmadas con lo establecido en este texto.

Por otra parte, conviene dejar muy claro que todas aquellas materias que sí estén reguladas por el incoterm en cuestión no podrán ser objeto de regulación por parte de la Convención, por lo que solamente una parte de la misma se encontraría excluida de aplicación, en cierto modo. En mi opinión, la mera inclusión de los Incoterms, *sin más*, sin que las partes hagan referencia alguna a otra norma que colme sus lagunas, no supone una exclusión tácita de la aplicación de toda la Convención, pues esta aún podría ser aplicable, aunque sólo fuera en

¹⁵³ Ver el caso CLOUT No. 378 (Tribunale di Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000); el caso CLOUT No. 125 (Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 9 de junio de 1995); Landgericht Landshut, Alemania, 5 de abril de 1995.

¹⁵⁴ Oberster Gerichtshof, Austria, 22 de octubre de 2001, la cual puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://www.cisg.at/1_7701g.htm>.

¹⁵⁵ A.A.V.V. “*INCOTERMS 2000. Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales*”, pág. 7. Los puntos esenciales que se encuentran regulados en los términos INCOTERMS son precisamente los relativos a quien asumirá el transporte de los bienes objeto del contrato de venta y quien soportará los riesgos de transporte. Sobre este punto, véase LE MASON, Didier, “*Les INCOTERM , en La Convention de Vienne sur la vente internationale et les INCOTERMS. Actes du colloque des 1er et 2 décembre 1989. Sous la direction de Yves Derains et de Jacques Ghestin*”, Centre de Droit Des Obligations de L’Université de Paris I. 1990, pág. 37 y sigs.

¹⁵⁶ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, “*Autonomía de la Voluntad y Derecho Uniforme de la Compraventa Internacional*”, ed. Comares, Granada, 1998, pág. 107.

parte. Pero las normas que contradigan lo establecido por el incoterm elegido sí serán excluidas. Creo que en este caso nos encontraríamos ante una exclusión tácita parcial de la Convención, o, mejor aún, ante una excepción de la misma planteada por las partes, de conformidad con su artículo 6.

Como puede verse, la autonomía de la voluntad ofrece ciertas ventajas muy útiles en los intercambios comerciales, puesto que es aceptada por la mayoría de los ordenamientos y permite a las partes prever con certeza el derecho que regirá su relación, lo que facilita la planificación de sus actuaciones. Desde este punto de vista, la Convención puede considerarse como un ofrecimiento o puesta a disposición que los estados hacen a los que participan en las relaciones mercantiles internacionales, en un intento no forzado de facilitar, que no imponer, una regulación jurídica uniforme de las mismas. Lo cierto es que al permitir a las partes excluir la Convención y estipular en contra de sus disposiciones, eligiendo para ello en ocasiones otros instrumentos del derecho mercantil internacional¹⁵⁷, los autores de este instrumento afirmaron el principio en virtud del cual la fuente primordial de las normas que rigen los contratos de compraventa internacional es la autonomía de las partes¹⁵⁸. Así, reconocieron claramente el carácter no vinculante de la Convención¹⁵⁹ y la función central que desempeña la autonomía de las partes en el comercio y en la

¹⁵⁷ Otras convenciones producto de la labor de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y de instituciones como UNIDROIT y CCI han contribuido a la conformación del *ius commune* moderno. Entre estos instrumentos cabe destacar los *Principios para los contratos comerciales internacionales*, publicados en el año 1994, los cuales se concibieron como una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. Téngase en cuenta que su valor jurídico solamente proviene de un pacto expreso en el contrato. Sin embargo, varios tribunales internacionales los han considerado aplicables a los contratos por el simple hecho de constituir “principios generales” de los contratos del comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo. Lo cierto es que en la doctrina y práctica internacional se ha establecido una relación entre los mencionados *Principios* y la Convención de 1980, basándose en un grupo de decisiones arbitrales que se han referido a la función de los *Principios* como forma de interpretar o llenar vacíos contenidos en convenciones internacionales, entre ellas, la Convención de Viena sobre compraventa internacional. También cabe mencionar las relaciones que pueden establecerse entre la Convención sobre compraventa y los términos Incoterms de la CCI, así como otros conjuntos de reglas y costumbres recopiladas por la Cámara de Comercio Internacional. Frente a la Compraventa Internacional, han sido numerosos los laudos proferidos por tribunales de arbitraje que han funcionado conforme al Reglamento de la CCI, por ello la necesidad de comentar la necesaria relación entre la labor de la CCI en el campo de la difusión del arbitraje y el desarrollo la Convención de Viena de 1980, toda vez que son los jueces los que se encargan de crear el derecho mediante la aplicación práctica e interpretación de las normas. La Cámara de Comercio Internacional, además de desarrollar por medio de la Corte de Arbitraje la función que se ha señalado, recopila reglas y usos comunes del tráfico internacional. Los Incoterms y las reglas sobre crédito documentario reflejan ese esfuerzo, y están íntimamente relacionadas con las operaciones del tráfico, de ahí la importancia de su conocimiento, difusión y aplicación. Los términos Incoterms se relacionan con las operaciones de compraventa en lo relativo al establecimiento de derechos y obligaciones de las partes, las cuales deben indicar en el contrato la inclusión de los Incoterms. En tal sentido se pronunciaba OVIEDO ALBÁN, Jorge, op. cit., págs. 147 a 151.

¹⁵⁸ Este principio se invoca en el caso CLOUT No. 229 (Bundesgerichtshof, Alemania, 4 de diciembre de 1996).

¹⁵⁹ Para una referencia expresa al carácter no vinculante de la Convención, véase Cassazione civile, Italia, 19 de junio de 2000, *Giurisprudenza italiana*, 2001, pág. 236; Oberster Gerichtshof, Austria, 21 de marzo de 2000, *Internationales Handelsrecht*, 2001, pág. 41; caso CLOUT No. 240 (Oberster Gerichtshof, Austria, 15 de octubre de 1998); Handelsgericht, Viena, 4 de marzo de 1997.

compraventa internacional¹⁶⁰. Por otra parte, el principio de la autonomía de la voluntad que rige todo el texto también permite que las partes puedan pactar su aplicación a las compraventas internas, lo que, como ya se ha señalado, puede ayudar a paliar los problemas que plantea la división entre transacciones civiles y mercantiles.

La reglamentación del Convenio de Viena, aunque se trate de un texto muy completo, debe entenderse como supletoria. Las partes, de acuerdo con el artículo 6 pueden excluir su aplicación, derogar cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. Por otra parte, las reglas de interpretación del artículo 8 permiten deducir que los usos internacionales que eventualmente entren en juego puedan exceptuar la aplicación de la Convención¹⁶¹.

Por último, si queremos determinar el alcance de la autonomía de la voluntad en la Convención, no puede pasarse por alto el contenido de su artículo 9. En su primer párrafo, se establece que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. En el segundo párrafo, se afirma que salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Esta disposición describe la medida en que los usos o prácticas convenidos o establecidos entre las partes tienen fuerza obligatoria para ellas, y se ha argumentado que puede servir de base para la aplicación de los Incoterms¹⁶².

A la vista de lo establecido por este texto, no parece que pueda dar respuesta a todos los interrogantes que puede plantear una compraventa internacional de mercancías. A pesar de que su valor unificador es incuestionable, al regular sólo parte de las materias referidas a este tipo de contrato, unido al hecho de que esta Convención se trata de derecho dispositivo, hace entrever que su estudio, si bien ineludible, no es suficiente por sí solo para abordar la complejidad de este contrato. Aún así, a pesar de que las partes puedan

¹⁶⁰ Landgericht Stendal, Alemania, 12 de octubre de 2000.

¹⁶¹ Véase MEDINA DE LEMUS, Manuel, op. cit., pág. 51.

¹⁶² Concretamente el caso *St. Paul Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*, de los Estados Unidos de América, 26 de marzo de 2002, que puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020326u1.html>>. Tras recalcar que “la finalidad de los Incoterms, que consagran los términos comerciales internacionales, es proporcionar un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos mercantiles utilizados con mayor frecuencia en el comercio internacional” y que “esos términos se emplean para asignar los costos del flete y de los seguros además de fijar el momento en que el riesgo de pérdida se transfiere al comprador”, el tribunal estimó que los Incoterms están incorporados en la Convención en virtud el párrafo 2 del artículo 9”. El tribunal decidió además que, con arreglo al párrafo 2 del artículo 9 de la Convención, “las definiciones de los Incoterms deben aplicarse al contrato aunque no haya una referencia expresa a ellos en éste”; por consiguiente, el tribunal sostuvo que cuando “un contrato menciona la entrega CIF, las partes aluden a los Incoterms, aún cuando no aparezca una referencia expresa a estas normas. En un sentido parecido se pronunció el laudo arbitral de Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, Arbitraje, laudo No. 406/1998, puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000606r1.html>>, así como en el fallo de la Corte d’appello Génova, Italia, 24 de marzo de 1995, puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=198&step=FullText>>, en el que el tribunal interpretó la cláusula FOB basándose en los Incoterms, aunque éstos no se mencionaban de manera expresa.

eventualmente excluir su aplicación, resulta un instrumento orientador sumamente útil, puesto que permite acercarnos a la interpretación que en derecho comparado se da a todos los conceptos relacionados con la compraventa mercantil. No se trata en absoluto de una “letra muerta”, como algunos podrían aventurar, pero un estudio riguroso de la venta internacional de mercaderías requiere que nos fijemos, además, en otras figuras normativas, igualmente aplicables por voluntad de las partes, como son los Incoterms.

**SECCIÓN III:
LAS COMPRAVENTAS
MARÍTIMAS**

CAPÍTULO 5

El sector del transporte en España. Perspectivas

5.1. Importancia del transporte para el comercio

Si el comercio internacional es de vital importancia para los Estados en la actualidad, por lógica se desprende que todo aquello que favorezca este comercio debe ser objeto de interés para los gobiernos. La siguiente cuestión que deberíamos responder pues sería ¿qué es importante para el comercio internacional? Se trata de una pregunta fácil de responder: los transportes.

El transporte consiste ante todo en una actividad de traslado de personas o cosas, la cual debe realizarse de manera legal, o lo que es lo mismo, cumpliendo con las normas de sanidad, seguridad y orden público establecidas por las autoridades, ya que en caso contrario pueden aparecer gravísimas responsabilidades. Pero el transporte no es sólo una actividad, sino que esa actividad precisa de varios elementos para ser llevada a cabo. Esos elementos serían la infraestructura, el vehículo y la empresa¹⁶³.

En el comercio internacional, el transporte se desarrolla generalmente en dos fases; la interior y la exterior. La fase interior se daría mientras la mercancía se desplaza dentro de un país, mientras que la fase exterior o internacional tendría lugar cuando la mercancía se traslada de un país a otro. En ambos casos, el objetivo es que la mercaderías objeto de la compraventa lleguen a su destino en las condiciones del contrato, es decir, en el plazo convenido y sin que se produzca daño o menoscabo alguno en su naturaleza¹⁶⁴.

¹⁶³ Podemos denominar transporte a un sistema integrado por múltiples elementos, siendo tres los fundamentales: la infraestructura, el vehículo y la empresa de servicio que viene a constituir la actividad propiamente dicha. Estos tres elementos se encuentran siempre interrelacionados entre sí, puesto que ninguno sería útil sin que los otros existiesen. Si analizamos el sistema desde el punto de vista de las infraestructuras, podemos definir éstas como el soporte físico común de los distintos modos de transporte. Las infraestructuras son consideradas a menudo como bienes públicos, y esto se debe fundamentalmente a dos motivos. En primer lugar, a sus elevados costes fijos, tanto de construcción como de mantenimiento y explotación, que en numerosas ocasiones hacen que no puedan ser asumidos de forma exclusiva por un ente privado a precios de mercado. En segundo lugar, por su importante dimensión económica y social. Por otra parte, también cabe la posibilidad de que, aún pudiendo ser de titularidad privada, requieran de regulación parte del Estado, para garantizar con ello los derechos del ciudadano y velar por la seguridad de la circulación en cualquier modo de transporte. Las infraestructuras de transporte juegan un papel muy importante en el desarrollo económico y regional de las zonas en las que se ubican, pero también es necesario que las empresas, utilizando su flota de vehículos, presten servicios de transporte. Independientemente de la clase de servicio de que se trate, ya sean servicios públicos, privados o de interés público, los servicios de transporte se caracterizan como sistemas productivos con una producción no almacenable, cuya producción es difícil de adecuar a la demanda. Sin embargo, su dimensión social es tan grande que, como ya ocurría con las infraestructuras, frecuentemente se ven intervenidos por el Estado por razones económicas, de integración y hasta militares. Para más información, véase CENDRERO AGENJO, Benjamín y TRUYOLS MATEU, Sebastián, “*El Transporte. Aspectos y Tipología*”, Publicaciones Delta, Madrid, 2008, págs. 3 a 5.

¹⁶⁴ Por otra parte, en la organización del transporte deben considerarse asimismo dos fases, una fase estática o de preparación y otra dinámica o de movimiento. La armonización de ambas deviene esencial para que la

Efectivamente, no sirve de mucho transmitir la propiedad de un bien si éste no puede llegar a manos de su nuevo dueño. Se necesita para ello una compleja y enorme red de infraestructuras, las cuales tienen unos elevados costes de construcción y operación¹⁶⁵, que abarquen todos los medios de transporte a través de los cuales circulan las mercancías, ya sean aéreos, terrestres o marítimos¹⁶⁶, y unas empresas que se dediquen a prestar los servicios de transporte, poniendo a disposición de los consumidores su flota de vehículos.

Así pues, nos encontramos con que todo sistema de transportes persigue una serie de objetivos:

- La conexión que gracias a él se permite entre los distintos sectores productivos entre sí, y de éstos con los centros de consumo.
- El desplazamiento, tanto de personas como de mercancías.
- La accesibilidad a los distintos núcleos de población, centros de producción, centros de consumo, etc.

operación tenga éxito. La fase estática comprende las técnicas de protección física, tales como el envase y el embalaje, la manipulación de la mercancía, la estiba o colocación dentro de vehículos, y el almacenaje, así como la protección jurídico-económica, de vehículos, mercancías y responsabilidad civil, mediante el correspondiente contrato de seguro. La fase dinámica, en cambio, incluirá el estudio de los vehículos empleados en los diversos modos de transporte, sus características técnicas (tales como limitaciones de capacidad, dimensionales y compatibilidad con la mercancía), y sus formas de gestión comercial, que son en función de los volúmenes a transportar y de los flujos comerciales internacionales. Al respecto, véase LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario (supervisor), op. cit., pág. 267.

¹⁶⁵ La verdad es que esos costes son tan elevados que a menudo los Estados buscan formas alternativas de sufragarlos, lo que se traduce en las diferentes formas de financiación de las infraestructuras, que puede ser pública, privada o mixta. La financiación pública hace frente los costes construcción y gestión de las infraestructuras con los recursos del Estado. Estos recursos se obtienen fundamentalmente a través de los impuestos y del endeudamiento del gobierno. El sistema de financiación privada no hace uso de ayudas o garantías estatales y, por tanto, no grava el Presupuesto de la Administración Pública ni repercute sobre el déficit público. Por último, el sistema de financiación mixta o de participación público-privada trata de compatibilizar los objetivos socioeconómicos que persiguen las administraciones públicas con los estrictamente financieros de la iniciativa privada, rompiendo el tradicional antagonismo que ha venido enfrentando a los partidarios de la financiación estrictamente pública con los defensores de la financiación privada. Al respecto, véase CARPINTERO LÓPEZ, Samuel, *“Infraestructuras de transporte y desarrollo económico”*, Cátedra Abertis, Madrid, 2005, págs. 20 y 21.

¹⁶⁶ El transporte es esa parte de la actividad económica centrada en satisfacer las necesidades de la gente mediante el cambio de la posición geográfica de mercancías o personas. Puede traer las materias primas a lugares donde puedan ser manufacturadas fácilmente, o productos acabados a lugares donde los consumidores puedan comprarlos. Por otra parte, puede llevar al consumidor a lugares donde él o ella puedan disfrutar de servicios disponibles; los pacientes al hospital; el joven a las instituciones de educación y aprendizaje; el ocioso a los lugares de recreo, etc. Muchas áreas del mundo, incluso hoy en día, están deshabitadas y sus recursos siguen sin explotarse. El transporte puede liberar estas fuentes. Se ha dicho que " el Transporte crea la utilidad de espacio ". es una fuerza liberadora, que transmite los recursos naturales, manufacturados y humanos a lugares donde puedan utilizarse plenamente. La Tierra normalmente se describe como un " mundo encogiéndose ", un mundo en que el transporte ha alcanzado un nivel de actuación tal que pueden realizarse movimientos muy rápidos de mercancías y personas de una parte del globo a otra. Las distancias que nosotros tenemos que cubrir son más grandes como nunca, pero el tiempo exigido para cruzarlas se ha encogido drásticamente, tal como se explica en BENSON, Don, BUGG, Ralph y WHITEHEAD, Geoffrey, *“Transport and logistics”*, ed. Woodhead-Faulkner, Wiltshire (Gran Bretaña), 1994, págs. 1 a 3.

- La integración social y territorial, consiguiendo la unidad de todo el territorio a través de la interconexión de las redes nacionales entre sí y de éstas con las del resto del mundo, favoreciéndose de así la cohesión económica y social.
- La productividad, mediante el desarrollo de una actividad productiva dentro del país que ocupa a una elevada masa laboral y que contribuye de forma considerable a la creación del Producto Interior Bruto (PIB).
- El desarrollo de otras actividades económicas relacionadas con el sistema del transporte, incluyendo aquellas que surgen ya desde su fase de construcción a todas aquellas relacionadas con el mantenimiento y explotación de los distintos modos de transporte.

Además de estos objetivos, hay que tener en cuenta que hoy en día las medidas destinadas a favorecer el desarrollo económico a menudo deben armonizarse con las necesidades ecológicas y la protección medioambiental. Ello motiva que los gobiernos que se plantean una mejora de su red de transportes deban tener en cuenta otros factores hasta hace poco ignorados, como pueden ser la eficiencia energética o la limitación del impacto que estas estructuras tienen en los ecosistemas¹⁶⁷.

Así pues, ¿en qué situación se encuentra España ante este panorama del comercio internacional? O más concretamente, ¿en qué estado se encuentra su red de transportes? Podríamos responder que nuestro país se encuentra en una buena posición que podría mejorarse aún más¹⁶⁸.

¹⁶⁷ En opinión de LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos, la situación ambiental actual y su evolución serán elementos fundamentales a la hora de establecer las políticas de transporte. Los gobiernos, los organismos supranacionales y, con anterioridad, la comunidad científica han reconocido, y así se lo han transmitido a los ciudadanos, que ya no es posible continuar avanzando hacia el futuro sin tener en cuenta las necesidades del planeta y de sus ecosistemas. Tratándose éste de un problema tan básico, no resulta extraño que las políticas de los distintos gobiernos se encuentren condicionadas desde hace tiempo, en mayor o menor medida, por el factor medioambiental. De este modo, la protección de la salud de los ciudadanos, de la biodiversidad, la lucha contra el calentamiento global, las catástrofes naturales, la desertificación, la pérdida de recursos hídricos, el aprovechamiento racional del suelo o la utilización de energías alternativas limpias han llegado a constituir, en un periodo de tiempo relativamente corto, preocupaciones fundamentales de las distintas políticas públicas (económica, medioambiental, de transportes...), hasta tal punto que no resulta aventurado afirmar que en la última década la sociología y el medio ambiente han ido ganando terreno a la economía en el contexto de la política científica de los países desarrollados. Sin embargo, la génesis de la lucha contra los efectos de este cambio global, por lo menos en el contexto institucional, no se encuentra en el triunfo de la valoración ecologista del mundo frente a la economicista, tradicionalmente dominante, sino que se debe a la constatación de que el coste de las medidas de reparación de los daños ambientales es más elevado que el control anticipado de las inmisiones, operando el retraso en su implementación como multiplicador del citado coste. Al respecto, véase LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos, “Transporte y Cambio Global”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXIV, Barcelona, 2007, págs. 233 y 234.

¹⁶⁸ En el prólogo de la obra de FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (Coord.), “*Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del derecho de la competencia*”, Manuel MORATIEL LLARENA expone que, en el sector del transporte, con frecuencia son las transformaciones de la realidad constatadas con posterioridad notarial por los grandes juristas las que terminan desencadenando la renovación de un cuerpo normativo obsoleto cuya supervivencia formal entra en el campo de lo que él llama la “fantasmagoría legalista”, poniendo como ejemplo el caso de la Ley de 1947 que, además de ser parcialmente derogada nada más nacer, sobrevivió formalmente a lo largo de los años mientras gran parte de sus postulados eran sistemáticamente inaplicados por la administración. Al respecto, el

La propia configuración de la geografía española hace que el transporte de pasajeros sea una actividad de importancia capital para nuestra economía, no sólo por los beneficios que esta actividad genera por sí sola, sino por todo lo que sustenta. Conviene recordar que la inmensa mayoría de la población española reside actualmente en núcleos urbanos, que muchos de esos núcleos desbordan los estrechos límites administrativos de la ciudad y que el transporte dentro de esas aglomeraciones es considerado por las autoridades de “interés general”. ¿Qué ocurriría con las empresas si sus trabajadores no pudieran llegar a sus puestos de trabajo porque las infraestructuras de transporte, ya sean carreteras, ferrocarriles, etcétera, no se encuentran en buenas condiciones (una cuestión tristemente célebre para los barceloneses)? Aún con sus carencias, hay que reconocer que nuestro sistema de transporte ha sabido dar respuesta a las exigencias de nuestro desarrollo, y ello se hace patente especialmente en lo que respecta al éxito turístico español, motor donde los haya del milagro de nuestra economía. Este logro se debe fundamentalmente a la tupida red de transporte que, a unos precios competitivos, ha sabido facilitar los desplazamientos en condiciones de rapidez y seguridad de un extremo a otro del país. Uno de los grandes logros de una economía obligada a operar en escenarios demográficos tan dispares como la desierta meseta castellana y el superpoblado litoral mediterráneo, las apretadas conurbaciones urbanas de Madrid, Barcelona o Valencia y el disperso hábitat del interior de Galicia, Aragón o Extremadura ha consistido en contar con un sistema de transporte capaz de conjugar la atención al pueblo aislado con la comunicación de quien trabaja en una capital pero habita en el extrarradio urbano. Dicho en otras palabras, la importancia estructural del transporte para cualquier economía adquiere, en el caso español, una trascendencia aún mayor dada la importancia que el turismo tiene en nuestra economía, por no hablar de los desplazamientos que los trabajadores deben realizar para acudir a sus puestos de trabajo. Nuestra propia geografía ha convertido la existencia de una buena red de transporte en una necesidad económica y en un factor clave de bienestar¹⁶⁹.

autor considera la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre de 1987 como un hito decisivo al respecto, suponiendo un punto de inflexión a partir del cual emergió todo un sistema de transporte que aspiraba a asentar bases de futuro: la definición de transporte como sistema plurimodal integrado, la aceptación del principio de coordinación entre modos, con el subsiguiente reconocimiento de cierta paridad autobús-ferrocarril, la transformación de los antiguos <<coordinados>> en concesiones estables, etc. A pesar de ello, el autor opina que factores como el desarrollo urbano, la puesta en cuestión del concepto de servicio público o las nuevas formas de financiación de los proyectos públicos pueden influenciar importantes cambios estructurales en nuestro sistema de transporte, además de señalar otros factores de crisis internos, como son la concentración de capitales en el tejido empresarial y el aumento en el precio de los combustibles. Ante este panorama, las tres opciones que se nos presentarían son las siguientes: dejar las cosas como están; redefinir nuestro régimen concesional, buscando articular su compatibilidad con nuestro moderado mercado de transporte; u optar simple y llanamente por el libre mercado.

¹⁶⁹ El volumen de tráfico no sólo refleja la cantidad de personas que necesitan ser alimentadas, vestidas y albergadas, sino también su nivel de riqueza. No sólo hay más naciones opulentas hoy en día que antes, sino que la extensión de esa opulencia se ha extendido a sus masas de población. El igualitarismo es inevitable en las sociedades modernas. Una nación rica cuya riqueza sólo disfrutaban unos pocos genera poco comercio, y principalmente en el género del lujo. Una nación rica que tiene una estructura igualitaria genera un volumen enorme de comercio, dado que hay millones de personas que demandan bienes y servicios. El comercio local, el comercio comunitario dentro de un área de libre comercio y el comercio internacional deben crecer y generar una demanda aumentada del uso de medios de transporte de todos los tipos. No sólo es el volumen de mercancías transportadas el que aumenta en una sociedad igualitaria, las personas también se mueven. Las naciones pasan sucesivamente a través de una era de la bicicleta, una era de la motocicleta, hasta una era del automóvil privado. Una buena prueba de la riqueza de una nación es hasta qué punto el común de las personas tiene transporte personal. Una segunda pauta es el volumen de tráfico de pasajeros aéreos, el cual sólo se hace

Pero el transporte no se limita a los pasajeros. El sector del transporte de mercancías es asimismo de capital importancia para nuestro país, y su demanda también ha aumentado mucho en los últimos tiempos¹⁷⁰. Si no existieran buenas redes de transporte por tierra, mar y aire, no nos llegarían los productos que importamos del extranjero ni podríamos exportar lo que producimos. Por otra parte, la privilegiada situación geográfica de España hace que seamos un frecuente punto de paso en el tráfico internacional de mercancías, lo que también nos reporta numerosos beneficios. Podemos hacer fácilmente el experimento de coger un mapamundi y observar la situación geográfica de nuestro país; observaremos que aparte de encontrarnos en la entrada del Mediterráneo, la península ibérica es un magnífico puente para las mercancías que viajan de Europa a África y viceversa, además de estar situados en un enclave privilegiado para participar en el tráfico de mercancías que se desarrolla entre ambos lados del Atlántico. Y es que, por decirlo con palabras sencillas, España se encuentra a mitad de camino de cualquier parte. Si somos capaces de darnos cuenta de las inmensas oportunidades de desarrollo que nuestra geografía nos ofrece, y si tenemos la voluntad, política y económica, de dotarnos de las infraestructuras necesarias para conseguir un sistema de transporte más eficaz, competitivo e integrado, el panorama que se abrirá ante nosotros sólo podrá calificarse como optimista.

Tanto si hablamos de transporte de pasajeros como de mercancías, lo cierto es que ambos utilizan básicamente el mismo tipo de infraestructuras; ferrocarriles, carreteras, aeropuertos y puertos. La nota dominante en la situación jurídica de estos medios de transporte es que

posible para la inmensa masa de las personas cuando éstas han logrado una cierta riqueza. El crecimiento enorme de paquetes de viaje por aire ha sido uno de los desarrollos más significativos en el transporte europeo desde 1960, reflejando indudablemente el aumento de riqueza del europeo medio. El transporte se ve sumamente afectado por la geografía, particularmente los rasgos topográficos, cadenas montañosas, llanuras, valles y litorales. Estos rasgos representan los mayores problemas para los varios modos de transporte. Las interferencias políticas y estratégicas con el acceso también son obviamente una gran molestia, particularmente donde la ruta natural o más corta a un destino atraviesa un territorio que no pueda cruzarse por dichas razones, tal como se afirma en BENSON, Don, BUGG, Ralph y WHITEHEAD, Geoffrey, op. cit., págs. 6 y 7.

¹⁷⁰ El análisis realizado del volumen de tráfico sobre los modos de transporte considerados – aéreo, carretera y ferroviario –, con un enfoque meramente descriptivo, permite afirmar que la demanda de transporte, tanto de viajeros como de mercancías, ha crecido en gran medida en nuestro país durante los últimos cincuenta años. Asimismo, su evolución ha seguido una trayectoria paralela a la de la actividad económica aunque con un ritmo superior, tanto en los períodos alcistas como en los momentos bajos del ciclo económico. Sin embargo, no puede decirse que existan unas pautas generalizadas en este crecimiento tendencial de la demanda de la totalidad de los modos de transporte, ya que el ritmo de crecimiento del volumen de tráfico ferroviario ha sido sensiblemente menor que el de sus competidores, especialmente el del transporte por carretera. Todo este proceso se ha traducido en un descenso acelerado de la participación modal ferroviaria, tanto para el transporte de viajeros como, aún en mayor volumen, para el de mercancías. En este sentido, puede afirmarse que, de continuar dicha tendencia en el futuro, el modo ferroviario se convertirá en un breve espacio de tiempo en un medio de transporte marginal. Este papel cada vez más protagonista del transporte por carretera se observa, incluso con más énfasis, en el caso del transporte de mercancías, ya que únicamente en distancias largas, superiores a 600 kilómetros, y para el transporte de determinados productos, por ejemplo minerales o contenedores, el ferrocarril mantiene un peso significativo. Esta tendencia es prácticamente generalizada para todos los corredores españoles. La extensión a otros países europeos del análisis realizado permite afirmar que las pautas observadas en la evolución de la demanda del transporte son similares en líneas generales a las españolas, aunque la pérdida de participación modal del transporte ferroviario es menos acusada que en nuestro país, tal como afirman COTO MILLÁN, Pablo e INGLADA LÓPEZ DE SABANDO, Vicente, en *“Impacto de la nueva economía sobre el transporte”*, editado por la Fundación BBVA, Bilbao, 2007, págs. 119 y 120.

en todos ellos se ha pasado de una situación muy controlada por el sector público a una apertura, más o menos amplia, a la competencia (excepto en el ferroviario de pasajeros). Con ello se ha buscado la eficacia y eficiencia de estos servicios, así como su coordinación.

5.2. El transporte terrestre

En lo que respecta al transporte por ferrocarril, es importante que un análisis de su situación actual parta de lo establecido por la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario, aprobada el 17 de noviembre de 2003. El objetivo prioritario de esta ley era transponer al ordenamiento jurídico español una serie de Directivas comunitarias¹⁷¹, además de, como se confiesa en el propio preámbulo, “reordenar por completo el sector ferroviario estatal y sentar las bases que permitan la progresiva entrada de nuevos actores en el mercado”¹⁷². De este modo, el

¹⁷¹ En concreto, se trataba de la transposición al Derecho español de las Directivas 91/440/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el desarrollo de los ferrocarriles comunitarios, modificada por la Directiva 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, que establece la necesidad de separar la explotación de los servicios de transporte ferroviario y la administración de la infraestructura (esta Directiva exige a los Estados miembros la apertura de sus redes ferroviarias a las empresas y a las agrupaciones empresariales internacionales que presten determinados servicios de transporte internacional, principalmente de mercancías), la Directiva 95/18/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, sobre concesión de licencias a las empresas ferroviarias, y que estableció la necesidad de licencia para las empresas que prestan los servicios a que se refiere la Directiva 91/440/CEE. Puesto que ciertos Estados miembros ampliaron los derechos de acceso más allá de lo previsto en la Directiva 91/440/CEE, la Directiva 2001/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001 modificó la Directiva 95/18/CE, en el sentido de generalizar los principios de concesión de licencias a todas las empresas activas en el sector con el objetivo de garantizarles un trato equitativo, transparente y sin discriminaciones. La Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de capacidad de infraestructuras ferroviarias, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad, tiene por objetivo garantizar a las empresas ferroviarias el acceso a la infraestructura en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, así como garantizar la seguridad en la prestación de los servicios de transporte ferroviario. Por último, la Directiva 2001/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional, la cual pretende fijar las condiciones que deben cumplirse para lograr esa interoperabilidad en el territorio comunitario. Esas condiciones se refieren al proyecto, a la construcción, a la puesta en servicio, a la rehabilitación, a la renovación, a la explotación y al mantenimiento de los elementos de dicho sistema que entren en servicio después de la fecha de entrada en vigor de la referida Directiva, así como a las cualificaciones profesionales y a las condiciones de salud y de seguridad del personal que contribuye a su explotación. Ante semejante avalancha de Directivas, adoptadas por cierto con posterioridad a la entrada en vigor de la anterior Ley 16/1987 de Ordenación del Transporte Terrestre española, parece evidente la necesidad que existía de adoptar un nuevo cuerpo normativo como la Ley 39/2003.

¹⁷² En opinión de LÓPEZ GALLINAL, al transponer a nuestro ordenamiento las antes referidas Directivas y, en su virtud, el mandato liberalizador del mercado del transporte ferroviario que ello supone, la Ley 39/2003 clarifica el sistema y lo regula con un mayor nivel de rigor, atribuyendo las potestades de policía ferroviaria en relación a la circulación y al uso y defensa de las infraestructuras y zonas de protección al ente público que se crea con la denominación de Administrador de Infraestructuras ferroviarias (que es un ente público, no como ocurría en el anterior sistema, que era una empresa con indudables intereses mercantiles) y la inspección de las empresas ferroviarias y la prestación de sus servicios se lleva a cabo por el Ministerio de Fomento a través de una “Inspección de Ferrocarriles”, que aparece como novedad. Sin embargo, no introduce novedades en orden a la potestad sancionadora, que sigue residiendo en los Delegados del Gobierno y en el Ministerio de Fomento. Según el autor, la adopción de este texto legal fue oportuna, útil y necesaria, tanto por la nueva situación creada por la adopción de las Directivas comunitarias, como porque determinadas situaciones jurídicas, en su momento reguladas de manera no muy afortunada, no resistían por más tiempo los

objeto de la nueva ley es la progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia, reordenándose para ello la participación pública en este modo de transporte, insistiendo en la separación entre las actividades de administración de la infraestructura y las de explotación de los servicios de transporte. La separación entre las actividades de red y de servicio deviene, en efecto, premisa imprescindible para la introducción de competencia en este mercado, asumiendo que las propias redes no serán abiertas a la competencia. Cuando este principio se encuentre plenamente implantado, entonces cabe abrir a la competencia el mercado de los servicios gracias al establecimiento de un sistema de transparente, objetivo y sin discriminaciones de acceso a las infraestructuras ferroviarias por parte de otros operadores de transporte distintos a aquel que venía prestando en exclusiva la totalidad de los servicios. El aumento de la competencia en el mercado de servicios ferroviarios, así como una mayor inversión en las infraestructuras que lo soportan por parte del gobierno nos permite ser prudentemente optimistas acerca del futuro de este medio de transporte en nuestro país.

Siguiendo con el transporte terrestre, el otro foco de atención principal por su importancia será el transporte por carretera, tanto de mercancías como de viajeros¹⁷³. Al igual que sucede con los demás medios, hemos pasado de una situación de fuerte intervencionismo público a una apertura, por lo menos parcial a la competencia¹⁷⁴. Y decimos parcial, porque la Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres mantuvo la publicación de un importante segmento del transporte, concretamente la del transporte de viajeros regular permanente de uso general. De este modo, nos encontramos con que coexisten dos realidades por razón de la manera en que se ordenan jurídicamente unos y otros tipos de transporte por carretera, lo que provoca que la libertad de empresa y la libre competencia en el desarrollo de los servicios y actividades no puedan operar en todos los casos por igual. Mientras que en los transportes no publicados se reconoce la libertad de

embates de los pronunciamientos jurisdiccionales. Por otra parte, también considera que a pesar de sus numerosas virtudes, esta ley no ha mejorado en la delimitación de las zonas de protección ferroviaria, donde se ha buscado su ampliación de manera desmesurada, indiscriminada e impremeditada. Sin embargo, reconoce que se han aportado elementos de racionalidad, clarificación y seguridad en orden a la institución de los nuevos sistemas de inspección y control, así como al nuevo régimen de infracciones y al procedimiento sancionador, en los que la mejoría es evidente. Para más información, véase LÓPEZ GALLINAL, Manuel, *“Evolución de la policía de ferrocarriles en España”* en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4-6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo I, págs. 539 y ss.

¹⁷³ En España el transporte por carretera representa, en lo que respecta a los viajeros, cerca de un 91% del total de desplazamientos, situándose la cuota para las mercancías en el 84% del total de toneladas por km, lo cual supone un deficiente reparto modal que el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte (PEIT) pretende corregir en el periodo 2005-2020. Al respecto, véase *“Convergencia y empleo. Programa Nacional de Reformas de España”*, Ministerio de la Presidencia, octubre 2005, pág. 67.

¹⁷⁴ A pesar de ese tradicional dirigismo público del sector, o tal vez en parte a causa de ello, los resultados no siempre han sido satisfactorios. Cuando se aprobó la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) los problemas que aquejaban a este sector no eran pocos, hasta el punto de que muchas voces hablaban directamente de crisis. Esta crisis se habría debido, entre otras cosas, a un insuficiente y a la vez complejo marco regulador, lo que unido a la falta de pericia del sector público en atajar la atomización empresarial en este sector motivase unos servicios de calidad deficiente, con una elevada siniestralidad. A este respecto, la aprobación de la LOTT se vio como el inicio de un proceso de cambio que, paso a paso, ha suavizado no pocas de las restricciones existentes, superando el minifundismo empresarial y reconfigurando el sector en términos de solvencia, dinamismo y competitividad, tal como se recoge en FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (Coord.), op. cit., págs 417 y ss.

empresa, tanto en el acceso al mercado como en las condiciones de prestación, en los transportes publicados se excluye dicha libertad.

Si distinguimos entre transportes por carretera publicados o de titularidad pública o no publicados o de titularidad privada, en el segundo grupo quedan englobados los transportes de mercancías en su totalidad¹⁷⁵ y, dentro de los transportes de viajeros, los regulares temporales¹⁷⁶, los regulares de uso especial¹⁷⁷ y los discrecionales¹⁷⁸. Además, tampoco se encuentran publicados ciertas modalidades específicas de servicios de transporte, como ocurre en el transporte público en automóviles de turismo, en los transportes turísticos, el transporte sanitario y funerario, y los de mercancías peligrosas y perecederas. Junto a esas modalidades de transporte por carretera no publicado, la LOTT mantiene dentro de la esfera pública a los transportes regulares de viajeros permanentes de uso general, ya sean de ámbito estatal, interautonómico, autonómico, o municipal.

El sector de los transportes por carretera presenta numerosas ventajas. Su eficiencia funcional y económica se basa tanto en características inherentes al modo, tales como su rapidez, flexibilidad y economía, como en características de las empresas de transporte, entre las que se cuentan la organización, la competitividad, etc., así como en la particular situación que presenta el sector, marcada por la atomización y el gran número de vehículos. Es cierto que la carretera ha sabido adaptarse muy bien a las necesidades de la demanda, lo que no es óbice para que este sector no presente ya algunos síntomas de saturación¹⁷⁹, y su amplia utilización genera gran cantidad de contaminación.

¹⁷⁵ Véase los arts. 90 a 98 de la LOTT y 109 a 121 del Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, aprobado mediante Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT). Nótese que, a pesar de calificarse como discrecionales, los transportes de mercancías discrecionales no se contraponen a los regulares, al contrario de lo que ocurre con el transporte de viajeros. De hecho, el art. 98.a) de la LOTT establece que “las autorizaciones de transporte discrecional de mercancías habilitarán para (...) realizar transporte con reiteración o no, de itinerario, calendario y horario”.

¹⁷⁶ Véase el art. 67.a) de la LOTT, según el cual son “los destinados a atender tráficos de carácter excepcional o coyuntural y de duración limitada, si bien, pueden darse en los mismos una repetición periódica, tales como los de ferias, mercados, vacaciones, u otros similares”. Véanse también, a modo de complemento, los arts. 88 LOTT y 103 y 104 ROTT.

¹⁷⁷ Son “los destinados a servir, exclusivamente, a un grupo específico de usuarios, tales como escolares, trabajadores, militares, o grupos homogéneos similares”, según el art. 67.b) de la LOTT. Ver también los arts. 89 LOTT y 105 a 108 ROTT.

¹⁷⁸ Véase para más información los arts. 90 a 97 y 99 LOTT y 109 a 122 ROTT.

¹⁷⁹ De hecho, el excesivo peso que el transporte por carretera tiene en el actual sistema de transportes de Europa es motivo de seria preocupación por parte de las autoridades comunitarias. Entre los principales problemas que se han constatado pueden destacarse los siguientes:

- Congestión: el 10% de las redes transeuropeas por carretera (unos 7500 kilómetros) padecen problemas de congestión diariamente. Y eso sin contar las áreas urbanas y metropolitanas, en las que los problemas de congestión son más intensos. Aunque hay que decir que la congestión no solamente afecta a la carretera, sino que se trata de un problema generalizado en el sistema de transportes europeo, dado que el 20% de la red de ferrocarriles presenta problemas de falta de capacidad y el 30% de los vuelos sufren retrasos superiores a los 30 minutos.

- Emisiones contaminantes: el consumo energético del transporte, que depende del petróleo casi en su totalidad, da lugar al 28% de las emisiones de CO₂ en Europa. De estas emisiones, el 84% provienen de la carretera.

- Ruido: el transporte constituye la principal fuente de molestias por ruido, y en concreto, el transporte por carretera es el que afecta a un mayor número de personas en Europa.

5.3. El transporte aéreo

Otro pilar de este entramado sería el transporte aéreo. Como ocurre en los demás medios, el aéreo también se ha visto sometido a un profundo proceso de liberalización, auspiciado principalmente desde las instituciones comunitarias, iniciado a mediados del siglo XX. En aquel entonces, ninguno de los actuales países comunitarios escapaba a la tendencia general que situaba al transporte aéreo regular en la esfera del servicio público, como sucedía en España. La reserva pública era una constante que se reflejaba en las convenciones internacionales sobre aviación y en las legislaciones nacionales hasta fechas recientes, así como el hecho de que las compañías aéreas que se dedicaban a prestar servicios regulares fueran, en su mayoría, de propiedad gubernamental o estuvieran controladas por los gobiernos. Por el contrario, en el transporte aéreo de carácter eventual, al carecer de la regularidad y continuidad características del servicio público, los estados se mostraron más abiertos a la iniciativa particular.

En este contexto se aprobó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957, cuyo objetivo era promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación de las políticas monetarias de los estados miembros un cierto grado de solidaridad entre ellos que sirviera para su progresiva integración política. Para ello se acordó la escalonada aproximación de las legislaciones nacionales, la supresión de obstáculos para la libre circulación de personas, servicios y capitales entre los estados miembros, la coordinación de sus políticas económicas la defensa de la libre competencia en el mercado común y el establecimiento de una política común en los sectores de la agricultura y del transporte. El título VI de la versión consolidada del Tratado de Roma (arts. 90 a 100) está dedicado a este último. Siguiendo sus postulados, la política común de transportes debía construirse, siguiendo los procedimientos de decisión previstos, en base a normas comunes que regularan el transporte internacional con origen, destino o tránsito en los estados miembros, las condiciones para la prestación de servicios en un estado miembro por transportistas no residentes en él, las medidas para mejorar la seguridad de los transportes, y cualquier otro aspecto que se considerase oportuno. Por otra parte, también se tuvo en cuenta la adopción de medidas en materia de precios y condiciones de transporte, estableciéndose la prohibición de las discriminaciones fundadas en el diferente país de origen o destino de lo transportado (art. 95), así como que los estados impusieran precios o condiciones proteccionistas o para ayudar a empresas sin la autorización de la Comisión (art. 96). Aún así, se consentían las ayudas en compensación o

- Accidentes: En el conjunto de países europeos de la C.M.T./O., referido al año 2000, se produjeron más de 57000 muertos ocasionados por el transporte por carretera, tanto de viajeros como de mercancías. Debe señalarse que la mayor parte de los accidentes son provocados por vehículos de transporte individual de viajeros.

La situación de los transportes y sus perspectivas de futuro dieron lugar a que en 2001 la Comisión Europea publicase el Libro Blanco: “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad”. En dicho documento, tras analizar la situación de entonces, se planteaba el objetivo de ir avanzando hacia un sistema de transportes que fuera compatible con el desarrollo sostenible. Para ello, se planteaban distintas medidas que abarcaban tres grandes grupos de actuaciones: la tarificación sobre el transporte por carretera, la potenciación de otros modelos e inversiones puntuales en las redes transeuropeas.

reembolso por el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como las originadas por necesidades de coordinación de los transportes (art. 93)¹⁸⁰.

A pesar de que estas fueran las previsiones generales sobre transporte, esas bases no se aplicaron a todos los medios por igual. Para ser exactos, en principio esas previsiones sólo fueron aplicables a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables (art. 80.1). En lo que respecta al transporte aéreo y marítimo, la definición de una política o régimen común se reservó a la iniciativa posterior del Consejo (art. 80.2), algo a lo que no parecía muy dispuesto¹⁸¹. De hecho, la ordenación comunitaria del transporte aéreo quedó postergada durante casi dos décadas. No es hasta los años setenta en que se empiezan a adoptar medidas comunitarias sobre el transporte aéreo, dirigidas fundamentalmente a la defensa de la competencia en el mismo, de manera que se acomodasen los ordenamientos nacionales a los objetivos del Tratado. De este modo, y de manera paulatina durante décadas, el Consejo adoptó medidas para reordenar las actividades del transporte aéreo. A lo largo de todos estos años, el objetivo de la política común, basada en la progresiva liberalización de esta actividad, ha sido la integración de los mercados nacionales, la creación de un único y mayor mercado comunitario del transporte aéreo basado en los postulados de la libertad de empresa, la competencia y la libre circulación de personas, servicios y capitales.

En España, hasta la segunda mitad del siglo XX, los servicios de transporte aéreo estuvieron reservados al poder público, siendo prestados en régimen de concesión exclusiva y bajo el patrocinio y las directrices del Estado. Es cierto que en principio no hubo impedimento para la prestación de servicios aéreos por parte de particulares, puesto que sólo se hizo reserva pública de las líneas de servicio estatal o general (RD de 25 de noviembre de 1919), pero en la práctica todo el sector acabó bajo control estatal. A pesar de existir la iniciativa privada, se trataba de un sector empresarial o mercantil vinculado a esta actividad como destinatario de las concesiones públicas. La actividad y sus medios, es decir, las empresas, quedaban incorporados, junto a las infraestructuras, como aeropuertos, hangares, etc., al ámbito administrativo, asumiendo el Estado la prestación directa de los servicios de transporte aéreo. Con el tiempo, se ampliaría cada vez más el margen de acción de la iniciativa privada en este campo, aunque las condiciones de competencia no eran las

¹⁸⁰ Antiguamente el tema de los transportes era tratado en el Título V del Tratado de Roma, pero en la versión consolidada de dicho Tratado este asunto pasó a ser regulado en el Título VI (arts. 90 a 100), para adaptarse a las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado de 13 de diciembre de 2007, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009.

¹⁸¹ En su “Programa General para la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento” (DOCE, serie C, núm. 36, de 15 de enero de 1962) el Consejo estableció un calendario de medidas, algunas dirigidas al transporte aéreo. Aún así, al publicarse el Reglamento 17/1962, de 6 de febrero, que desarrollaba los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, se puso en duda su obligatoriedad en el mencionado sector. El Consejo lo declaró inaplicable (Reglamento 141/1962) considerando que “en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable puede preverse, en un plazo prudencial, la adopción de una regulación de la competencia teniendo en cuenta los trabajos emprendidos para la elaboración de una política común de transportes; que, por el contrario, en el sector de la navegación marítima y aérea no se puede prever si, y en qué fecha, el Consejo adoptará las pertinentes disposiciones y que, en consecuencia, la no aplicación del Reglamento núm. 17 sólo puede ir acompañada de un plazo en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable”. Este plazo o moratoria concluyó con el Reglamento 1017/1968, de 19 de julio, referido únicamente al transporte terrestre (y fluvial), no al transporte marítimo y aéreo.

idóneas, dado el aplastante dominio de la empresa Iberia, que tenía el monopolio del transporte regular.

Esta situación se ha visto profundamente transformada por el derecho comunitario. El mercado del transporte aéreo español se ha integrado en un único mercado de dimensión supranacional, el cual se rige por los principios de libre circulación de personas, capitales y servicios, por la libertad de establecimiento y empresa y por la libre competencia en servicios de toda clase, ya sean regulares o no, dentro de la Comunidad. Ello no es óbice para que sigan existiendo reservas públicas, con lo que se asegura la continuidad de ciertos enlaces aéreos de escaso atractivo mercantil, pero de interés público, o para limitar el tráfico respecto de terceros países, ya sea por razones políticas o de comercio exterior.

5.4. El transporte marítimo

En lo que respecta al transporte marítimo, nos encontramos con que la regulación del transporte marítimo y de sus infraestructuras se encuentra en una fase de profunda revisión, con la intención de lograr una mayor apertura a la competencia.

Si analizamos la regulación de este sector desde un punto de vista continental, nos encontramos con que la política normativa de la Comisión Europea responde a lo que se ha dado en llamar el “modelo objetivo” de regulación de los servicios públicos, en el cual el centro de la institución se traslada desde la dirección y control de la actividad por los Estados (lo que sería el antiguo modelo subjetivo de organización) al contenido de la prestación a los consumidores y usuarios.

Como ya se comentó con el caso del transporte aéreo, el transporte marítimo no se incorporó a la política común de transportes europea desde un primer momento. La primera fase de esta política transcurre desde la entrada en vigor del Tratado de Roma hasta 1973. Hasta ese año, la Comunidad Europea consistía en un bloque fundamentalmente continental, pero entonces se incorporaron a la Comunidad Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, con lo que la política común de transportes se abrió al transporte marítimo. A este hecho cabe añadirle otros dos acontecimientos. En primer lugar, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 4 de abril de 1974, en el asunto 167/73. Se la conoce popularmente como el asunto de los marinos franceses, y sirvió para aclarar que las normas generales del tratado eran aplicables a los transportes en su conjunto, incluyendo al transporte marítimo¹⁸², aún teniendo en cuenta que no se había desarrollado

¹⁸² En esta Sentencia el Tribunal confirma el anterior proceder de la Comisión, la cual había impugnado diversas disposiciones legales francesas que exigían una determinada proporción de trabajadores franceses en la tripulación de los buques mercantes que enarbolasen la bandera de ese país. La Comisión había mostrado su disconformidad al respecto, dado que a su entender esas normas impedían la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad prevista en el Tratado. El Gobierno francés alegó que, siguiendo lo establecido en el artículo 80 de dicho tratado, las normas de ese Tratado dedicadas a los transportes y, en consecuencia, ninguna otra, no se aplicaban al transporte marítimo, dado que el Consejo no había las medidas conforme al artículo 80.2. El Tribunal consideró que aunque las normas del Título IV (actualmente V) de la Segunda Parte del Tratado no fuesen aplicables al transporte marítimo hasta el momento en que el Consejo

aún una política de transportes. En segundo lugar, cabe resaltar la adopción en Ginebra por parte de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), el 6 de abril de 1974, el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, con lo que se abrió un debate sobre la política marítima, que culminó con el Reglamento del Consejo 954/79, también llamado “Compromiso de Bruselas”, sobre la ratificación de los Estados de dicho Código.

A partir de entonces se inició una nueva etapa, en la que empezó a ponerse en práctica una verdadera política común de transporte marítimo, marcada por iniciativas como el Memorandum de la Comisión “Hacia una política de transporte marítimo”, en la que se ponía el acento en el desarrollo de la industria marítima europea mediante su orientación comercial y carácter multilateral, abandonando las medidas proteccionistas; la Sentencia del TJCE de 30 de abril de 1986, en la que se aclaraba que las normas sobre competencia del Tratado se aplicaban al transporte sin necesidad de que fuesen adoptadas con anterioridad disposiciones de ejecución basadas en los artículos 70 y 80; la Comunicación de 1989 sobre el futuro del transporte marítimo comunitario, donde se busca mejorar el funcionamiento de la flota europea; y ya finalmente, la Comunicación de 1996, “Hacia una nueva estrategia marítima”, en la que la Comisión establece las prioridades de este sector, que son la seguridad, el mantenimiento de los mercados abiertos y el aumento de la competitividad¹⁸³.

Si observamos el sector marítimo desde una perspectiva estatal, nos encontraremos con que contamos, en primer lugar, con la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general. Esta ley incide principalmente en la regulación de la prestación de servicios portuarios, el desarrollo del modelo concesional en la participación privada relacionada con las infraestructuras y la rentabilización del dominio público portuario, y sus objetivos principales, que quedan recogidos en su primer artículo, consisten en la autonomía de la gestión económico-financiera de los organismos públicos portuarios, la autofinanciación del sistema portuario,

decidiese lo contrario, las normas generales y fundamentales del Tratado de la CEE sí eran aplicables al transporte marítimo, así como a los otros tipos de transporte.

¹⁸³ DE LA CRUZ FERRER, Juan, y LLORENTE CABALLERO, Alfonso consideran que la política de transportes común de la Unión Europea se basa en dos elementos clave, que son la intermodalidad y el cabotaje. Todas las medidas que se proponen tienen así como finalidad la obtención de la adecuada intermodalidad, la cual permite un correcto funcionamiento del mercado, tanto de cara al exterior como al interior. En el caso del transporte marítimo, su papel sería muy relevante, dado los problemas de congestión del transporte terrestre (y su elevado desgaste medioambiental) y de la falta de coordinación (intermodalidad) entre los modos de transporte, el objetivo de la Comisión sería reequilibrar los tipos de transporte, suprimir los puntos de estrangulamiento y garantizar la competitividad y sostenibilidad de la movilidad, tal y como se plantea en el Libro Blanco sobre la política europea de transportes de cara a 2010. Para ello, la UE debería introducir más competencia en la prestación de servicios portuarios, impulsar el cabotaje marítimo con tal de descongestionar el colapso terrestre e impulsar asimismo el transporte de puerta a puerta (intermodalidad). Asimismo, no se habría abandonado la vieja aspiración de crear una eficiente red europea de transportes que utilizase carreteras, vías férreas y navegables, los puertos de navegación marítima e interior, aeropuertos y otros puntos de interconexión. Considerando estas redes cruciales para el desarrollo del mercado interior europeo, la Comisión propuso al Consejo una lista de proyectos con miras a las redes europeas de transportes de cara al 2020, incluyéndose en dicha red el desarrollo de verdaderas autopistas marítimas y puertos marítimos, lo que da una idea de la importancia de este sector, en FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (Coord.), op. cit., págs. 208 y ss.

la optimización de la gestión económica, la solidaridad entre organismos públicos portuarios, la competencia entre los puertos de interés general, la libertad tarifaria, la mejora de la competitividad de los puertos de interés general y el fomento de la participación de la iniciativa privada.

Además de esta Ley de puertos, existen en la actualidad otras iniciativas legislativas dignas de ser tenidas en cuenta. Como ya hemos dicho, la regulación de este sector se encuentra en la actualidad sujeta a revisión, y en nuestro país esta situación se ha plasmado en el importantísimo Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima, en tramitación parlamentaria a la hora de escribir estas líneas. Ciertamente, no son pocos los que consideran que nos encontramos ante una oportunidad histórica, por la importancia de esta materia para nuestra economía, por el tiempo transcurrido sin reformarla (el libro tercero del Código de Comercio de 1885 lleva ya más de 120 años de vigencia, nada menos), por la capacidad de respuesta de los sectores interesados (que se demuestra en la gran afluencia de público en todos los actos que han abordado temas marítimos) y por el buen nivel técnico de la doctrina maritimista española.

Tal vez podamos resumir la importancia de esta iniciativa en que se trata de un verdadero código de la navegación marítima. En primer lugar, cabe destacar de este texto su extensión, ya que se trata de una ley general que cuenta con 597 preceptos, estructurada en 9 títulos y dividida en 46 capítulos, además de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales. En segundo lugar, que el sistema que ofrece es completo, claro y bien ordenado, lo que facilita la interpretación de los juristas. Por último, merecer ser resaltada su claridad expositiva, desde un punto formal o literario, optando los redactores por enunciar principios, más que por describir farragosamente multitud de situaciones.

Pero, ¿a qué responde tanta atención por parte de las autoridades europeas y estatales al transporte por mar?¹⁸⁴ Valga decir que toda esa atención es un indicativo de la importancia

¹⁸⁴ Cuando la Comisión Europea publicó en septiembre de 2001 el Libro Blanco: “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad”, se hizo eco de la gran importancia que este medio de transporte tenía y podía llegar a tener para el desarrollo económico del continente. Para las personas no versadas en temas marítimos puede parecer sorprendente lo estratégico de este sector para el comercio, pero se entiende si observamos que hasta los años 80 éste era el medio preponderante, aunque a partir de esa época, y especialmente a partir de 1985, fue superado por el fuerte crecimiento del transporte por carretera. Más adelante, a partir de 1995, la evolución del modo marítimo sigue bastante pareja a la de la carretera, mientras todos los demás modos de transporte de mercancías, como el avión o el oleoducto se quedaban prácticamente estancados, incluso disminuyendo en algunos casos su demanda, como es el caso del ferrocarril. Siendo honestos, hay que reconocer el importantísimo papel que ha jugado el transporte por carretera (el cual ha duplicado su demanda desde 1985) en el desarrollo europeo y para la realización efectiva del Mercado Interior. Aún así, lo cierto es que no podrá mantener por mucho tiempo las actuales tasas de crecimiento sin que se produzca una saturación de las infraestructuras, la cual ya ha alcanzado niveles preocupantes en algunos puntos. Ante este panorama, el Libro Blanco sobre política común de transportes estableció como objetivo primordial conseguir la movilidad sostenible. La Comisión Europea era y es consciente de que si el desarrollo europeo continúa basándose en el transporte por carretera, éste llegará a estancarse y a convertirse no el vehículo de desarrollo de la UE, sino más bien en un lastre para el mismo. En consecuencia, se hace necesario redefinir las bases del sistema de transportes europeo, cuyos objetivos generales, en el horizonte de 2010, serían la eficacia y la sostenibilidad. Esto significa que la red de transportes deberá permitir una buena movilidad, tanto de personas como de mercancías, contribuyendo así al bienestar y al desarrollo económico y social, sin por ello agotar los recursos naturales, destruir el medio ambiente o dañar la salud humana. Para

de todo lo que rodea al sector marítimo, el cual aglutina la mayor parte del mercado de transporte, sobre todo debido a su relativamente reducido coste¹⁸⁵. Pero ¿por qué es tan importante para Europa en general, y para España en particular?

La verdad es que la Unión Europea ha realizado una clara apuesta por el transporte marítimo¹⁸⁶, y ello se debe a la congestión actual que padecen los transportes terrestres y a las obvias limitaciones del transporte aéreo. Las instituciones europeas tienen grandes esperanzas puestas en el transporte por mar¹⁸⁷. Para hacernos una idea de la importancia

lograr estos objetivos, la Comisión Europea considera necesario un reequilibrio modal, o lo que es lo mismo, aumentar la cuota de los modos con una mayor capacidad de crecimiento sostenible, la reducción del consumo energético, la reducción de las emisiones y residuos y el refuerzo de la seguridad. Ante esta situación cabría preguntarse qué papel puede jugar el transporte marítimo en este contexto, y la propia Comisión reconoce en su Libro Blanco las cualidades del transporte marítimo, entre las que destacan su eficacia en términos económicos, su uso más eficiente de la energía, su seguridad, su menor consumo de energía y contaminación ambiental, además de generar menores costes externos para la sociedad. Ante este panorama, parece lógico que las autoridades de la UE pretendan potenciar el transporte marítimo, dado que, al contrario de lo que ocurre con la carretera, presenta todavía numerosas posibilidades de expansión sostenible, y que nuestras autoridades nacionales deseen dotarnos de mejores infraestructuras de este tipo, con el fin de ser más competitivos en este sector.

¹⁸⁵ El sector marítimo es sólo un eslabón en la cadena de transporte, por lo que debemos mirar más allá de la estrecha perspectiva del transporte marítimo. El objetivo del cargador es obtener el transporte mejor y más barato que cubra la distancia que existe entre el punto de origen y el de destino. En las recientes décadas el mundo ha desarrollado un sistema de transporte que puede satisfacer rápidamente esta necesidad, y acceso barato a casi cualquier rincón del globo. Dicho sistema consiste en caminos, vías férreas, canales interiores, líneas marítimas y servicios de carga aéreos. En la práctica, el sistema se desarrolla en tres zonas; transporte inter-regional, transporte corto por mar y transporte interior. Aunque las estadísticas están llenas de remiendos, parece que el volumen de carga en 1990 por aire era 31 btm, por ferrocarril de 3,853 btm y el del comercio por mar era de 12,056 btm. Por lo que se refiere al volumen, el sector marítimo tiene cuatro veces la importancia del ferrocarril y cuatrocientas veces la importancia del transporte aéreo. Asimismo, cabe mencionar que el sector marítimo ha creado sus propios mercados mediante la reducción del precio del transporte. Al respecto, véase STOPFORD, Martin, “*Maritime Economics*”, ed. Routledge, 2ª edición, Londres, 1997, págs 7 y 8.

¹⁸⁶ El transporte marítimo juega un papel muy importante en la economía de nuestro país y de Europa, y debido a esa importancia es un sector que no puede permanecer ajeno a los objetivos de sostenibilidad en el conjunto del sistema de transporte, pues de ello depende en gran medida su futura competitividad. En el contexto europeo, se produjo en 2006 la revisión del Libro Blanco denominada <<Por una Europa en Movimiento: movilidad sostenible para nuestro continente>>, cuyo efecto a sido la actualización de las medidas operativas diseñadas por el Libro Blanco de 2001, cuyo objetivo era introducir mejoras significativas en la calidad y eficacia del transporte en Europa de cara al 2010. A raíz de estos trabajos se decidió emprender acciones específicas relativas a todos los medios de transporte, pudiéndose destacar en el contexto marítimo la creación de un espacio marítimo común europeo, el desarrollo de una completa política portuaria europea, la reducción de las emisiones contaminantes y el fomento del transporte marítimo de corta distancia y fluvial. Asimismo, la adopción del Libro Verde sobre política marítima en 2006 por parte de la Comisión se ha intentado dar un nuevo enfoque a la gestión de los océanos y los mares, superando la mera explotación de recursos y aportando una visión más global. Al respecto, véase LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos, op. cit., págs. 256 y 257.

¹⁸⁷ De hecho, en el ya mencionado Libro Blanco: “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad” se plantean, entre otras medidas, la potenciación del Transporte Marítimo de Corta Distancia (TMCD), más conocido como *Short Sea Shipping* (SSS), como un modo de descongestionar el transporte por carretera y reequilibrar los distintos modos de transporte en Europa, mediante el establecimiento de las llamadas Autopistas del Mar. Por ejemplo, si un camión debiera llevar una carga entre el centro de España y el sur de Italia, podría optar por realizar todo el trayecto por carretera o bien por realizar el trayecto entre el centro de España y Valencia por carretera, cargar el semirremolque en un barco de la línea existente entre

que este sector tiene para la economía, tanto continental como española, basta con echar un vistazo a sus cifras: más del 70 por 100 de todo el comercio exterior y el 43 por 100 de las toneladas /kilómetro del comercio interior europeos corresponden al comercio marítimo. Las compañías marítimas de los estados miembros controlan aproximadamente un tercio de la flota mundial, además de que el sector marítimo proporciona empleo a cerca de 2,5 millones de personas en la Unión Europea.

En lo que respecta a España, contamos con unos 7880 kilómetros de costa entre la península, los dos archipiélagos y Ceuta y Melilla. Como ya mencionamos antes, por nuestra posición geográfica, España es un punto atractivo para multitud de rutas comerciales, tanto mediterráneas como atlánticas. El 82 por 100 de las importaciones y el 59 por 100 de las exportaciones se hacen por vía marítima.

Debe tenerse en cuenta que en el caso de España la vía de salida natural de la producción y mercancías españolas al exterior, y también de entrada, ha sido históricamente la terrestre, que se ha encontrado con el obstáculo natural de los Pirineos, que a su vez conforman la frontera con Francia. El paso de los Pirineos, a pesar de la vitalidad de su tráfico de personas y mercancías, presenta ciertos obstáculos a la circulación de mercancías entre Francia y España, tales como la antigüedad de la red ferroviaria transpirenaica (que en algunos casos alcanza los 125 años), el diferente ancho de vía, el estancamiento de la red de transportes transpirenaica, así como el crecimiento del tráfico transfronterizo de mercancías¹⁸⁸.

Valencia y Salerno, allí el semirremolque sería desembarcado y trasladado a su destino por una cabeza tractora italiana. Para que esta alternativa sea viable en términos generales, y no con carácter ocasional, son necesarias una serie de condiciones por parte de los diversos agentes implicados en el transporte: la naviera, la empresa de transporte por carretera y el cliente. En primer lugar, en lo que respecta a la naviera, es necesario que existan una serie de servicios marítimos que unan los distintos puertos que constituirían los nodos de la posible red de SSS. Una vez se tiene esto, habrá que considerar el radio de influencia de los puertos de origen y destino, los factores funcionales del servicio por barco, tales como la velocidad, frecuencia, regularidad, seguridad, comodidad, capacidad y coste por el servicio, así como el precio total que cobre la naviera por sus servicios. En segundo lugar, en lo que respecta a la empresa de transporte por carretera, la organización de los trayectos de recogida y reparto deviene fundamental para poder realizar el SSS. La actual estructura del sector, con numerosos autopatronos y pequeñas empresas facilita esta organización. Por último, desde el punto de vista del cliente, el condicionante fundamental es que sus necesidades se vean atendidas teniendo en cuenta las demandas derivadas de la logística. Es necesario poder ofrecer mediante SSS un servicio de características similares en cuanto a fiabilidad y tiempos al que ofrece el transporte por carretera. Para más información, consúltese COLOMER FERRÁNDIZ, José V., CARRILLO GONZÁLEZ, Sandra L. y REAL HERRÁIZ, Julia I., *“Adaptación de las empresas de transporte terrestre para su integración en el SSS”*, en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo II, págs. 1536 a 1554.

¹⁸⁸ Al respecto de estos inconvenientes, pueden hacerse algunas precisiones:

a- Las líneas ferroviarias transpirenaicas que se usan en la actualidad son las mismas que existían hace 125 años, que son únicamente los pasos costeros. Varios proyectos de construcción de nuevos pasos se han visto pospuestos durante años.

b- El problema de la diferencia de ancho de vía entre la red francesa (y de la mayor parte de Europa) y la de la península Ibérica es un obstáculo que siempre obliga a realizar una operación técnica en la frontera. La construcción de nuevas líneas ferroviarias permitirá paliar este problema, sobre todo en lo que respecta al tráfico de pasajeros, pero aún así se necesitarán inversiones importantes.

Así pues, en el caso del comercio español, éste se canaliza en gran medida a través del paso de los Pirineos, el cual ya presenta signos de congestión (cosa que no deja de ser un reflejo de la situación general del transporte terrestre en el resto de Europa). Para dar respuesta a casos como este, desde las autoridades europeas se ha decidido potenciar el transporte marítimo como forma de descongestionar las vías terrestres, y eso se haría a través de las autopistas marítimas o transporte marítimo de corta distancia¹⁸⁹.

El transporte marítimo se organiza y gestiona fundamentalmente a través de los puertos. Un puerto consiste en un conjunto de obras, instalaciones y organizaciones que permite a las personas aprovechar un lugar de la costa más o menos favorable, de manera que puedan realizar las operaciones de intercambio entre el tráfico marítimo y el tráfico terrestre, atendiendo a las necesidades de los medios de transporte y posibilitando el desarrollo de cuantas actividades con él relacionadas se instalen en su zona¹⁹⁰.

c- A pesar del fuerte aumento del tráfico transfronterizo, la red de infraestructuras de alta capacidad no ha cambiado, lo que ha desembocado en un estancamiento de la red de autopistas transpirenaica durante los últimos 25 años.

d- El importante incremento del tráfico de mercancías entre la frontera de ambos países hace presagiar una próxima saturación de las infraestructuras existentes.

Para más información, véase OLIVELLA PUIG, Joan, MARTÍNEZ DE OSÉS, F. Xavier, GONZÁLEZ BLANCO, Ricardo y CASTELLS SANABRA, Marcel·la, “*Las autopistas del mar como alternativa al paso de los Pirineos*”, financiado por la Secretaría de Transportes del Ministerio de Fomento, Barcelona, 2006, págs. 11 a 13.

¹⁸⁹ El concepto de autopista del mar fue presentado por vez primera por la Comisión Europea en el Libro Blanco en el mes de septiembre del año 2001 sobre la política europea de transportes, y su objetivo era reducir los cuellos de botella que existen en los Alpes, el Benelux o los Pirineos, así como los que en un futuro pudieran surgir en la frontera entre Alemania y Polonia con el aumento de las transacciones comerciales con los países del Este. En su momento, la Comisión Europea definió el transporte marítimo de corta distancia como el transporte de mercancías y pasajeros entre puertos situados geográficamente en Europa o entre dichos puertos y puertos situados en países no europeos ribereños de los mares cerrados que rodean Europa. Por su parte, la Comisión Arco Atlántico, reunida en Burdeos los días 13 y 14 de enero de 2004, estableció el alcance de la definición de autopista del mar, aportada por los centros de SSS de España, Italia, Francia y Portugal, como “*conjunto de puertos y servicios intermodales de transporte marítimo de corta distancia, en una determinada área geográfica de la Unión Europea, integrado en las Redes Transeuropeas de Transporte (TEN), que sirve de elemento de interconexión entre las regiones, con determinados estándares de calidad, operatividad y eficiencia que permitan una alternativa de transporte que colabore en la descongestión de los corredores terrestres, a la conservación del medio ambiente y que responda al objetivo de lograr un crecimiento sostenible del transporte de la UE*”.

¹⁹⁰ En opinión de CENDRERO AGENJO, Benjamín, y TRUYOLS MATEU, Sebastián, la principal función que tienen los puertos es la de servir como infraestructura de carga y descarga de las mercancías del transporte marítimo, o mejor, la infraestructura de unión entre este sistema y los modos de transporte terrestres. Según los autores, el crecimiento del comercio internacional, las nuevas técnicas de comunicación y el gran desarrollo del transporte multimodal, especialmente en los contenedores, están impulsando unas nuevas funciones, una concepción del papel de las áreas portuarias e incluso urbanas próximas. Se trata de las nuevas funciones vinculadas a la organización del transporte, al almacenamiento, a los servicios de valor añadido sobre las mercancías, a la distribución, en definitiva, a la logística del transporte a nivel internacional. Las funciones portuarias no sólo crean y mantienen de forma directa un conjunto diverso de actividades y empleo en el propio recinto portuario, sino que además inducen a la creación de otros servicios comerciales y actividades de todo tipo en la ciudad, al tiempo que ofrecen oportunidades de crecimiento para al zona donde se encuentran ubicados. Para hacer frente a esta ampliación en sus funciones, la mayoría de los puertos en la actualidad han experimentado grandes cambios relacionados con la mejora de la competitividad y con la mecanización de las tareas principales. Al respecto, véase Véase CENDRERO AGENJO, Benjamín, y TRUYOLS MATEU, Sebastián, op. cit., págs. 125 y 126.

La verdad es que los puertos españoles son famosos desde hace siglos, y ello se debe a ciertos aspectos peculiares de nuestras costas y a las propiedades que las mismas presentan. No resulta muy complicado encontrar zonas costeras en las que se hallan puntos de aguas abrigadas o semi-abrigadas, que permiten la maniobrabilidad de los barcos de una forma no muy complicada, aunque no siempre sea posible encontrar ciertos calados de seguridad. Por otra parte, el hecho de que nuestras costas den a mares de diferente fisonomía les confiere una variedad litoral tan grande que en ellas se pueden ubicar puertos de diferentes características, y por tanto, con diferentes cualidades para el comercio, el cual es el fin último de todas las actividades portuarias¹⁹¹.

La idea de puerto se encuentra íntimamente ligada al concepto de comercio, y no tiene sentido fuera de éste. Este hecho nos obliga a plantearnos los aspectos costeros no de forma aislada, sino relacionados con la zona interior. En este sentido, para que los puertos gocen de éxito comercial, es necesario que existan buenas vías de comunicación entre éstos y sus zonas de influencia, vías que se encontrarán subordinadas a la geografía de la península y de las zonas insulares.

Así pues, un vistazo general a nuestra red de transporte debería convencernos de que se trata de un sector con muchas posibilidades de expansión y, esto referido sobre todo al transporte por mar, un sector que, ciertamente, podría dar más de sí. Resulta evidente que una mayor inversión en nuestras infraestructuras de transporte, ya sea terrestre, marítimo o aéreo, redundará en un mejor funcionamiento de las mismas. Pero no basta con eso. No es de recibo que la unión Europea, además de la mejora de las infraestructuras se haya propuesto mejorar la intercomunicación y coordinación entre ellas (intermodalidad). En nuestro país tenemos un interesante ejemplo de esto, que es la reciente construcción en la ciudad de Zaragoza de la plataforma logística Plaza¹⁹², que ha transformado lo que era una ciudad de paso en un permanente polo de atracción de empresas que desean almacenar y distribuir sus productos al resto de la península, el sudoeste y centro y norte de Europa,

¹⁹¹ Véase CENDRERO AGENJO, Benjamín, y TRUYOLS MATEU, Sebastián, op. cit., pág. 213.

¹⁹² No resulta en absoluto baladí detenernos un momento en resaltar la importancia de esta infraestructura para nuestra economía. Aprovechando la estratégica situación de Zaragoza, a 300 kilómetros de centros de desarrollo como Barcelona, Madrid, Valencia, País Vasco, Navarra, Pau, Burdeos, Toulouse, etc., esta plataforma logística ha permitido a la ciudad convertirse en un polo permanente de atracción de capitales, para todos aquellos que quieren almacenar y distribuir sus productos en el resto de la península, Europa, Asia y África. Esta entidad se encuentra gestionada por una sociedad participada por el Gobierno de Aragón (51,52%), el Ayuntamiento de Zaragoza (12,12%), Ibercaja (18, 18%) y CAI (18,18%). A día de hoy, esta plataforma es una pujante realidad en la que se encuentran, operando lógicamente o construyendo sus naves, un centenar de empresas que emplean a 5000 personas, sin contar las que se van incorporando paulatinamente con la apertura de centros comerciales y otras empresas subsidiarias. Entre las principales empresas que han apostado por el proyecto destacan Inditex (cuya entrada aportó mucha credibilidad al proyecto y tiró de muchas otras), Memory Set, Imaginarium, DHL, Grupo Eroski, Porcelanosa, Mercadona, BSH o Hierros Beizasa, entre otras. Plaza, con unos 12.826.000 m², se encuentra situado al sudoeste de la ciudad, que linda al norte con el Canal Imperial de Aragón, al Oeste con el aeropuerto de Zaragoza, al este con el cuarto cinturón de ronda que conecta con las carreteras de Navarra, Barcelona, Madrid y Castellón, y al sur y sudeste con la autovía Mudéjar (Teruel-Valencia) y el tren de alta velocidad. Sus tres accesos se encuentran orientados hacia tres puntos estratégicos de la ciudad: la Feria de Muestras, la base aérea militar y el aeropuerto civil. Todo ello convierte a Plaza en la mayor plataforma logística intermodal europea. Para más información, ver SASOT, Mario, “Aragón, la apuesta logística”, artículo publicado en La Vanguardia de 7 de septiembre de 2008.

Asia y África. Son esta clase de iniciativas las que deben marcarnos el camino a seguir en el futuro: una mayor inversión en infraestructuras de transporte y una mayor coordinación entre ellas. Se trata de los dos pilares que, sin duda, favorecerán un mayor desarrollo comercial.

De todas formas, en la actualidad ya no se acepta sin más cualquier modelo de producción, transformación y consumo, lo que también es válido para la demanda de transporte de mercancías y ciudadanos. Así como el propio desarrollo se encuentra limitado por su capacidad de mantenerse en el tiempo y garantizar la satisfacción de los consumidores futuros, el sistema de transporte debe adecuarse a ciertos parámetros de eficiencia y sostenibilidad.

El transporte, en sus diversas modalidades, así como sus actividades conexas o complementarias (como la manipulación y almacenaje en puertos, aeropuertos y terminales ferroviarias o de contenedores) constituyen piezas clave de un futuro modelo industrial respetuoso con el medio ambiente. De ahí que este sector esté siendo objeto, como hemos visto, de una intensa actividad científica, política y normativa.

Ciertamente, existen diversos factores como la geografía, la naturaleza de la carga, el coste o las necesidades del usuario que determinan la elección de una modalidad concreta de transporte o la combinación de varias de aquellas para la prestación del servicio “puerta a puerta” más eficiente. De ahí que cada modalidad de transporte, como por ejemplo el transporte marítimo, tenga reconocida una parcela funcional y empresarial propia, difícilmente asumible por otras modalidades, como pueden ser la carretera o el ferrocarril. A pesar de ello, el papel que tendrá que desempeñar cada modalidad de transporte en un futuro dependerá, en gran medida, de su capacidad para adaptarse a las medidas que los poderes públicos decidan implantar en atención a los condicionantes energéticos, sociales y ambientales que se han estado produciendo y que se producirán en un futuro.

De este modo, hace ya muchos años que estamos asistiendo a un proceso de selección del transporte institucionalmente dirigido, mediante la planificación del desarrollo prioritario de algunas modalidades de transporte tales como el ferrocarril y el cabotaje marítimo en detrimento de otras modalidades caracterizadas por un mayor coste energético y ambiental como la carretera.

Ante esta situación, en la que las instituciones tanto europeas como estatales parecen decididas a favorecer, o por lo menos a potenciar unos modos de transporte por encima de otros, cabría hacerse la pregunta de si resulta adecuado que una autoridad pública ejerza su influencia de esta manera, y de si no sería más adecuado que el libre mercado regule por sí solo el reparto del transporte, premiando aquellos modos que estén mejor preparados y se adapten mejor a la demanda. En mi opinión, el libre juego de la oferta y la demanda no sería lo más adecuado para determinar un nuevo mapa del sistema de transportes, dado que en ese sistema no sólo intervienen agentes privados. Todos los medios de transporte, ya sean terrestres, marítimos o aéreos, utilizan unas infraestructuras, como carreteras, puertos, aeropuertos, etc., que, a pesar de contar con participación privada, son fundamentalmente construidas y mantenidas por los entes públicos. Además, no hay que olvidar que el motivo de esa reestructuración está motivado por la saturación algunos de esos modos, así como

por los gastos derivados de los problemas de contaminación que generan. Teniendo en cuenta que los agentes privados no suelen tomar en consideración las consecuencias medioambientales que generan sus actividades a menos que el Estado les obligue, me parece que había llegado el momento de que los poderes públicos tomaran cartas en el asunto, antes de que la situación se agravase aún más.

Así pues, no debemos olvidar que todas estas políticas de fomento y mejora de la red de transportes no deben perder de vista su influencia medioambiental. El transporte tiene un gran impacto debido a su influencia en los ecosistemas, la calidad de vida de los ciudadanos y la economía en general. Si aspiramos a que las políticas ensayadas hasta la fecha para compatibilizar la eficacia del transporte con el respeto al medioambiente tengan una mayor eficacia, habrá que encontrar formas de solucionar o, por lo menos paliar problemas como la congestión viaria, la alta siniestralidad, la contaminación ambiental y acústica, la infrautilización de modos de transporte eficientes desde el punto de vista energético como el ferrocarril, la falta de interoperabilidad de los distintos medios de transporte, la excesiva radialidad de la red de carreteras, las catástrofes naturales provocadas por el naufragio de buques, entre otros defectos del sistema de transportes que aún están por corregir. No es de extrañar, por tanto, que se haya propuesto una revisión de las políticas tanto europea como española, con el fin de lograr una red de transportes más sostenible¹⁹³.

Pasando a un plano más jurídico, hay que señalar que para entender la función del transporte en el comercio internacional es preciso partir del contrato de compraventa, dado que en éste, entre otras obligaciones, se define la entrega de la mercancía, bien sea bajo un Incoterm determinado o bajo otra forma aceptable por las partes contratantes. La compraventa de productos es lo que motiva el transporte de los mismos.

La economía, el intercambio comercial se basa en la existencia de diferencias entre las zonas geográficas. No existiría comercio si en determinadas áreas no faltasen materias primas o en otras no se demandasen productos manufacturados. En ciertos lugares las personas necesitan o desean lo que tienen en otros. Por lo tanto, se realizan contratos de compraventa para transmitir la propiedad de esos bienes. Pero esos contratos, por sí solos, rara vez permiten que el producto llegue a manos del destinatario, de su comprador o consumidor final, por lo que junto al contrato de compraventa aparecerá otro contrato, el de transporte, mediante el cual el destinatario podrá disponer de la mercancía que ha comprado. Así pues, en estos casos, la relación jurídica del transporte se encuentra subordinada y depende de la de compraventa.

Esta fórmula conlleva una división de las obligaciones de logística y transporte, por lo que la parte que se ocupa de cumplirlas pasa, de ser vendedor o comprador en el marco del contrato de compraventa, a ser cargador/expedidor o receptor/destinatario en el marco de un contrato de transporte; es decir, el contrato de transporte deviene en un contrato derivado del de compraventa, aunque es necesario para que se produzca la transmisión de la posesión de la cosa vendida del vendedor al comprador o, lo que es lo mismo, necesario para realizar la entrega (no necesariamente así en el caso de la transmisión de la propiedad,

¹⁹³ Veáse “*Europa en marcha: una política de transportes para la movilidad sostenible*”, IP/06/818, Bruselas, 22 de junio de 2006, pág. 1.

que en algunos países sólo requiere de la concertación del contrato de compraventa, en otros solamente necesita de la entrega, y en otros requiere de ambas cosas, como ocurre en España).

CAPÍTULO 6

Concepto y características de las ventas marítimas

6.1. Concepto

Como hemos visto, la compraventa es una de las instituciones jurídicas y económicas con más arraigo y ocupa un lugar de privilegio en los intercambios comerciales. De hecho, este contrato es la base de los intercambios comerciales, el principal medio de articular jurídicamente el comercio. Esta situación ha motivado un considerable desarrollo legislativo y jurisprudencial de esta figura que, como se expuso con anterioridad, tal vez haya sido tratada bajo un enfoque demasiado generalista. Todo el mundo es consciente de la dificultad que entraña establecer una visión unitaria sobre el tema de la compraventa, y más cuando se trata de su vertiente internacional. A pesar de que nuestras normas nacionales, tanto civiles como mercantiles, así como los textos internacionales al respecto, especialmente la Convención de Viena de 1980, se aplican ampliamente y poseen un valor insustituible, existen fenómenos y situaciones particulares que, no por su concreción dejan de merecer una atención específica. Las ventas marítimas pueden considerarse un buen ejemplo de ello.

Las ventas marítimas son un tipo de compraventa en el que el hecho de que las mercancías viajen por mar influye en la relación de compraventa, o más concretamente, en las obligaciones de las partes. Como bien apuntaba Menéndez hace años, para que pueda hablarse en propiedad de venta marítima, no es suficiente con que las mercancías vendidas antes del embarque, o que hayan de venderse en el puerto de destino, sean transportadas por mar, sino que es necesario algo más, y es que ese transporte por mar influya en la relación de compraventa. En los casos en los que el comprador adquiera las mercancías en el lugar de procedencia y realice posteriormente los actos necesarios para proveer el viaje marítimo, o cuando el vendedor, un vez situadas las mercancías en el puerto de destino, procede a su venta, no nos encontraríamos ante ventas marítimas, porque no habría ninguna conexión entre el transporte marítimo y la venta, dado que ésta se perfecciona y ejecuta sin atender para nada al transporte. Las ventas marítimas serían aquellas que sufren modificaciones de mayor o menor importancia en el esquema propio de sus obligaciones como consecuencia del transporte marítimo¹⁹⁴.

¹⁹⁴ De hecho, el autor define las ventas marítimas como aquellas ventas de plaza a plaza en las que las obligaciones de los contratantes se sienten influidas accesorias o sustancialmente por el transporte marítimo. Para MENÉNDEZ, el hecho de limitar el concepto de ventas marítimas solamente a aquellas en las que el transporte influye de manera sustancial en las obligaciones esenciales de la compraventa conduciría a dejar limitada la venta marítima a la venta CIF, la cual cosa privaría a la categoría de venta marítima de todo interés dogmático. Al respecto, véase MENÉNDEZ, Aurelio, “*La venta C.I.F.*”, ed. Edersa, Madrid, 1955, págs. 3 y 4.

Así pues, las ventas marítimas pueden definirse como una especialidad del contrato de compraventa. Estas ventas pertenecen a la categoría de ventas de plaza a plaza¹⁹⁵ y su principal característica consiste en la incidencia que el transporte marítimo tiene en el régimen de derechos y obligaciones de las partes¹⁹⁶, ya sea de manera accesoria o substancial¹⁹⁷. En concreto, el hecho de que las mercancías se transporten por mar incide en la obligación de entrega, en la transmisión de los riesgos de pérdida y avería y en la distribución de los costes generados por las mercancías¹⁹⁸.

6.2. Incidencia del transporte marítimo en la compraventa

El transporte marítimo es uno de los medios más empleados en los intercambios comerciales que precisan un desplazamiento de las mercancías. Su utilización plantea ventajas e inconvenientes respecto a los demás modos de transporte. Entre sus ventajas se encuentra la gran flexibilidad en sus itinerarios, al no estar condicionado por una infraestructura determinada, una capacidad de carga extraordinaria, siendo especialmente adecuado para el transporte de grandes masas a grandes distancias, y un coste de transporte comparativamente bajo. Por el contrario, su utilización también puede plantear algunos inconvenientes, como cierta lentitud en el transporte, una baja penetración, dado que

¹⁹⁵ Uno de los rasgos más destacados de las ventas de plaza a plaza es el hecho de incluir un conjunto de supuestos en que sobre la relación de compraventa incide el transporte como elemento necesario para la ejecución de la obligación de entrega. El interés de tal calificación desde el punto de vista jurídico reside, por tanto, en las consecuencias que tal interferencia implica en la relación contractual de compraventa, principalmente en lo relativo al cumplimiento de la obligación de entrega, la transferencia del riesgo y en la imputación de los gastos de la operación, como afirma GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, op. cit., pág. 177.

¹⁹⁶ De manera general, puede decirse que el objeto de la venta marítima son las mercancías transportadas, o que deben ser transportadas por mar. Sin embargo, es importante recalcar que no es precisamente el transporte por mar de los objetos vendidos lo que caracteriza estas ventas, pues esa circunstancia existió en todo tiempo, sino las repercusiones jurídicas del transporte sobre las obligaciones recíprocas de vendedor y comprador. Así pues, la venta marítima se definiría como un contrato de venta comercial, implicando derechos y obligaciones especiales para los contratantes, debido a la necesidad del transporte marítimo para la perfección del contrato. En estas operaciones las partes tienen siempre en cuenta el transporte marítimo de la mercancía, que por ello aparece como condición esencial de estas ventas, diferenciándolas de las demás ventas comerciales. A esta circunstancia del transporte por mar se hallan supeditadas muchas de las normas que rigen estas ventas. Así, en el caso de venta por buque a designar, el comprador tiene derecho a conocer en tiempo útil el buque que ha de realizar el transporte; en la venta *FOB* el vendedor adquiere la obligación de suministrar el transporte por mar; en la *CAF* o *CIF* contrae la de proveer al flete y al seguro, etc. Al respecto, véase FARÍÑA, Francisco, “*Derecho Comercial Marítimo*”, Tomo II, 2ª Edición ampliada, Ed. BOSCH, Barcelona, 1956, pág. 667.

¹⁹⁷ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, “*Curso de Derecho Marítimo*”, 2ª Edición, ed. Thomson Civitas, 2005, pág. 655 y ss.

GORRIZ LÓPEZ, Carlos, “Las ventas marítimas en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XVI, 1999, pág. 337.

¹⁹⁸ La venta marítima es aquella en la que su ejecución supone el transporte por mar de la cosa vendida. Dos contratos se interrelacionan: el contrato de compraventa, que une a un vendedor con un comprador, y el contrato de transporte, que une ya sea al vendedor, ya sea al comprador con un porteador. Esta interrelación ofrece posibilidades interesantes en cuanto al reparto de riesgos entre los contratos, pero también constituye una fuente de confusión entre las obligaciones engendradas por ambos contratos. Una importante litigiosidad testifica las dificultades suscitadas por esta ambigüedad: el instante de transferencia de riesgos o el pago de los gastos a menudo son objeto de controversia, a los que se les une los problemas provocados por el pago o por las exigencias del crédito documentario. Al respecto, véase REMOND-GOUILLOUD, Martine, “*Droit Maritime*”, ed. A. Pedone, París, 1993, pág. 405.

siempre necesita del transporte terrestre para acceder al origen y al destino de la mercancía, y que se encuentra muy condicionado por elementos ajenos al servicio, tales como el puerto, los canales de acceso, los diques secos, las instalaciones de carga y descarga, el almacenaje de la mercancía, etc. A pesar de todo, lo cierto es que las ventajas del transporte marítimo superan ampliamente sus inconvenientes, y sabiamente combinado con los demás medios de transporte constituye un importantísimo potenciador del comercio.

Durante mucho tiempo las ventas marítimas han sido incluidas en el ámbito del Derecho marítimo, dado que el fenómeno de la navegación es lo que determina la especialidad de estos contratos. El hecho de que las mercancías, para llegar a su destino deban ser transportadas por mar incide, por un lado, en la distribución del riesgo, y determina, por otra parte, la conveniencia de emitir un título de representación, que en el ámbito marítimo se llama conocimiento de embarque, y que permite disponer de las mercancías durante el viaje. En los últimos tiempos, sin embargo, la especialidad marítima de este tipo de ventas ha sido puesta en duda¹⁹⁹. Esta discusión viene motivada en gran medida por los cambios acaecidos en el contrato de transporte, tales como la consolidación de la multimodalidad²⁰⁰ y el empleo masivo de contenedores²⁰¹ y que están motivando una aproximación de la

¹⁹⁹ De hecho, Menéndez ya apuntaba la posibilidad de integrar en un estudio unitario el examen de todas las ventas en cuya relación influya el hecho del transporte, ya fuera terrestre, marítimo o aéreo. De esta forma, la doctrina de las ventas marítimas pasaría a formar parte de una teoría general de las ventas con transporte, como capítulo especial del contrato de compraventa. A pesar de lo sugestiva que pudiera resultar la idea, el autor señalaba que existían inconvenientes planteados por las singulares condiciones de desarrollo de cada medio de transporte. Aún reconociendo el paralelismo existente entre algunas ventas marítimas y las correspondientes ventas con transporte terrestre, las condiciones de la navegación por mar son tan especiales que cualquier intento de reconducir el fenómeno a una regulación unitaria chocaría en todo caso con la necesidad de establecer abundantes distinciones para las ventas marítimas. Al respecto, véase MENÉNDEZ, Aurelio, op. cit., págs. 2 y 3.

²⁰⁰ Los diferentes instrumentos que disciplinan el contrato de transporte multimodal coinciden en definirlo como *un contrato único para el transporte de mercancías por al menos dos modos diferentes*. Así resulta del artículo 2.1 de las reglas UNCTAD/CCI, que reza: <<Por contrato de transporte multimodal se entiende un contrato único para el transporte de mercancías por dos modos de transporte por lo menos>>. Asimismo, la misma definición aparece en la cláusula 2 Multidoc 95, lo que no debe extrañar, dado que BIMCO se inspiró en las citadas reglas al elaborar ese documento. Pero también el Convenio TMI ofrece una noción similar. De los apartados 1 y 3 del artículo 1 se desprende que el contrato de transporte multimodal es aquel contrato en virtud del cual un operador de transporte multimodal se compromete a transportar mercancías por dos modos diferentes, por lo menos. La combinación de esa definición con el análisis de los documentos tipo al uso permite concluir tres características principales: la primera es que se trata de un verdadero contrato de transporte; la segunda, la multimodalidad, que significa que se ha previsto contractualmente la utilización de vehículos y medios diversos; y la tercera, la integración de diferentes medios, rutas y vehículos en una prestación única. El contrato de transporte es multimodal cuando el porteador asume la operación de origen a destino y se compromete a trasladar y entregar la carga al consignatario final usando una pluralidad de modos. En otras palabras, la esencia de la configuración actual del transporte multimodal reside en la integración de los diversos modos en una obligación singular. Al respecto, véase GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “El contrato de transporte multimodal de mercancías: el problema normativo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXI, 2004, págs. 191 y ss.

²⁰¹ En el caso del contenedor concurre la doble circunstancia de ser técnica y, a la vez, objeto de transporte, no pudiendo, sin embargo, ser considerado en modo alguno un nuevo modo de transporte. Por ello, si dejamos de lado la normativa específica a la que el contenedor ha dado lugar para regular las condiciones que debe reunir como técnica, no puede decirse que haya determinado la aparición de una nueva normativa sobre transporte. Así pues, al transporte de mercancías en contenedores le será aplicable – en cuanto objeto transportado – la normativa internacional o nacional reguladora del modo de transporte uni o multimodal empleado. Sin

disciplina jurídica de todas las ventas que exigen el empleo de medios de transporte. A pesar de ello, las ventas marítimas conservan actualmente su especialidad, como lo demuestra el hecho de que fórmulas típicas de las ventas marítimas se apliquen a transacciones realizadas usando otros medios de transporte²⁰².

Entre los méritos que pueden atribuirse a las ventas marítimas, puede destacarse que tienden a facilitar al comprador el cálculo exacto del beneficio que puede reportarle una mercancía, ya sea porque el precio de venta incluye el importe de los gastos de transporte hasta el buque, del seguro y del flete, bien porque se incluye sólo el importe del transporte terrestre y del flete o bien porque solamente se contemplan los gastos de porte hasta poner la mercancía a bordo en el muelle de exportación²⁰³.

6.3. Obligaciones de las partes

Como ya hemos dicho, las ventas marítimas son una especialidad del contrato de compraventa. Esta especialidad afecta fundamentalmente a la distribución del riesgo de pérdida o daño y de los gastos relativos a la mercancía. Por otra parte, conviene recordar que los Incoterms no regulan la totalidad de los derechos y deberes de las partes en los contratos de compraventa, dado que centran su atención fundamentalmente en aspectos relacionados con la entrega de las mercancías al porteador, que es el momento crítico de la transmisión del riesgo.

A pesar de que en los Incoterms, según cuál sea la modalidad escogida, pueden variar los derechos y obligaciones de las partes, creo que puede hacerse, de manera general, una aproximación a las obligaciones de los contratantes.

embargo, las particularidades técnicas derivadas del empleo de contenedores conllevan la aparición de especialidades en el régimen jurídico del contrato de transporte, algunas de las cuales se manifiestan, independientemente del modo de transporte empleado, particularmente en materia de verificación de mercancías, derecho de disposición, documentación del transporte y responsabilidad del porteador y otras exclusivamente con relación al transporte marítimo como la carga sobre cubierta del buque. El contenedor (*container o conteneur*) constituye – como se ha indicado – una nueva técnica de transporte que se encuadra en el llamado marco del “transporte de cargas unificadas”, y que se caracteriza por la agrupación y consiguiente unitarización y consolidación de la carga, permitiendo un transporte sin fracturas, no obstante el cambio de vehículo, variación del medio de transporte empleado o la pluralidad de porteadores. De este modo se evita la multiplicación de las operaciones de carga y descarga, que sólo se producen en origen (llenado) y destino (vaciado), con el consiguiente ahorro de costes y tiempo pues en esas operaciones, así como en los traslados de las mercancías, en los que éstas sufren más riesgos (robo, rotura...) y se invierte más tiempo y dinero. Por ello, el interés del contenedor radica no tanto en constituir una nueva forma de embalaje, cuanto en las posibilidades que ofrece en orden a la realización de una cadena ininterrumpida de transporte (door to door). Ello determina que, aun cuando se trate de una técnica de transporte amodal y, por tanto, no vinculada de manera ineludible a un modo de transporte en concreto, como acontece en relación a otras técnicas de unitarización de la carga como el *ferroustage* o *transroulage*, el sistema de consolidación de la carga que conlleva haya facilitado y potenciado el desarrollo del transporte multimodal, por lo que en la práctica suelen presentarse unidos aunque no necesariamente, pues cabe transporte multimodal no contenedorizado (break-bulk cargo) e, inversamente, cabe el empleo de contenedores en transportes unimodales, tal como señala PULGAR EZQUERRA, Juana, op. cit., págs. 39 y 40.

²⁰² Véanse las SSTS de 15 de junio de 1988 y 3 de octubre de 1997.

²⁰³ Véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 19 de diciembre de 1997.

En lo que respecta al vendedor, su principal obligación consiste en transmitir la propiedad de las mercancías al comprador, lo que por otra parte, constituye una obligación inherente a toda compraventa. A pesar de ello, los Incoterms no regulan la transmisión de la propiedad (como también ocurría con la Convención de Viena). Esto es debido a que, por un lado, el derecho real de propiedad tiene escasa eficacia en el tráfico económico internacional, y de otro, los sistemas nacionales sobre la transmisión de la propiedad son muy diversos. Por ello, ante la dificultad que entrañaba establecer un consenso sobre la transmisión de la propiedad y la escasa utilidad que ello hubiera tenido, se eligió que los Incoterms centraran su atención en la entrega de las mercancías al porteador. Cuando el derecho español sea aplicable, la transmisión de la propiedad requiere el acuerdo de las partes sobre esa misma transmisión y la entrega de las mercancías (artículos 609 y 1095 del Código Civil).

En lo que respecta al tema de la transmisión de la propiedad, merece una mención especial el documento conocido como conocimiento de embarque²⁰⁴. Este documento, fruto de una continuada evolución histórica²⁰⁵ y que se utiliza ampliamente en el tráfico marítimo, y

²⁰⁴ El conocimiento de embarque es un documento muy importante en el ámbito del transporte marítimo que juega un papel destacado en las operaciones mercantiles en que han de desenvolverse todas las relaciones de intereses confluyentes, tales como los bancarios, importadores y exportadores, seguros, etc. En suma, el conocimiento trasciende al simple mundo del transporte para alcanzar otros ámbitos mercantiles donde ha de tener cimer importancia. Este complejo y entrecruzado juego de intereses que en el conocimiento confluyen, dada su dimensión internacional, ha dado lugar a una serie de convenios internacionales, con lo que, además del derecho mercantil, entra en escena el derecho internacional privado; un derecho al que no son ajenos los usos de orden internacional que se han producido al socaire de instituciones también de carácter internacional, tal como la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI). El conocimiento de embarque nace dentro del mundo del transporte marítimo como el recibo o <<reconocimiento>> del capitán de la nave de haber recibido a bordo unas mercancías para su transporte a destino (surgiendo con ello todas las obligaciones de un depositario que dicen los artículos 1601 a 1603 del Código Civil y desarrollan los artículos 652 a 718 del Código de Comercio y otras leyes especiales, así como constituyéndose en contrato de fletamento o transporte en el supuesto del artículo 653 del Código de Comercio) con la obligación de entregarlas al legítimo tenedor del mismo, con lo que deviene a la categoría de título valor de tradición o entrega de la mercancía. Esto, que puede valer como una primera definición del mismo, nos da una idea de su importancia y simplifica la tarea de explicar su correlación con otros mundos ajenos al del mero transporte, pues al ser título representativo de la mercancía, apto para ser negociado, lo hace entrar fácilmente dentro de la compraventa mercantil, sobre todo internacional, y de las operaciones bancarias. Al respecto, véase MOLINS FERNÁNDEZ, Antonio, “*El conocimiento de embarque*”, ed. Comares, Granada, 2000, págs. 1, 2 y 3.

²⁰⁵ El conocimiento de embarque es un documento que cumple importantes funciones, no sólo en el contrato de transporte, sino también en el tráfico mercantil de las compraventas interlocales. Su evolución histórica arranca de la institución del “cartulario” del buque, que era llevado por el Escribano y cuyos asientos tenían plena eficacia probatoria. Para dar una idea de las garantías del cargo de escribano y de su actuación, resulta ilustrativa la transcripción del siguiente párrafo del libro *Consolat del Mar*: “Si lleva el cartulario alguien que no sea el escribano, no se dará crédito a nada de lo escrito en él; y si el escribano anota en él lo que no debe, perderá la mano derecha, se le marcará la frente con un hierro candente y se le desposeerá de todos sus bienes, tanto si lo escribió él como si otro lo hubiera escrito”. Garantizada así (y de qué manera) la prueba documental de la carga de las mercancías en el buque, el segundo momento relevante en la historia del conocimiento, era facilitar al cargador tal medio de prueba, extendiéndole el escribano un recibo que reflejaba el asiento cartulario. La designación del consignatario de la mercancía en dicho recibo permitió evolucionar el documento hasta convertirse en documento de legitimación para exigir la entrega de las mercancías. No obstante, el carácter representativo del conocimiento, que permitía disponer de la mercancía mediante la transmisión del documento, fue un proceso lento y gradual y su caracterización como título endosable no se alcanzó hasta épocas más modernas. De este mecanismo de transmisión del conocimiento, no se ocupan las colecciones legislativas, siendo una elaboración del tráfico. Hasta la aparición del Code de Commerce (art. 281) el conocimiento sólo servía, sustancialmente, para proporcionar la prueba documental del derecho de

cumple tres funciones esenciales²⁰⁶ en lo que respecta al contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque²⁰⁷. En primer lugar, el conocimiento prueba y documenta el contrato de transporte. En segundo lugar, consiste en ser un recibo de la entrega de las mercancías al porteador. Por último, es además un título valor²⁰⁸ y, más exactamente, un título representativo de las mercancías. El carácter representativo del conocimiento de embarque comporta que la tradición del dominio sobre los efectos transportados se produzca cuando el comprador deviene titular legítimo del documento²⁰⁹, pues en ese momento adquiere su posesión, bien que mediata²¹⁰.

quien debía legitimarlo en el acto de la entrega de la mercancía. A partir del Code, el conocimiento aparece configurado conforme a los principios que a grandes rasgos lo caracterizan en ella actualidad. En tales términos se expresa HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan, op. cit., págs. 67 y 68.

²⁰⁶ Tradicionalmente, el estudio del conocimiento de embarque se contempla desde tres frentes, que se corresponden con sus más características funciones: como recibo de la mercancía, como prueba del contrato de transporte y como título valor. La distinción es necesariamente funcional, ya que los tres aspectos se relacionan íntimamente entre sí, lo que dificulta notablemente la clara separación de todos ellos y la delimitación de la propia institución; se trata, pues, de una útil ficción con efectos puramente sistematizadores y de exposición, tal como apunta PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel, *“Los títulos representativos de la mercancía”*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 40.

²⁰⁷ El conocimiento de embarque es el documento más importante en el tráfico de línea regular, pero en lo que respecta al flete, este se rige por el contrato de fletamento y por el documento paramount. El conocimiento de embarque tiene tres características principales. En primer lugar, es el recibo del cargador por el transporte de las mercancías por mar. En segundo lugar, es la prueba del contrato de fletamento y, como tal, a menudo incorpora las condiciones contractuales del porteador en el reverso contrario. Este documento se emite después realizar el contrato, la cual cosa tanto cuando el cargador acepta el registro como cuando las mercancías han sido físicamente embarcadas. Por último, el documento es un título de las mercancías, y como tal es casi negociable. Esto significa que el título del tenedor sólo es tan bueno como el título del tenedor previo; el cesionario no obtiene un título mejor que el que tenía el endosante – como ocurre cuando se trata de un documento plenamente negociable. Normalmente, de los conocimientos de embarque se emiten unos dos o tres originales y un número variable de copias que no son negociables. El número de originales debe mostrarse por escrito en cada conocimiento. Al respecto, véase BENSON, Don, BUGG, Ralph y WHITEHEAD, Geoffrey, op. cit., págs. 332 y 333.

²⁰⁸ Como señala el fundamento de derecho 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002, “El conocimiento de embarque actúa como documento probatorio de la carga y no constituye el propio contrato de transporte, que le suele preceder (artículos 706 y 709 del Código de Comercio), y es además un título valor en cuanto incorpora el derecho de crédito a obtener la retirada de las mercancías en su destino, operando en el tráfico comercial como título de tradición (artículo 708 del Código de Comercio), Su mera tenencia no atribuye la propiedad de lo transportado al cargador, que sólo tiene la posesión mediata o indirecta, y no realizándose ninguna transmisión del título a terceros, se respetó al destinatario de la mercancía como el efectivo dueño de la misma, que había adquirido legítimamente en el país de embarque.”

²⁰⁹ La transmisión de las mercancías en una venta internacional puede efectuarse mediante la transmisión de un documento de título, normalmente un conocimiento de embarque. La función más importante del conocimiento de embarque (si es " negociable ") es que puede ser enviado antes que las mercancías a quienquiera que tenga derecho a exigir las al porteador al llegar a destino. Éste será el comprador inmediato si sólo ocurre una venta, o el comprador eventual en una venta en cadena. Sólo el poseedor de un conocimiento de embarque para una partida de mercancías puede exigirle al porteador que descargue esa partida cuando el género llega a destino. De este modo, la transmisión del conocimiento de embarque también otorga el derecho a exigir la descarga de las mercancías, y es por eso que las ventas pueden ser efectuadas mediante la transferencia del conocimiento. Como un documento de título, el conocimiento de embarque representa el envío de la mercancía, y transfiere la posesión implícita de la misma. Su transmisión también puede transferir la propiedad de la mercancía en ciertas circunstancias. Los conocimientos de embarque son emitidos al cargador por parte del capitán, el cual actúa como agente del porteador (normalmente naviero, pero a veces también fletador), y el cargador requerirá al capitán un conocimiento de embarque de cada mercancía

En segundo lugar, el vendedor debe entregar las mercancías al comprador (en el caso de las ventas marítimas con entrega directa) o al porteador (en el caso de las ventas marítimas con entrega indirecta), y el comprador debe recibirlas y hacerse cargo de ellas.²¹¹ Esta entrega no tiene eficacia real, dado que no supone la transmisión de la propiedad ni de la posesión al comprador²¹², sino meramente obligacional, dado que conlleva el traspaso del riesgo de la contraprestación y de los gastos de las mercancías al comprador²¹³. El motivo para esto no es que, en ese momento el comprador devenga propietario de los efectos vendidos, sino

transportada. Al respecto, véase TODD, Paul, *“Contracts for the carriage of goods by sea”*, ed. BSP Professional Books, Londres, 1988, págs. 4 y 5.

²¹⁰ La transmisión del conocimiento de embarque con arreglo a su ley de circulación conlleva la transmisión del derecho de crédito a la entrega de las mercaderías en poder del porteador en virtud del contrato de transporte. Se trata, pues, de una relación crediticia <<restitutoria>>, que permite considerar a su titular – siempre que concurren ciertos presupuestos de hecho – como poseedor mediato del bien objeto de crédito. El concepto de posesión mediata hace referencia al señorío que se fundamenta en el poder jurídico reconocido al acreedor frente a quien está obligado a restituir un bien. La transmisión cartular de este tipo de crédito supone la entrega de la posesión mediata de las mercancías. Ahora bien, toda auténtica tradición supone el traspaso de algún tipo de señorío posesorio. En consecuencia, para que efectivamente se transmita la posesión mediata será necesario que concurren los presupuestos que identifican una relación de posesión mediata: es decir, *la validez del crédito a la entrega de las mercancías descritas en el documento, que éstas se hallen en poder del mediador o poseedor inmediato, y la voluntad del referido mediador de poseer para el acreedor.* Véase RECALDE CASTELLS, Andrés, *“El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa”*, Ed. Civitas, Madrid, 1992. También GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “Las ventas marítimas en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol, XVI, 1999, pág. 345.

²¹¹ La entrega se concibe como un acto complejo cuya perfección requiere el concurso del vendedor y del comprador. El primero está obligado a poner las mercancías, debidamente individualizadas, a disposición del comprador conforme a las circunstancias establecidas. A su vez, el vendedor está obligado a recibir esas mercancías y a hacerse cargo de ellas. En función de la obligación del vendedor, los Incoterms pueden dividirse en ventas con entrega directa y en ventas con entrega indirecta. En las ventas con entrega directa, el vendedor entrega las mercancías directamente al comprador, poniéndolas a su disposición en el lugar y momento convenidos. Corresponde a los términos de los grupos E y D de los Incoterms 2000. Estas ventas se caracterizan por la escasa relevancia que tiene el transporte respecto de la entrega de las mercancías. En las ventas <<En fábrica>>, la entrega se perfecciona cuando el comprador recoge las mercancías en los locales del vendedor y las conducirá hasta su establecimiento. El transporte carece de relevancia para las partes porque se produce cuando ya se ha consumado la entrega. En cuanto a los términos D, la entrega se produce en destino cuando el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador tras haberlas trasladado al punto de entrega. El transporte aparece como un acto preparatorio de la entrega. En el caso de las ventas con entrega indirecta, al contrario que en las anteriores, el transporte resulta fundamental, dado que el vendedor cumple su obligación al confiar el cargamento al porteador (como ocurre en los términos F.C.A., C.P.T. y C.I.P.), cuando las mercancías se depositan al costado del buque (F.A.S.) o cuando sobrepasan la cubierta (en las ventas F.O.B., C.F.R. y C.I.F.), como señala GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, en “Los Incoterms 2000”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol XVII, 2000, págs. 236 y 237.

²¹² Véase por ejemplo el fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1991 (RJ 1991/3559): “...y es que esa modalidad negocial compleja se acompaña a la contratación de mercancías a través del transporte marítimo en las que el resultado de transferencia se dilata o difiere por el mero tiempo preciso para su transporte -especie de compraventa a término doble tanto en la entrega como en el precio- CIF o FOB, en donde el vendedor las pone a disposición del comprador mediante su traslado al puerto de destino y recibe a cambio el precio estipulado, claro está, una vez que aquélla ha sido recibida por el comprador en debida forma”.

²¹³ GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “Las ventas marítimas en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol, XVI, 1999 pág. 346.

PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel, “La obligación de entrega en la venta con expedición” en AA.VV.: *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 340 y ss.

que el vendedor ha realizado todos los actos necesarios para la tradición de los efectos vendidos y pierde su posesión material²¹⁴. La fijación del momento y del lugar de la entrega varía en función del término de los Incoterms que se utilice. Además, es importante recordar que en el caso de los términos D la entrega se produce después del transporte, por lo que éste será irrelevante para dicha entrega. Por otra parte, hay que mencionar que el porteador tiene la responsabilidad de custodiar la mercancía²¹⁵.

En tercer lugar, el comprador (ventas F) o el vendedor (términos C y D), según el caso, también están obligados en algunos casos a contratar el transporte de las mercancías, aunque dejando cierto margen de maniobra a las partes²¹⁶. Conviene detenernos un poco en este punto. La compraventa y el transporte constituyen contratos diferenciados, aunque se necesitan el uno al otro. El objeto de la compraventa es transmitir la propiedad de la cosa vendida, para lo que será necesario, entre otras cosas, transmitir la posesión de la mercancía. Las partes del contrato de compraventa se encuentran en estos casos en lugares geográficos muy distantes, por lo que una de ellas se encarga, al margen del contrato de compraventa, de concertar un contrato de transporte para que la mercancía que se vende llegue a manos del comprador. Dependiendo del incoterm que se trate, será el vendedor o el comprador de las mercancías el encargado de concertar con un tercero, el porteador²¹⁷, el

²¹⁴ MENÉNDEZ, Aurelio, op. cit., p 117.

²¹⁵ En opinión de RECALDE CASTELLS, en el régimen general del transporte la responsabilidad por custodia (*ex recepto*) se delimita en virtud de la *traditio* o entrega de las mercancías por el cargador al porteador o la entrega al destinatario que el porteador realiza al final del viaje. En este sentido, la recepción de las mercancías por el porteador constituye un elemento esencial al transporte. Por tanto, la responsabilidad del porteador por el incumplimiento de la obligación de guarda y custodia de las mercancías sólo opera desde la recepción y hasta la entrega, ya que es durante ese periodo que las mercancías se encuentran bajo su control. Así pues, para delimitar el periodo de responsabilidad conviene precisar, por tanto, en qué momento se ha producido la *traditio*. Y, a estos efectos, es necesario determinar la repercusión que respecto de tales actos tienen las operaciones de carga y descarga. Ahora bien, la entrega al porteador o al destinatario no necesariamente se identifica en los momentos en que se producen tales operaciones. Ciertamente, en las diversas modalidades contractuales que puede adoptar el transporte por mar existen significativas diferencias tanto en relación con el reparto de costes de las operaciones de carga y descarga, como respecto de la asunción de los riesgos y responsabilidades derivadas de los daños a las mercancías durante esas fases. También es habitual que en los contratos se identifiquen los momentos de recepción. En este sentido se pronunciaba RECALDE CASTELLS, Andrés, en su intervención “*Las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*”, dentro DE EIZAGUIRRE, José María (coord.) “*VII Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*”, editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Donosita-San Sebastián, 2001, págs. 107 y 108.

²¹⁶ El carácter internacional que tradicionalmente ha caracterizado al transporte marítimo le ha hecho tributario del principio de libertad como rector del comercio marítimo, como afirma BOET SERRA, Elena, en “*La libre competencia en el transporte marítimo (El tráfico de mercancías de línea regular)*”, José María Bosch, editor – Librería Bosch, S.L., Zaragoza, 2000, pág. 93.

²¹⁷ Véase por ejemplo el fundamento de derecho sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo 1040/1993 de 10 de noviembre (RJ 1993/8980): “Es hecho incuestionable del que hay que partir para la resolución del litigio, según revelan los documentos de autos, que la actora compró las mercancías a la empresa «Asia Trading Company Limited», en condiciones «FOB», cuyo transporte organizó la empresa coreana «Dong Bang Forwarding», que no tuvo en su poder las mercancías, la cual cuando designó como consignataria a «Pararchus Int. SA» lo hizo a título de mera o simple transitaria, y no como dueña de las cosas transportadas, puesto que en todo momento los objetos pertenecieron a la parte actora hoy recurrente. En consecuencia, a la actora y no a «Panarchus» le corresponde la legitimación para demandar cualesquiera que sean las demás posibilidades de convertirse en actora como consecuencia de la utilización del conocimiento de embarque para demandar. No cabe ignorar que el contrato de transporte marítimo con conocimiento de embarque

contrato de transporte, el cual deberá seguir las instrucciones que le de la persona que haya contratado el transporte con él²¹⁸.

El buque, como objeto central del derecho marítimo, nace y vive para navegar. Ahora bien, esa navegación, esa explotación del buque por parte del naviero puede tener diferentes finalidades, que se plasman en una serie de contratos diferenciados. Desde un punto de vista económico y funcional, la función primordial de los buques mercantes es el transporte, ya sea de personas o mercancías, por mar. La navegación marítima gira en torno al transporte, pero por otra parte no puede negarse la existencia de otras formas de explotación tales como la pesca, el salvamento, el remolque, el deporte, las actividades científicas y las actividades lúdicas (cruceros), que gozan de una gran importancia. A pesar

endosable y dotado de la cualidad de título valor sigue siendo también un contrato causal y, por tanto, exigible su cumplimiento por el dueño de las mercancías como genuino titular contra el porteador que no lo cumplió como genuino obligado. La expedición del conocimiento de embarque en su cualidad de porteadora por la «Compañía Maritime d'Affrètement SRL» le impone la obligación principal de todo porteador de llevar la mercancía a su destino para entregarla a su dueño o simple destinatario o consignatario, y la contrae incluso contra la actora por efecto del contrato de transporte que, como dice la doctrina, no agota su acción dentro de la esfera de los contratantes, y porque así consta en el documento núm. 3 al que la compañía francesa niega validez, pero su agente española se lo reconoce. Y la obligación de entrega no se cumplió porque como demuestran las pruebas practicadas, entre otras el certificado de la aduana, la mercancía no entró en territorio español”.

²¹⁸ En el contrato de transporte se reconoce el derecho o facultad de modificar unilateralmente la prestación asumida por el porteador y el deber de éste de ejecutar las nuevas instrucciones que se le impartan. Este derecho a variar el contrato se establece en todos los regímenes positivos que regulan las distintas modalidades del contrato de transporte. Ello vale tanto para el derecho interno como para los convenios internacionales que regulan los transportes “unimodales”. Se trata también de una previsión habitual en Derecho comparado. En opinión de RECALDE CASTELLS, el derecho de disposición no debe entenderse en un sentido técnico como disposición de un derecho subjetivo por su titular (art. 1112 CC); tampoco la expresión debe interpretarse como la “disposición” de las mercancías que realiza su propietario en un sentido jurídico real, pues la titularidad del derecho de disposición no corresponde necesariamente a quien es su dueño. Cuando se trata del “derecho de disposición de las mercancías” en el contrato de transporte, interesan las relaciones entre el transportista y el remitente (o en su caso, el destinatario) que inciden sobre el contenido del contrato y sus obligaciones. Por tanto, las vicisitudes del contrato de transporte deben desvincularse de quien es el titular real de las mercancías. Así pues, aunque las relaciones jurídico-reales que afectan a las mercancías deban separarse de las relaciones obligatorias derivadas del contrato de transporte, conviene advertir que, detrás de la modificación del contrato que se hace valer con el derecho de disposición, se encuentra a menudo un negocio dispositivo cuyo objeto son las mercancías transportadas. El ejercicio del derecho de disposición cumple, pues, una importante función en el tráfico de mercancías, dado que constituye el instrumento a través del cual el remitente que ha enviado un cargamento con la intención de venderlo en destino puede cambiar el lugar de consignación o la persona del destinatario. Ello le permite hacer frente a problemas de ausencia de demanda en el lugar previsto o a la posibilidad de conseguir un mejor precio. Asimismo, el derecho de disposición también sirve de garantía al remitente frente a la falta de pago del comprador-destinatario. La posibilidad que tiene el cargador de frenar la entrega por el porteador de la mercancía constituye una vía a través de la cual el vendedor puede hacer valer la excepción para no cumplir su obligación de entregar la cosa vendida ante el incumplimiento actual o previsible del comprador (*exceptio inadimpleti*). Por otra parte, cabe destacar la importancia que tiene en esta materia la caracterización de los documentos de transporte. En el caso de los títulos valor, como el conocimiento de embarque, el derecho de disposición circula con el documento junto con los demás derechos derivados del contrato de transporte. Por el contrario, las cartas de porte de los transportes terrestres no son títulos valor negociables ni incorporan el derecho de disposición, aunque su presentación también es necesaria para hacer valer ese derecho (arts. 360.I del CCom y 12.5.a del CMR). Al respecto, véase RECALDE CASTELLS, Andrés, “El “derecho de disposición” en el transporte internacional de mercancías por carretera”, en *InDret*. Revista para el Análisis del Derecho. Ed. digital en www.indret.com, págs. 5 y ss.

de que cierto sector de la doctrina considera que estas modalidades son complementarias, accesorias o análogas al contrato de transporte²¹⁹, lo cierto es que a pesar de que en ellas el buque se mueva, navegue, la finalidad de esta navegación no es necesariamente siempre transportar algo o a alguien, sino que también se navega para pescar, investigar o realizar labores de apoyo, etcétera. Lo que quiero decir con esto es que el transporte es la actividad marítima por excelencia, pero no la única. Por otro lado, dentro de la variedad que ofrecen los contratos de explotación de buques, existen varias fórmulas que pueden servir para transportar mercancías por mar y por las que las partes pueden decidirse, pero la más frecuente y específica para estos casos es el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque²²⁰. Aunque eso no quiere decir que sea la única. En realidad, podemos optar entre arrendamiento, fletamento o transporte, subdivididos según sus modalidades; arrendamiento, con o sin casco desnudo; fletamento por tiempo o por viaje, en póliza de fletamento o conocimiento de embarque. Todas estas modalidades pueden utilizarse para realizar un transporte de mercancías.

Por otra parte, los términos C.I.F. y C.I.P. obligan a concertar el seguro²²¹ de las mercancías en beneficio del comprador. Esta clase de seguros marítimos consisten en contratos por los

²¹⁹ RUIZ SOROA afirma que existen algunos fletamentos, como el fletamento de un buque para la investigación, el fletamento de un buque pesquero para pescar o el fletamento de un remolcador *supply* para prestar ayuda en la instalación de una plataforma petrolífera, en los cuales no se puede decir que ese fletamento sea un transporte propiamente dicho; y sin embargo se trata de un fletamento. Son supuestos residuales que el autor no quiso tomar en consideración a efectos de crear una tipología jurídica. Aún así, sí que fueron previstos, y se estableció que en los supuestos en los cuales se contrata un buque para una utilización que no es la de transportar se aplicarán las normas del fletamento relativas a la puesta a disposición del buque y a la obligación de viaje en lo que sea posible. Pero, en opinión del autor, no se ha querido regular como tipo particular estos contratos por una razón muy sencilla: porque en todos ellos tampoco se puede afirmar que la obligación del fletante sea sólo navegar, como sería en ese tipo teórico de fletamento de los franceses o los italianos de arrendamiento de una obra que es sólo navegar, porque en estos casos la prestación del fletante es navegar para prestar un servicio de *supply*, o navegar para pescar, o navegar para investigar. Es decir, aquí hay también una prestación que va más allá de la mera navegación. Por tanto, estos supuestos residuales caerían dentro de la regulación, se les aplicarían en lo que analógicamente sea posible pero no tendrían un reconocimiento expreso como contratos típicos o nominados. Sobre este tema, véase RUIZ SOROA, José María, “*Contratos de Arrendamiento y Fletamento*”, en “*Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la navegación Marítima*. Madrid, 1 y 2 de junio de 2005”, Ed. Thomson Civitas, España 2006, pág. 143.

²²⁰ El *transporte marítimo bajo conocimiento de embarque* puede ser definido como aquel transporte marítimo de mercancías que se formaliza en el referido documento de transporte; puede advertirse, sin embargo, que en esta noción se alude exclusivamente al tipo de documento en que se celebra el contrato de transporte [art. 1 b) Convenio de Bruselas], prescindiendo del fenómeno marítimo-comercial que le da origen. En este sentido, puede afirmarse que el transporte de línea regular constituyó el núcleo esencial de los transportes marítimos originariamente documentados en conocimientos de embarque. Pero en la actualidad, la utilización de tales documentos no resulta tan frecuente a causa de la nula vocación negociadora de las mercancías en tránsito, que hace innecesaria la emisión de un conocimiento de embarque, prototipo de documento negociable. Es por eso que se ha generalizado en el tráfico marítimo la utilización de otros documentos carentes de función traslativa, denominados cartas de porte marítimas (*seawaybills*), que en lo restante, cumplen misiones similares a las predicables de los conocimientos de embarque. Tales son las opiniones expresadas por EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, en DE AIZAGUIRRE, José María (coord.), “*El derecho del transporte marítimo internacional*”, Escuela de Administración Marítima, Gobierno Vasco, San Sebastián, 1993, págs. 44 y 45.

²²¹ Si bien Uria define este contrato como aquel <<por el que una persona (asegurador) se obliga, a cambio de una prestación pecuniaria (prima), a indemnizar a otra (asegurado), dentro de los límites convenidos, los

cuales el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado, a cambio de una prima y dentro de los límites convenidos, los daños patrimoniales que sufran los intereses asegurados, en este caso la carga, con ocasión de la navegación marítima. Se trata de un contrato bilateral y oneroso, sinalagmático y tracto sucesivo, aleatorio y de buena fe superlativa. Lo normal es que este contrato se celebre entre empresarios, dotados de igual poder de contratación, sin posición de desequilibrio entre ellos y, por lo tanto, no necesitados de protección coercitiva, aunque no se trata de un requisito imprescindible para considerar un seguro como marítimo.

Aunque en el precio del contrato de compraventa se incluyan tanto el valor de la mercancía como los importes relativos al seguro de la misma y a su transporte²²² (siempre y cuando dichos contratos accesorios se realicen, claro está, como puede no ser el caso de un precio EXW) cabe resaltar que en cualquier caso, el transporte o el seguro no son objeto de la regulación de los Incoterms, dado que el vendedor o el comprador quedan obligados solamente a concertar los contratos correspondientes en el marco de la compraventa, no a ejecutar las prestaciones propias del porteador o el asegurador²²³. Y eso, en el caso de que

daños sufridos por la realización de un evento incierto>>, el citado autor indica que la naturaleza del contrato de seguro es la misma en el campo civil que en el mercantil y que lo que varía y distingue a un seguro de otro es el aspecto técnico de la operación, aisladas y esporádicas sin conexión entre sí, las del seguro civil, hoy prácticamente inexistente, y masivas y uniformes, para poder neutralizar el riesgo, en el caso de las del seguro mercantil. Véase GARCÍA GIL, Francisco Javier, *“Los Contratos Mercantiles y su Jurisprudencia”*, pág. 383.

²²² Véase la sentencia el fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1988 (RJ 1988/4932): “Sobre tales presupuestos fácticos y adentrándose en el examen de las motivaciones que restan por examinar, debe comenzarse por la primera, en la cual lo imputado a la sentencia impugnada es la infracción del art. 34 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 (en lo sucesivo LCS), y de la doctrina de esta Sala, motivo cuya razón de ser se encuentra, en que habiéndose concertado la venta de los productos que viajaban en el vehículo articulado que se ha dejado indicado en el precedente fundamento bajo la cláusula CIF, ello supone que en el precio de venta se encuentra comprendido «tanto el valor de la mercancía como los importes relativos al seguro de la misma y su transporte», lo que a su vez implica que la «entrega de la mercancía por el vendedor al comprador se entiende realizada en el momento en que es cargada en el medio de transporte de que se trate», lo que se traduce, según el recurrente, en que los riesgos de las mercancías son de cuenta del comprador.”

²²³ Véase por ejemplo el fundamento de derecho tercero de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1989 (RJ 1989/5771): “A combatir el pronunciamiento de la sentencia recurrida, que desestima la también aducida en la instancia excepción de falta de legitimación activa en la actora «Industrias Afrasa, S. A.» se orientan los motivos tercero, cuarto y quinto, uno de ellos (el cuarto) con sede procesal en el ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los otros dos en el ordinal quinto del mismo precepto, motivos que han de ser examinados y resueltos conjuntamente, al ser el mismo, aunque desde distintas perspectivas, el ya dicho designio impugnatorio de los tres, a través de los cuales y diciendo denunciar «infracción del artículo 1225 del Código Civil» (en el tercero), «error en la apreciación de la prueba basado en los documentos 5 y 6 del escrito de contestación a la demanda» (en el cuarto) e infracción de la doctrina de esta Sala, contenida en las sentencias que cita, acerca de la naturaleza y efectos de la venta CIF (en el quinto), la entidad recurrente viene, en síntesis, a sostener que versando el litigioso seguro de transporte marítimo sobre una mercancía que fue vendida bajo la modalidad de venta CIF, es sólo el comprador de dicha mercancía el que se halla legitimado para ejercitar las acciones derivadas del expresado contrato de seguro. Los tres referidos motivos han de fenecer, ya que, cualquiera que sea la forma de compraventa (que en este caso concreto, efectivamente, fue CIF) bajo la que se vendió la mercancía asegurada, lo que solamente afectará como norma general, al ámbito de las relaciones internas entre vendedor y comprador, lo cierto es, por un lado, como dice la sentencia recurrida, que el seguro marítimo de la expresada mercancía fue concertado con la aseguradora, aquí recurrente, por la propia entidad vendedora («Industrias Afrasa, S. A.» «por cuenta propia o de quien pertenezca», cuya forma de contratación no le priva de interés jurídico en la

alguna de las partes esté obligada a concertar esos contratos, puesto que en múltiples ocasiones los Incoterms establecen que el vendedor o el comprador no tienen “ninguna obligación” respecto a los contratos de transporte o de seguro. Eso significa que la parte en cuestión no está obligada a concertar el transporte de las mercancías o su seguro, pudiendo incluso darse el caso de que ninguna de las partes tenga obligación alguna al respecto. Aún así, eso no significa que les esté prohibido a las partes concertar estos contratos, sino que tienen libertad para acudir a ellos si lo desean²²⁴.

Por último, en lo que respecta al trámite aduanero para la importación y exportación de las mercancías, los Incoterms distribuyen entre las partes las obligaciones de obtener las licencias y autorizaciones necesarias para llevar a cabo la exportación o importación y la necesidad de realizar los trámites aduaneros a tal efecto, así como la imputación de los gastos consiguientes. Por norma general, el vendedor se ocupa de las obligaciones relativas a la exportación y el comprador de los trámites y gastos de la importación.

Al establecer el concepto de venta marítima y las obligaciones de las partes, se ha hecho patente la relevancia que tiene para estas operaciones el que las mercancías sean transportadas por mar. Es el transporte marítimo lo que diferencia a estas compraventas de las demás. Así pues, es el elemento marítimo lo que hace que las normas que rigen esta clase de transacciones sean distintas a las de la compraventa normal.

En ese caso, la siguiente pregunta que deberíamos plantearnos es cuál es el alcance de la especialidad marítima en la compraventa, para lo que se hace necesario establecer primero en qué consiste la especialidad marítima en sí.

efectividad del seguro concertado (con independencia del destino que hubiera de dar a la indemnización reclamada, a virtud de las relaciones internas entre ella -la vendedora- y la compradora de la mercancía) y, por otro, que la entidad aseguradora, aquí recurrente, tiene extrajudicialmente reconocida la personalidad de la vendedora para reclamar dicha indemnización.”

²²⁴ La expresión ninguna obligación significa simplemente que, conforme al *incoterm* de que se trate en cada caso, la parte en cuestión no queda obligada frente a la contraria a concertar el transporte o el seguro. Véase GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “Los Incoterms 2000”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol XVII, 2000, pág. 241.

CAPÍTULO 7.

La especialidad marítima

7.1. ¿En qué consiste?

¿Hasta qué punto podemos hablar de la existencia de una especialidad marítima en materia de compraventa? El hecho de que una relación jurídica nazca y se desarrolle con el mar, ¿condiciona de manera sustancial su contenido y desarrollo? Si una mercancía debe ser transportada por mar para llegar a manos de su comprador, ¿esta situación hace que existan necesidades especiales que deban ser satisfechas?²²⁵

Hablar de si en la compraventa puede darse una especialidad marítima es un problema que conecta directamente con la propia especialidad del Derecho marítimo²²⁶. Ya se hizo referencia en páginas anteriores al Derecho marítimo, entendido como el conjunto de relaciones jurídicas que nacen y se desarrollan con el mar y que abarca todos los aspectos jurídicos públicos y privados, nacionales e internacionales, referidos al mar y a lo marítimo. Esta definición doctrinal, aceptada en gran medida por los juristas, defiende la concepción del Derecho marítimo como un sector del ordenamiento con unas necesidades lo bastante especiales como para considerar que goza de cierta autonomía²²⁷. Sirva de ejemplo el hecho

²²⁵ En opinión de GONZÁLEZ-LEBRERO, el análisis de todos y cada uno de los institutos de la materia marítima nos revela, y con elocuencia, su particularismo. Esto se debe a que el ambiente en que se desenvuelve la navegación es diferente del ambiente en que se desarrollan otras actividades del ser humano, con excepción de la aeronáutica. En alta mar, propiedad de todos y de ninguno, donde no existe soberanía, la nota de juridicidad está dada por el reconocimiento por parte de los Estados de la sujeción de los buques de los demás a la legislación y jurisdicción de su bandera, que implica la igualdad en el uso de los océanos. Es en ese ambiente, donde los riesgos son mayores y diferentes, y las distancias ponen una pausa en la vida de los navegantes, donde se desarrollan las actividades marítimas. Sobre esto, véase GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A., *“Curso de Derecho de la Navegación”*, editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1998, pág. 33.

²²⁶ Ciertamente, la navegación ha jugado un papel de tal importancia en la existencia de los pueblos ribereños al mar, les ha rendido tales servicios y ha ejercido una influencia tan decisiva en su género de vida, en su desarrollo y en sus destinos, que era imposible que no diese lugar a normas jurídicas especiales, tal como manifiesta DANJON, Daniel, en *“Tratado de Derecho Marítimo”*, t. I, *“Buques, Armadores y Tripulación”*, trad. esp. de L. de Aguirre Fanaique, EDITORIAL REUS, S.A., 1ª ed., Madrid, 1931, pág. 5.

²²⁷ Sin tener pretensiones sistematizadoras ni concluyentes, creo que resulta conveniente introducir algún elemento discriminador entre los conceptos de particularismo, especialidad y autonomía. En lo que respecta al particularismo, se trata de una característica tradicionalmente atribuida al derecho marítimo, que se traduce en el reconocimiento de la peculiaridad de sus instituciones jurídicas en correspondencia con la que se da en el plano técnico-económico. Con relación a la nota de autonomía, su estudio se ha centrado generalmente al de aquella que se denomina científica o sustancial. En suma, hacia la identificación de un conjunto de normas que constituyan un verdadero sistema destinado a disciplinar especiales exigencias de un sector de la realidad y con capacidad de autointegración de sus lagunas. La diferencia entre ambos conceptos es evidente. El primero se da en aquella disciplina jurídica con caracteres propios, y, en cierta medida, permanentes en el tiempo que le hacen distinguirse de otras, pudiendo hablarse en este sentido de “originalidad” u “osadía en sus concepciones”, mientras que la autonomía consiste en una propiedad que puede darse o no en aquella disciplina particular y que se traduce en su “plenitud” y “autosuficiencia”. En tal contexto, la especialidad es un concepto ambivalente porque integra (o subyace en) las nociones mismas de “particularismo” y

de que en la actualidad el Derecho Marítimo constituye una asignatura independiente en los planes de estudio de algunas facultades de derecho en nuestro país (a pesar de ser optativa, y no troncal), cuando antiguamente era considerado una parte integrante del Derecho mercantil. Ciertamente, hasta épocas muy recientes, en nuestro país el estudio del Derecho marítimo ha tenido lugar, en las facultades de Derecho, en el seno del Derecho mercantil, aunque a medida que pasaba el tiempo fue apareciendo como una parte distinta y cada vez más separada, dado el escollo que suponía explicar sus instituciones de manera paralela y conjunta con las mercantiles terrestres²²⁸. La amplitud de las materias que normalmente ha abarcado el programa de la asignatura de Derecho mercantil solía provocar una exclusión, o, en el mejor de los casos, una explicación deficitaria del Derecho marítimo, motivo por el cual en la actualidad se ofrezca al estudiante universitario la posibilidad de cursar esta materia como asignatura optativa.

7.2. Autonomía legislativa

Si nos referimos a la autonomía legislativa²²⁹, se hace necesario un breve repaso a sus fuentes legales. El Código de Comercio vigente, como ya hiciera el de 1829, recoge en su

“autonomía”. Puede ir referido a normas que se apartan de la general para regular ciertas relaciones habida cuenta de sus peculiaridades y también al conjunto de esas normas peculiares que, formando una unidad por razón de la materia, se encuentra separado del derecho general. La doctrina utiliza el término “especial” (desplazando a menudo al de “particular”) como concepto a partir del cual afirmar o negar la “autonomía”. Por quienes niegan esta última en el derecho marítimo, el término “especial” suele ser utilizado como equivalente a (mero) particularismo y por aquellos que la sostienen como concepto condensador de criterios muy próximos a la verdadera autonomía científica, que sirve para afirmarla. Al respecto, véase LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos, “La Identidad del Derecho Marítimo”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXI, 2004, págs. 273 a 275.

²²⁸ Estas normas jurídicas especiales formarían un agregado normativo conocido como Derecho Marítimo [“Maritime Law”, “Droit maritime”, “Seerecht”] o Derecho de la Navegación; un conjunto de normas que, aunque poseen estrechas conexiones con el Derecho mercantil [terrestre] y – de hecho – estudiándose tradicionalmente en el marco de los programas de Derecho mercantil y en muchos de sus tratados y manuales, presenta igualmente rasgos profundamente especiales, incluso si se compara con este último, tal como afirma GARCÍA PITA Y LASTRES, José Luis, en *Arrendamientos de Buques y Derecho Marítimo (con especial referencia al <<Derecho de Formularios>>)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 33 y 34.

²²⁹ Una de las consecuencias de la autonomía del derecho marítimo es su autonomía legislativa., como rama especial del ordenamiento. Unidad de la disciplina y principio de especialidad son las dos caras de la noción del Derecho marítimo como disciplina autónoma. Ya se ha dicho que el Derecho Marítimo como ciencia autónoma significa, por un lado, el reconocimiento de la especialidad, y por otro, la unidad de la disciplina. En el primer sentido, el legislador reconoce y acota un sector de la realidad que exige un tratamiento diferenciado: el conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar. Sector de la realidad, necesidades especiales y tratamiento diferenciado son los tres elementos que justifican el tratamiento de la disciplina. El dato que aglutina ese sector especial es el mar. O por decirlo en términos filosóficos, el mar como potencia y la maritimidad como acto. Todas las relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar, con independencia de su finalidad, lucrativa o no, o del sujeto que las protagoniza, el Estado o los particulares, se rigen por normas especiales. Las normas del derecho común, civil o mercantil, administrativo o internacional, no dan por sí solos respuestas adecuadas al sector de la realidad social que acota la maritimidad. El mar o la maritimidad se convierten así en el criterio delimitador de la materia y en términos normativos circunscribe el ámbito de aplicación. Naturalmente, la tipificación normativa del supuesto de hecho exige un tratamiento jurídico unitario: las relaciones surgidas en el mar, aunque existan otros elementos personales y teleológicos, no se pueden resolver con disparidad de criterios. La afirmación científica de la unidad de la disciplina y su corolario de la autonomía legislativa significa que todas esas materias, y en

Libro III las normas privadas relativas al comercio marítimo, con exclusión de lo público-administrativo. Pero el Derecho marítimo no es sólo el Derecho mercantil marítimo, sino que excede los límites del acto de comercio. La innegable conexión del Derecho marítimo con el comercio no puede significar el olvido de sectores importantes de la realidad que no tienen por objeto una finalidad lucrativa²³⁰. El Derecho marítimo comercial es una parte integrante y esencial de la materia, pero solamente una parte. Ésta también abarca aspectos tales como la navegación de pesca, la turística, de recreo o con fines particulares y no especulativos, la seguridad marítima o las normas de prevención de la contaminación, entre otros. Por este motivo, junto al Código de Comercio y otras leyes privadas como la de hipoteca naval o de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, podemos encontrar un conjunto de leyes administrativas entre las que destaca la fundamental Ley de Puertos y de la Marina Mercante, sin dejar de lado que todo lo relativo a relaciones laborales vinculadas con el mar pertenece al ámbito del derecho del trabajo. Lo cierto es que existe una gran dispersión normativa.

A pesar de que en España, durante mucho tiempo el derecho marítimo se constriñera a lo establecido en el Código de Comercio, en la actualidad cada vez se es más consciente de la necesidad de modernizar y ampliar este sector del ordenamiento²³¹. Tal vez, la iniciativa

general todas las relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar, deben someterse al principio de la unidad y autonomía del código de legislación marítima. En tales términos se manifestaba el Profesor ARROYO, Ignacio, en A.A.V.V., *“La Reforma de la Legislación Marítima”*, ed. Aranzadi, Navarra, 1999, págs. 22 y 23.

²³⁰ Véase a modo de ejemplo lo que establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2000, en la se dice que “La Doctrina moderna tiene un concepto más amplio del Derecho marítimo que se extiende a otras actividades, incluso con finalidad no lucrativa, como son la pesca, turismo, estudios oceanográficos, ecología, etc..., a las que entiende que son aplicables las normas reguladoras de la navegación marítima”.

²³¹ En opinión del Profesor ARROYO, la reforma de la legislación marítima española es inaplazable. La afirmación es compartida por todos los sectores del tráfico marítimo. Navieros y fletadores, cargadores y exportadores, asegurados y aseguradores, consignatarios y transitarios, astilleros y reparadores navales, peritos y liquidadores, abogados y procuradores, que se relacionan con el mar de algún modo han estado reclamando la actualización de nuestros textos legales. Por otra parte, no son pocos los congresos, seminarios, jornadas y conferencias donde la doctrina ha tenido ocasión de pronunciarse sumándose a la petición y ofreciendo algunas pautas de cómo debe hacerse la reforma. ¿Qué sucede entonces? ¿Por qué nuestra legislación marítima sigue anclada en el venerable Código de Comercio de 1885? Pero, lo que es más grave todavía, ¿por qué se ha reformado el grueso de la legislación mercantil, que prácticamente ha vaciado el cuerpo del Código de Comercio, y no se ha tocado la materia marítima? A juicio del Profesor ARROYO, la respuesta es formal o aparentemente sencilla: porque no ha querido el legislador. Dicho en otras palabras, el responsable del estado de nuestra legislación marítima es el Gobierno, como protagonista principal de la iniciativa parlamentaria, el Gobierno como institución. A pesar de las iniciativas doctrinales y del interés manifestado por los sectores económicos y jurídicos afectados, el modelo de la reforma necesita ser debatido más detenidamente, por dos razones principales. Primera, porque hay que decidir el método o técnica legislativa, que sería reformar el Código de Comercio o aprobar leyes especiales. Segunda, porque hay que delimitar el ámbito o las materias objeto de reforma. Ambas cuestiones están vinculadas, como puede verse.

En lo que respecta a la primera cuestión, no parece que la reforma del libro tercero sobre el comercio marítimo del venerable Código de Comercio sea el molde adecuado para dar entrada a toda la materia. Ya el Código de Comercio es una idea superada, no por la idea codificadora sino por la limitación temática. La reforma de las demás materias mercantiles, desde las sociedades hasta la letra de cambio, pasando por la competencia y los derechos de propiedad industrial, se han encauzado a través de leyes especiales. Incluso Francia, cuna de la codificación, ha optado por la descodificación del derecho marítimo, derogando el Código y sustituyéndolo por leyes especiales. El encaje en un sistema codificado, con todos sus méritos, ofrece no pocas dificultades, derivadas de la inconsistencia en que se incurre regulando, por un lado, materias no

legislativa más importante al respecto que en la actualidad se está gestando en nuestro país sea el ya mencionado Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima. Este notable texto tiene la virtud de abordar en su extenso articulado una amplísima variedad de temas. No en vano, la intención de sus redactores era abordar la ordenación administrativa de la navegación y todas las relaciones privadas referidas al tráfico marítimo. Esto es, por un lado, las normas de policía, seguridad y contaminación, y por el otro, las normas sobre el buque, el naviero, los contratos, los accidentes, la limitación de la responsabilidad, los seguros marítimos y las normas procesales referentes a la navegación. En resumen, se trata de un verdadero código de la navegación marítima, orientado a la obtención de una mayor seguridad jurídica.

Los motivos que han dado origen a esta iniciativa son diversos pero pueden resumirse básicamente en tres. En primer lugar, nuestra geografía es eminentemente marítima, y acumulamos una ingente cantidad de puertos comerciales, pesqueros, deportivos y de refugio, por lo que el tráfico marítimo deviene un elemento esencial en nuestra economía²³². En segundo lugar, el mar ha dejado de considerarse únicamente una superficie

previstas, completamente nuevas, y por otro, aceptando criterios que pueden resentir la sistemática codificadora. Por lo demás, hay un problema temporal, de urgencias, pues la redacción del Código se prolongaría en demasía retrasando más la promulgación de la nueva normativa. A pesar de esos reparos, estratégicos y tácticos, el Profesor ARROYO es partidario de abordar la reforma mediante la aprobación de un código marítimo de nueva planta, que sin embargo habrá que promulgar una vez aprobadas y algo experimentadas un cuadro mínimo de leyes especiales marítimas. Por otra parte, la segunda cuestión es todavía más compleja, porque enlaza directamente con el problema conceptual. Lo que sea el derecho marítimo será su legislación. Como es sabido, existen dos posturas. Por un lado, los que defienden, pegados a la tradición, que el derecho marítimo se delimita en base al acto de comercio marítimo. El derecho marítimo abarca las relaciones mercantiles marítimas. Es un derecho privado, desde luego no público, aunque provisto de vocación internacional. Por otro lado, los que, como el autor, son partidarios del derecho marítimo entendido como el conjunto de las relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar, defienden una concepción general, pública y privada, nacional e internacional. Consecuentemente, la legislación marítima abarca todos los aspectos jurídicos del mar y de lo marítimo, importando menos su situación entre las distintas ramas del ordenamiento. Es el atributo de la autonomía del derecho marítimo, que empieza por la autonomía legislativa, a la que seguirán la jurisdiccional y la académica o universitaria. La segunda posición resulta más ambiciosa, y por lo tanto más compleja. La reforma de la legislación marítima no puede reducirse a las materias comerciales marítimas sino que debe abarcar todas las que, consecuentemente con el concepto de derecho marítimo, se refieren al mar y a lo marítimo. Naturalmente la modificación afectará sólo a las materias que estén necesitadas de reforma. El conjunto de las relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar, sin adjetivos limitadores, debería ser el criterio determinante del ámbito de regulación. El supuesto de hecho tipificado legalmente debe coincidir con el ámbito material de aplicación, que no puede ser otro que la materia o ese sector de la realidad social acotado o delimitado por el concepto. Tales son las opiniones expresadas por el profesor Ignacio ARROYO MARTÍNEZ en A.A.V.V., *“La Reforma de la Legislación Marítima”*, ed. Aranzadi, Navarra, 1999, págs. 13 a 17.

²³² A la hora de exponer los conceptos diversos que hoy configuran el Derecho del Mar, cabe destacar sus antecedentes, su evolución histórica, etc., habida cuenta que la reglamentación de la mar, no sólo conforma la realidad social de una nación como España, tan entrañablemente marinera, con repercusión no sólo en lo estratégico, sino también en lo económico, dado que el tráfico marítimo, entre otros bienes, servicios y régimen portuario, son unidades de sensible importancia teniendo en cuenta que, el 90% del total de las importaciones y el 80% de las exportaciones españolas, en toneladas pasan por los puertos, indicadores de su importancia. España no vive de espaldas al mar. La Marina mercante y el transporte marítimo juegan un papel de gran relevancia para la adecuada atención de las necesidades socioeconómicas, apreciándose la existencia de un interés público que demandaba la implantación de conceptos modernos en la legislación marítima nacional. Al respecto, véase las opiniones expresadas por ELICES HUECAS, Adolfo, en A.A.V.V., *“El mar en la defensa económica de España”*, dentro de la serie Cuadernos de Estrategia, Centro Superior de Estudios

plana sólo apta para el transporte, y ha pasado a ser un posible objeto de explotación, a tenor de sus inmensas riquezas. Por último, el estado y antigüedad de nuestra propia legislación marítima vigente hacía necesaria una modernización. El hecho de que esta disciplina se encuentre anclada en el Código de Comercio de 1885, que además reproduce el anterior de 1829, redactado fundamentalmente en base a la navegación a vela, hace necesario un cambio para encarar nuevas realidades como el transporte multimodal y la revolución del contenedor²³³.

Después de observar nuestras normas sobre derecho marítimo, creo que si bien no nos encontramos todavía en una situación de total autonomía, sí que es cierto que la especialidad de la materia ha motivado una progresiva separación del derecho marítimo de aquellos otros sectores del derecho, más generales, en los que solían encuadrarse sus instituciones. Situación que, aunque no supone la autonomía legislativa, si muestra una clara y favorable evolución en ese sentido.

7.3. Autonomía jurisdiccional

Además de autonomía académica y legislativa, cabe destacar otra innovación importante como es la creación de los juzgados de lo mercantil, que conocen de “cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de pretensiones relativas a la

de la Defensa Nacional, Instituto Español de Estudios Estratégicos, publicado por el Ministerio de Defensa en enero de 1997, pág. 45.

²³³ DUQUE afirma que el carácter anacrónico de los textos del libro III del Código de Comercio (dedicado al comercio marítimo) complementado con normas de diferentes épocas hacía necesaria la presentación de un texto modernizado, sistemático y que sirviera de referente a una posterior tarea normativa, tanto en el plano nacional como supranacional. Era necesario que el Anteproyecto regulara con criterios modernos la materia maritimista, no sólo por las continuas demandas de las Cortes Generales, sino también por las peticiones y quejas de los operadores marítimos. Por ello, se ha intentado que el texto final superase los anacronismos de los textos anteriores, más propios de la navegación del siglo XIX. A pesar de ello, la modernización de las normas no ha sido el único motivo para aprobar este Anteproyecto. Si bien es cierto que en su mayor parte se trata de un texto de derecho dispositivo, introduce una dimensión de seguridad jurídica, que permitirá a los operadores el conocer de manera anticipada las reglas que ha de ofrecer un esquema normativo de derechos y obligaciones, estableciendo un esquema equilibrado en la medida que las partes no hayan estimado más conveniente configurar el contenido del contrato de la forma más adecuada a sus intereses concretos, siempre que se respeten los principios básicos del ordenamiento y en particular la suprema norma constitucional. Por otra parte, el texto proyectado permite un adecuado juego de la autonomía de la voluntad en un mercado supranacional, en el que la competencia es un factor a tener en cuenta en la actividad empresarial, y más decisivamente, por el alto grado de competencia en el mercado de fletes de la supervivencia de la misma empresa. Por tanto, la preocupación que ha guiado a los redactores del Anteproyecto ha sido alcanzar una seguridad que proporcione certeza a los interesados, de una u otra manera, en la aventura marítima. Los navieros para ajustar los costes que les permitan participar con éxito en un mercado tan competitivo como el suyo. Los clientes, para saber de antemano la persona a la que ha de reclamar en caso de incumplimiento de las relaciones contractuales. Los aseguradores, para determinar sus primas y las condiciones que han de concurrir para que se concrete su obligación de garantía, y así sucesivamente para todos – personas particulares u organismos administrativos – que intervienen o son afectados por la actividad marítima. Al respecto, véase el prólogo de DUQUE, Justino F. en la obra de EMPARANZA SOBEJANO, Alberto y MARTÍN OSANTE, José Manuel, “*Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*”, editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, San Sebastián, 2006.

aplicación del Derecho Marítimo”. La promulgación de la Ley Concursal (LC)²³⁴ se hizo coincidir en el tiempo con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), por la que se creaban unos nuevos órganos judiciales en el ámbito de la jurisdicción civil, a los que se ha llamado juzgados de lo mercantil²³⁵. Esta coincidencia no es casual, y se encuentra relacionada con la profunda reforma de las instituciones concursales acometidas por la LC, ya que se ha considerado apropiado que estos procedimientos sean conocidos en primera instancia por estos nuevos juzgados especializados, que además de ejercer los competencias del orden civil en esta materia, también conocerán de las cuestiones laborales afectadas por el concurso²³⁶. De todas formas, el ámbito de competencia de estos juzgados es más amplio, y no abarca únicamente la materia concursal²³⁷. Según lo establecido en el nuevo artículo 86 ter, 2, de la LOPJ, sino que incluye un heterogéneo elenco de cuestiones tales como la competencia desleal, la propiedad industrial e intelectual, la publicidad, las sociedades mercantiles y cooperativas, pasando por el transporte y (que es lo que nos interesa) el Derecho marítimo, o las condiciones generales de la contratación, entre otras²³⁸.

²³⁴ Ley 22/2003, de 19 de julio, Concursal (B.O.E. núm. 164, de 10 de julio).

²³⁵ Véanse los artículos 26 y 86 bis de la LOPJ, redactados por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio. Los juzgados de lo mercantil entraron en funcionamiento el 1 de septiembre de 2004 (disposición final 2ª).

²³⁶ Véase el artículo 86 ter de la LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 8/2003.

²³⁷ De hecho, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2003, apartado II, reconoce que la denominación de estos juzgados “*alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que se extiende su competencia son exclusivamente mercantiles*”. En cualquier caso, parece posible que el legislador pueda en un futuro aumentar las competencias objetivas de estos juzgados por esta vía.

²³⁸ En opinión de VELASCO SAN PEDRO, no está claro el alcance y la justificación de la reforma en este último punto, comenzando por la denominación de “lo mercantil” que se ha dado a estos juzgados. Si quisiéramos hablar con propiedad, y a la luz de lo que esto significa en nuestro ordenamiento jurídico en conexión con los artículos 149, 1, 6ª de la Constitución española y 2 del Código de Comercio, *ni son todas las que están, ni están todas las que son*. Por poner un ejemplo, no es mercantil la principal competencia atribuida a estos juzgados en relación con el concurso, dado que este procedimiento será único y común para todos los supuestos de insolvencia de un deudor común, con independencia de su condición o no de empresario (véase art. 1 de la LC), rompiendo de este modo la tradicional dualidad de procedimientos concursales mercantiles y civiles, existente en España hasta la aparición de la nueva LC. Por el contrario, no forman parte de la competencia de estos juzgados numerosos contratos mercantiles, empezando por la compraventa mercantil, de la que siempre se ha dicho que es el contrato mercantil por antonomasia. Tal como se explica en la exposición de motivos de la reforma, la aparición de estos nuevos juzgados se justifica por la complejidad técnica de los asuntos encomendados a su conocimiento, lo que exige la especialización judicial para que se produzcan resoluciones de calidad, por no hablar de una mayor celeridad en la resolución de estos asuntos, mayor coherencia y unidad de interpretación de las normas, así como una mejor distribución del trabajo. En opinión del autor, esto sólo puede mantenerse en relación a algunas materias particularmente complicadas que se han atribuido a estos órganos, tales como los asuntos de propiedad industrial. Pero resulta dudoso que esta justificación sea del todo exacta a la vista de otras materias en las que la especialización no parecía tan apremiante, como por ejemplo los temas societarios. Lo cierto es que, visto el tema desde fuera, parece más bien que de lo que se trataba era de aprovechar la creación de juzgados con competencia en materia concursal. Esta materia, habida cuenta del número relativamente limitado de asuntos que han existido hasta la fecha, probablemente no era suficiente por sí sola para crear juzgados especializados, salvo acaso en algunas demarcaciones con fuerte población y tejido empresarial, por lo que era casi inevitable acompañarla de otras competencias suplementarias que justificasen tal creación. Por otra parte, el autor también considera que dentro del carácter bastante heterogéneo de las materias que se les encomiendan a estos juzgados no se termina de ver un criterio claro de elección. ¿Por qué se han seleccionado estas materias y no otras? Además, tampoco considera que hubiera sido adecuado atribuir a estos juzgados el conocimiento de la entera materia mercantil, habida cuenta de la problemática de los criterios utilizables para su delimitación en determinados

Si examinamos detenidamente el artículo 86 ter de la LOPJ nos daremos cuenta de que la atribución a los nuevos juzgados de lo mercantil de competencia en materia de Derecho marítimo se produce a continuación de la relativa al transporte, lo cual no parece que se haya hecho al azar, sobre todo si tenemos en cuenta las relaciones que existen entre ambas. Por un lado, podría entenderse que la competencia genérica sobre transporte abarca todas las modalidades del mismo, incluido el marítimo, pero el hecho de que la competencia sobre Derecho marítimo se mencione aparte ya en el texto de la propia LOPJ parece un primer y buen indicador de la singularidad e importancia de la materia, más que una mera redundancia.

Precisamente, la impresión que se desprende de este precepto parece sugerir más bien una tendencia hacia la diferenciación de la materia marítima, en vez de su unificación con otros derechos²³⁹. Lo cierto es que la singularidad que presenta el Derecho marítimo aparece como el motivo más probable no sólo de su inclusión entre las competencias de los Juzgados de lo mercantil, sino también de su enumeración aparte de la materia de transportes, dentro de esas competencias²⁴⁰.

sectores y la existencia de zonas fronterizas o compartidas con el Derecho civil. Para más información, véase VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, “*La competencia de los nuevos juzgados de lo mercantil en materia de transporte y Derecho marítimo*”, en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo II, págs. 1861 a 1875.

²³⁹ Sin ir más lejos, en el *Codice de la navigazione* italiano se ha adoptado la perspectiva contraria, en el sentido de que se ha procedido a unir los Derechos marítimo y aéreo en un único Derecho de la navegación. La tesis de la unificación fue propugnada por SCIALOJA, en su artículo “*La sistematizzazione del diritto marítimo*” en la Revista del Diritto Commerciale, 1928, I, págs. 1 y ss., basándose principalmente para ello en los riesgos que planteaba la navegación aérea en sus comienzos, la cual era similar o incluso superior a los viajes marítimos anteriores a la aparición de los barcos a vapor, así como en la adopción por sus protagonistas de algunos modos propios de la marítima. A pesar de todo, la categoría de Derecho de la Navegación puede resultar discutible. La principal objeción que se puede plantear al respecto es que la equiparación entre las navegaciones marítima y aérea no es exacta, puesto que las condiciones en que ambas se efectúan son diversas (existiendo una gran diferencia en la actualidad en cuanto a la seguridad, rapidez, el medio, etc.), por lo que los problemas jurídicos que plantean, así como las soluciones a los mismos serán distintas. Creo que tanto el Derecho marítimo como el Derecho aéreo presentan la suficiente singularidad como para justificar un tratamiento diferenciado, no sólo respecto a otras materias de Derecho mercantil, sino también entre sí.

²⁴⁰ Como afirma VELASCO SAN PEDRO es el *específico sentido* que tiene el derecho marítimo, el que ante todo justifica que se haya recogido como una competencia separada de los nuevos juzgados de lo mercantil. A este respecto debe recordarse el fuerte *particularismo* que tradicionalmente ha venido representando el Derecho marítimo, no sólo en relación con otras ramas del Derecho distintas del *Derecho mercantil* – en cuyo ámbito, aunque de forma ciertamente fragmentaria, se quiere centrar la competencia de estos juzgados –, sino incluso en este último. En este sentido, sus orígenes históricos no sólo son bastante anteriores al Derecho mercantil, sino que su desarrollo se ha venido produciendo con independencia de éste, tanto en materia de fuentes, como, posteriormente, de elaboración doctrinal, aunque haya habido entre ambos importantes influencias. Sólo tardíamente, y con ocasión en general de la Codificación, se llegaron a unificar formalmente las fuentes en los Códigos de comercio, apoyándose en su común conexión con el comercio. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la justificación de la especialidad de ambos Derechos – mercantil y marítimo –, en relación con el Derecho común o civil, no es exactamente coincidente. Residiendo la del Derecho mercantil en las necesidades de la actividad profesional, primero de los mercaderes o comerciantes, luego de los empresarios; la del Derecho marítimo parece asentada sobre todo en los riesgos e incertidumbres de la navegación marítima que, aun después de siglos de perfeccionamiento tecnológico, todavía siguen existiendo hoy, y en la *autonomía* y lejanía física del *buque*. Con todo, el tráfico marítimo es fundamentalmente un tráfico comercial, que aparece vinculado principalmente a la actividad de sujetos que sin vacilación pueden ser calificados de empresarios (como el naviero) o auxiliares de los mismos (como el capitán), y fuertemente

Esta reforma jurisdiccional, que ha creado juzgados especializados en Derecho Marítimo (o al menos parcialmente especializados), no establece aún la tan ansiada autonomía jurisdiccional plena de esta materia, puesto que según la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 86 ter), la competencia de estos juzgados de lo mercantil se ciñe a las “*cuestiones que sean de la competencia del orden jurisdiccional civil*”. De allí puede deducirse que la competencia de estos órganos jurisdiccionales se circunscribe, en este caso, al Derecho marítimo privado, el cual abarcaría las relaciones marítimas privadas, sean mercantiles o no, dejando fuera los aspectos públicos del tráfico marítimo nacional o internacional, esto es, el Derecho público del mar.

Así pues, estos juzgados se limitan a cuestiones de Derecho marítimo privado, excluyendo de esta manera las cuestiones marítimas penales, laborales y administrativas. A pesar de todo, siguen constituyendo un gran paso adelante en el reconocimiento de la autonomía de la materia. Efectivamente, la autonomía científica de la disciplina exige que las causas marítimas sean resueltas por juzgados y tribunales especializados en Derecho Marítimo, y esto es lo que propone la reforma, aunque de manera tal vez demasiado tímida.

7.4. Unificación de la materia marítima

Debemos ser conscientes de la realidad en la que nos movemos. Si tradicionalmente han existido dificultades en la unificación del Derecho marítimo, se ha debido en gran parte a la propia extensión y variedad de asuntos que trata la materia. Si dejamos de considerar el Derecho marítimo únicamente como especialidad del derecho mercantil y lo definimos como el conjunto de relaciones jurídicas que nacen y se desarrollan con el mar, la unificación y la autonomía de este sector del ordenamiento se complica bastante. Esto ocurre principalmente en base a una circunstancia, y es que al juntar en la definición de derecho marítimo todos los aspectos jurídicos relacionados con el mar estamos juntando temas e instituciones tradicionalmente tratados en muy diversos sectores del ordenamiento²⁴¹. Si nos atenemos a esta concepción amplia de la materia, incluimos en un mismo lote asuntos no solamente de derecho privado, como hemos visto, sino también de derecho administrativo, como pueden ser las normas de policía, seguridad o lucha contra la contaminación, e incluso de derecho laboral, como puede ser la titulación que se le exige a los capitanes de navío. A la evidente dificultad de obtener un consenso doctrinal y académico en temas tan variados se le une los problemas competenciales que ello podría ocasionar. Es bien sabido que, aunque nuestro ordenamiento debe considerarse como un todo unitario²⁴², existe una acusada tendencia por parte de numerosos juristas y jueces de

conectado a operaciones terrestres de carácter mercantil. Al respecto véase VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, op. cit., págs. 1871 y 1872.

²⁴¹ El conjunto de relaciones, situaciones y bienes que tienen que ver con la escena marítima se revela especialmente rico y complejo y que la distinción formal entre las dos grandes ramas del Derecho, la pública y la privada, pierde nitidez cuando tratamos de asignar una u otra naturaleza a las normas que regulan la navegación marítima. Al respecto véase LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos, “La Identidad del Derecho Marítimo”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXI, 2004, pág. 255.

²⁴² En opinión de GONZÁLEZ-LEBRERO, el Derecho es un todo unitario, pero que es asimismo variado en sus manifestaciones como regulador de distintos medios sociales y de distintos tipos de relaciones dentro de un mismo medio. La unidad del Derecho no conspira pues contra la existencias de ramas autónomas,

compartimentar y dividir ese ordenamiento. Si dejamos de ver el derecho marítimo como un conjunto de normas diseminadas por los diversos sectores, públicos y privados, entre los cuales suele dividirse nuestro ordenamiento, si consideramos que el derecho marítimo posee la suficiente importancia como para merecer un tratamiento diferenciado tanto a nivel legislativo como administrativo y jurisdiccional, entonces, forzosamente entramos en el pantanoso problema de las competencias. Si queremos que las relaciones jurídicas públicas y privadas que nacen y se desarrollan con el mar gocen de la autonomía que su importancia hace necesaria, entonces será necesario traspasar ciertas competencias de las administraciones y tribunales hoy existentes a favor de las nuevas instituciones que se creasen a tal efecto. Y eso, en un país con una organización territorial, administrativa y judicial como el nuestro supone una cuestión de extraordinaria complejidad.

A pesar de estas dificultades, parece posible afirmar que el Derecho marítimo versa sobre una parte de la realidad con singularidad e importancia suficientes como para reclamar un tratamiento específico y diferenciado, y que sus normas, si bien no gozan de una total autonomía, sí son un fiel reflejo de la especialidad de la materia.

Por otra parte, admitiendo que el Derecho marítimo goza de la suficiente importancia, autonomía o especialidad como para ser tratado de una manera diferenciada tanto académica, como legal, como jurisdiccionalmente, ¿hasta qué punto puede trasladarse esta especialidad a las ventas marítimas? ¿El que una mercancía deba transportarse por mar provoca una diferencia respecto del transporte terrestre?²⁴³ ¿Es el mar un medio peligroso?²⁴⁴

independientes del tronco principal, aunque estén nutridas por éste. Este autor prefiere utilizar la expresión derecho de la navegación, más que derecho marítimo, para referirse, por una parte, a una *rama de la ciencia jurídica a través de la cual se estudian todos los hechos y relaciones que surgen del hecho técnico y económico de la navegación por agua, o se refieren a él*, y por otra, *al sistema autónomo de normas jurídicas especiales que regulan todos esos hechos y relaciones*. En España, el derecho de la navegación se encuentra todavía tratado como una parte del derecho mercantil, seguramente porque las normas jurídicas que regulan la navegación se encuentran reunidas en su mayoría en el Libro Tercero del Código de Comercio, donde campea la noción de acto de comercio. Pero ese cuerpo legal se refiere, tanto en su aspecto técnico como económico a los viajes de los buques a vela, por lo que el anacronismo de tales normas se hace evidente. Aunque España ha ido incorporando a su ordenamiento jurídico positivo un gran número de convenios internacionales sobre esta materia, lo que ha permitido una actualización parcial de la legislación, sigue haciendo falta una sistematización adecuada, el autor considera necesario modernizar la legislación actual, armonizándola con las corrientes vigentes del resto del mundo y con la resultante de los convenios internacionales, abandonando con ello el sistema de legislar sólo los aspectos comerciales de la materia, para adoptar un nuevo enfoque que abarque lo público y lo privado en un mismo texto. Al respecto, véase GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A., op. cit., págs. 27 y 28.

²⁴³ El transporte y la navegación marítimos se diferencian del transporte terrestre por razón de los grandes riesgos a los que están expuestos tanto el buque como su cargamento y su tripulación. A dicha circunstancia hay que añadir el hecho de que, como consecuencia de las grandes distancias que el buque ha de recorrer en los viajes por mar, queda sustraído a la esfera del poder de las autoridades terrestres y al control de su mismo propietario o de quien lo explota comercialmente. De este factor adicional deriva una característica fundamental del transporte – y en general, de la expedición – marítimos: la de la autarquía; una autonomía jurídica desconocida en los demás medios de transporte, amén de la presencia de evidentes elementos de internacionalidad. Existen una serie de circunstancias económicas físicas o geográficas que hacen especial el tráfico por mar, aunque ciertamente parezca que ahora esas circunstancias son menos relevantes que en tiempos pasados, y que se proyectan en forma de consecuencias jurídicas. Tales circunstancias o factores son, por una parte, el alejamiento geográfico-espacial de los buques, pues durante el transcurso de su viaje, el

7.5. Especialidad marítima y compraventa

De entrada resulta llamativo que aunque las ventas marítimas carezcan de regulación legal específica, como ya vimos en capítulos anteriores, sí existan y se regulen de manera palpable en los Incoterms. De hecho, cuatro de sus once términos son esencialmente marítimos. Y los términos restantes pueden usarse con cualquier modo de transporte, incluido el marítimo. Desde su creación en 1936, los Incoterms dirigidos al transporte marítimo han sido de gran importancia. De hecho, ya en aquellos años las relaciones comerciales internacionales se realizaban principalmente por barco, incluidas las transeuropeas, dado el incipiente estado en que todavía se encontraban las infraestructuras terrestres.

Por otro lado, también hay que considerar que en aquella época la manipulación de las mercancías en los puertos se realizaba fundamentalmente a mano, con escaso protagonismo de la mecanización (aún no se usaban los contenedores), y que la mayoría de productos transportados eran materias primas o productos semielaborados. Estas circunstancias de origen provocaron que un buen número de Incoterms fueran exclusivamente marítimos.

En la actualidad las cosas han cambiado, tanto por el desarrollo del transporte multimodal, como por la manipulación de mercancías por parte de empresas especializadas. Otros modos de transporte han incrementado su importancia, las infraestructuras se han desarrollado tanto en calidad como en cantidad, se ha incrementado el intercambio de mercancías en gran medida, y muchas de ellas son productos elaborados destinados al consumidor final. A pesar de ello, el transporte marítimo y fluvial sigue siendo el que mueve un mayor volumen de mercancías en todo el mundo, y ha sido desde siempre el sistema de transporte intercontinental por excelencia. A día de hoy, ante el notable incremento de los tráficos internacionales, el transporte marítimo ha sabido adaptarse y conservar su hegemonía, fundamentalmente gracias a su capacidad para transportar grandes volúmenes de mercancías (especialmente de productos a granel y materias primas en buques de todos los tamaños, así como otros tipos de mercancía, industrial o de consumo, almacenadas en contenedores), su flexibilidad y agilidad para transportar cualquier tipo de mercancía en barcos adaptados y de múltiples tamaños y la regular frecuencia de atraques de buques, especialmente en aquellos destinos donde el intercambio de mercancías es

buque, junto con su tripulación, pasajeros y cargamento, se ven alejados de tierra. Y en segundo lugar, los especiales – y más graves – riesgos, vinculados a la situación del buque en el mar, riesgos que amenazan al buque, tanto como el propio buque los genera, poniendo en peligro a otros. Al respecto, véase GARCIA PITA Y LASTRES, José Luís, op. cit., págs. 35 a 37.

El transporte marítimo “estaba sometido a graves riesgos y a grandes peligros” que no podían compararse con aquellos que podían materializarse en el comercio terrestre, en BROSETA PONT, Manuel, *“Manual de Derecho Mercantil”*, ed. TECNOS, 10ª Ed. Madrid, 1992, pág 782.

²⁴⁴ Para quienes vivimos en tierra y estamos acostumbrados a la perspectiva de una vida ordenada puede resultar difícil de aceptar lo ingobernable que se han vuelto los mares. Antiguamente la gente era más consciente de la condición salvaje de los mismos: durante la mayor parte de la historia humana, con escasas excepciones, el alta mar oceánica fue una zona prohibida, un lugar de horrores reales e imaginarios, que sólo se cruzaba ocasionalmente en accidentados viajes a merced del viento, arrojando peligros y sin ningún camino de vuelta conocido. El océano era la gran barrera que aislaba a las poblaciones continentales y, de paso, protegía a unas de otras. Véase LANGEWIESCHE, William, *“Mares sin ley. Caos y delincuencia en los océanos del mundo”*, ed. Debate, Barcelona, 2006, pág. 42.

elevado. No parece que sus redactores dudasen acerca de la existencia de la especialidad marítima, ni de la importancia que este sector del transporte tiene en los intercambios comerciales a escala mundial²⁴⁵.

Es cierto que la aparición de los contratos de transporte multimodal puede servir para poner en cuestión que las ventas marítimas gocen de una singularidad lo suficientemente importante como para justificar un tratamiento diferenciado. Como se mencionó anteriormente, la esencia del contrato de transporte multimodal reside en la integración de diversos modos de transporte en una obligación singular²⁴⁶. Es decir, que en un contrato de transporte de este tipo pueden incluirse tanto el transporte por mar como cualquier otro que sea necesario para transportar las mercancías desde su origen hasta su destino final. Podríamos decir que con este tipo de contratos se abarca el transporte desde una perspectiva muy amplia y que pretende simplificar la relación obligacional al reunir en un mismo contrato todos los modos de transporte necesarios para el intercambio de mercancías, mientras que en las ventas marítimas, aunque también se pretende juntar en un mismo contrato obligaciones diversas necesarias para que la compraventa se produzca (ya hemos visto como los Incoterms, aparte de la obligación de entrega y de la transmisión de los

²⁴⁵ Como afirma BOET SERRA, la historia, la situación geográfica y la realidad socio-económica de España imprimen la importancia del transporte marítimo en su desarrollo económico. El propio legislador lo destaca en el preámbulo de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante recordando los datos siguientes: (a) «España tiene 7880 kilómetros de costa entre el territorio peninsular, los dos archipiélagos y las ciudades de Ceuta y Melilla (...)>>; (b) «El sector del transporte marítimo aporta anualmente al PIB específico de transportes, un 19 por 100, equivalente a unos 230.000 millones de pesetas, que vienen a ser un 1,1 por 100 del PIB nacional, generando un empleo directo de 35.000 personas (25.000 embarcadas y 10.000 en tierra) e indirecto que se estima en 110.000 puestos de trabajo, incluyendo construcción naval, industria auxiliar, servicio al sector, etc.>>. En el ámbito de la Unión europea importa destacar que el transporte marítimo sirve el noventa por ciento del comercio exterior de la Unión y más de un tercio de su comercio interior. Además, conviene significar, como ha puesto de manifiesto la Comisión Europea, que «Europa es genuinamente marítima. Trece de sus Estados miembros tienen acceso directo al mar, mientras que los otros dos, Austria y Luxemburgo, están conectados al mar a través de vías navegables interiores. La estructura portuaria existente en las costas europeas enlaza directamente una parte considerable del territorio europeo. Con la adhesión de Finlandia y Suecia, el transporte marítimo ha cobrado mayor importancia. La cooperación euro-mediterránea y la asociación y probable adhesión de Polonia y los Estados Bálticos abren nuevas perspectivas. Finalmente, debe ponerse de relieve la importancia económica del transporte marítimo de línea regular. No obstante representar sólo el veinticinco por ciento, aproximadamente, del tráfico marítimo mundial, el valor unitario de la carga propia del tráfico de línea (carga general) es, aproximadamente, diez veces superior al del valor unitario de la carga tipo del tráfico irregular o *tramp* (carga a granel). Al respecto, véase BOET SERRA, Elena, op. cit., págs. 43, 44 y 45.

²⁴⁶ MIRA GALIANA plantea la distinción entre los conceptos de Transporte Combinado, Transporte Multimodal y Transporte Intermodal, aunque reconoce que se encuentran muy relacionados. Según este autor, el transporte combinado consiste en la utilización de varios modos de transporte que, generalmente, sufre una ruptura de carga (consolidación/desconsolidación) en algunos de sus puntos de paradas. El Transporte Multimodal es la utilización conjunta de varios modos de transporte para el envío de la mercancía a su destino. Su característica diferenciadora es que no se dan rupturas de carga, por lo que ésta llega en el mismo contenedor, caja móvil o unidad superior de carga en el que fue cargado en origen. Por último, el Transporte Intermodal sería el transporte de mercancías que se realiza combinando sistemas de transporte con la utilización de Unidades de Carga Intermodal (UTI), o sea, contenedores, cajas móviles o semiremolques. Para más información véase la intervención de MIRA GALIANA, Jaime, «*El transporte multimodal*», en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 y 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo I, págs. 1373 a 1383.

riesgos regula aspectos tales como el transporte, siendo el marítimo el más relevante, los costes aduaneros o el seguro de las mercancías), aunque con un enfoque quizás más concreto.

En mi opinión, el contrato de transporte multimodal resulta sumamente útil para las ventas de plaza a plaza, permitiendo con su flexibilidad abarcar varios modos de transporte y con el añadido de lo práctico que resulta juntar todo eso en un único contrato²⁴⁷. Por otro lado, los Incoterms resultan mucho más completos para la operación de compraventa. No hay que olvidar que el contrato de transporte multimodal no abarca más que eso, el transporte de las mercancías, que normalmente será complementario a un contrato de compraventa, mientras que los Incoterms establecen ciertas obligaciones para la compraventa y, en su caso, establecen cuál de las partes está obligada a contratar el transporte, el seguro, o a realizar los trámites aduaneros (lo que se establece es la obligación de realizar esos contratos accesorios, que luego pueden concretarse como mejor les convenga a las partes), etcétera. Los Incoterms disciplinan la compraventa, mientras que el contrato de transporte multimodal sólo abarca el transporte, generalmente complementario de un contrato de compraventa. Los Incoterms abarcan un espectro amplio de la compraventa, y su formulación es más concreta, mientras que la multimodalidad se centra en el transporte, de una manera amplia. Ambos instrumentos pueden ayudar a las partes a disciplinar la compraventa, aunque su alcance es distinto. En mi opinión, estos dos elementos no se niegan el uno al otro, simplemente son instrumentos a los que las partes pueden acudir, optando por uno u otro en función de sus necesidades.

Por otro lado, también se ha mencionado que en la actualidad se están utilizando términos marítimos para las ventas con otros modos de transporte. Esta situación genera problemas debido a la especialidad marítima, en la que destaca la función representativa del conocimiento de embarque frente a los títulos de transporte terrestre o aéreo²⁴⁸. En mi

²⁴⁷ El documento del contrato de transporte multimodal es el MULTIMODAL FIATA BILL OF LADING (Conocimiento de Transporte Multimodal FIATA). Se trata de un documento único auspiciado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y que tiene la garantía de la Federación Internacional de Transitarios y Asimilados (FIATA), que implica por parte del emisor la responsabilidad civil profesional al igual que ocurre en el transporte aéreo y que en aquel caso la garantía es de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA). Los originales actúan como contrato de transporte, de título de crédito y de acuse de recibo de la mercancía por parte del transitario. Entre las múltiples ventajas de este tipo de contratos cabe destacar las siguientes:

- Reducción de tiempos de manipulación: existe una reducción de hasta un 70% en estas operaciones de carga y descarga, así como en estiba y colocación.
- Disminución de los costes de transporte: por la propia combinación del sistema de transporte más adecuado.
- Disminución de los plazos de transporte: se utiliza el sistema más rápido y fiable.
- Reducción de los controles: por el sellado de los contenedores se obtienen ventajas de rapidez y eliminación de controles aduaneros.
- Simplicidad de la documentación: se puede utilizar un solo documento de transporte.
- Seguimiento de la mercancía: la trazabilidad de la unidad se obtiene de una manera sencilla a través de sistemas EDI (intercambio electrónico de datos).
- Reducción del número de robos y daños: lo que favorece la reducción de primas de seguros asociada a la rebaja de los costes totales en el comercio exterior.

Para más información, véase MIRA GALIANA, Jaime, op. cit., págs. 1375 y ss.

²⁴⁸ “Aunque es un tema discutido, las cartas de porte no representan a las mercancías, no constituyen títulos-valor. Consecuentemente, no pueden sustituir satisfactoriamente a los conocimientos de embarque en

opinión, la imprevisión o el desconocimiento de las partes, así como las necesidades prácticas del tráfico, puede provocar en ocasiones que determinadas figuras jurídicas pensadas para ciertas situaciones acaben usándose en casos en los que en principio no debieran haber sido empleadas, pero que por la necesidad de llevar adelante el contrato y porque esa institución este pensada para una situación similar a aquella en que se ven envueltas las partes, pues esa figura jurídica acabe usándose. Una cosa no tiene por qué ser perfecta para funcionar. Pero creo que estos casos deben considerarse como puntuales y no desestabilizadores de lo que entendemos por ventas marítimas.

En relación a lo que explicábamos en el primer capítulo, conviene matizar que las ventas marítimas se utilizarán fundamentalmente en los mercados industriales. Esto es así porque las características de las ventas marítimas se adaptan mejor a las relaciones comerciales entre empresarios que a las que se dan entre éstos y los consumidores. Lo normal será que aquellos que crean un producto y aquellos que se encargan de comercializarlo, de ponerlo a disposición de los consumidores finales, concierten un contrato de compraventa en el que, para transmitir la posesión de la mercancía, será necesario contratar, de manera accesoria al contrato de compraventa, un contrato de transporte, en este caso marítimo. Aunque no es imposible, no será frecuente que el consumidor final de un producto se tome la molestia de concertar un contrato de compraventa, otro de transporte marítimo y, en su caso, un tercer contrato de seguro de la carga, cuando lo más sencillo para esa persona es acudir a un empresario que ya haya realizado ese trabajo por él y le ponga el producto directamente a su disposición.

Hoy en día el estado de la técnica permite construir buques con una capacidad de carga realmente descomunal. Este tipo de barcos tan grandes son capaces de transportar muchísimas toneladas de contenedores, por lo que, para llenarlos por completo y así hacer que el viaje resulte rentable, lo que se hace es que en un mismo trayecto viajan cargamentos de varios clientes. Para decirlo con palabras sencillas, en un mismo trayecto de uno de estos superbarcos viajan las mercancías de una multitud de contratos de compraventa, lo que permite a las partes de esos contratos contratar el transporte a un coste menor, la cual cosa repercute en el precio final que pagan los consumidores. Así pues, en las ventas marítimas, al permitir los barcos transportar un mayor volumen de carga, se ha contribuido a la rebaja en los precios que los consumidores finales pagan por los productos transportados por mar.

Para ejemplificar este argumento, supongamos que un trayecto urbano en taxi de media hora tiene un coste orientativo de 20 €. Si es sólo una persona la que viaja, el precio será mayor que si comparte el taxi, ya que dicho coste se reparte entre las personas que comparten el vehículo. Por lo tanto, cuantas más personas compartan el mismo vehículo en un mismo trayecto, más se reducirán los costes; pero desgraciadamente, un taxi sólo puede cargar a cuatro pasajeros como máximo; es ahí donde entra la tecnología construyendo autobuses, que permiten que una cincuentena de personas compartan un mismo vehículo en un mismo trayecto, con lo que los viajeros reducen aún más sus costes, permitiéndoles realizar el mismo trayecto, que con el taxi les habría costado 20 €, por sólo 1,5 €. Si

determinados ámbitos, dadas las diferencias que producen.” en GORRIZ LÓPEZ, Carlos, “Las ventas marítimas en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol, XVI, 1999 pág. 338.

aplicamos el mismo principio a los grandes barcos portacontenedores, podemos entender cómo han influido éstos en la rebaja de precios de muchos productos.

CAPÍTULO 8.

Importancia de la autonomía de la voluntad en la compraventa

8.1. La autonomía de la voluntad como principio contractual

El principio de la autonomía de la voluntad como fuente de inspiración del ámbito contractual en general, y de la compraventa en particular, constituye la aparición de la posibilidad de elección en materias sensibles de la relación contractual, la cual cosa pretende facilitar la resolución del caso concreto²⁴⁹. Es un principio que permite solucionar las dificultades que unas normas demasiado generales, inapropiadas o rígidas pudieran ocasionar a la hora de su aplicación en la práctica²⁵⁰. La propia libertad de las partes al decidir si quieren establecer una relación contractual con otra persona, la posibilidad de elegir el ordenamiento que ha de regir una relación contractual, el contenido de sus obligaciones o qué autoridades deben encargarse de enjuiciar el asunto en caso de discrepancia son las formas en que puede manifestarse este principio²⁵¹.

²⁴⁹ En la ya mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz núm. 84/2003 de 10 de octubre se dice lo siguiente: “Es bien sabido que en nuestro ordenamiento jurídico rige como principio elemental y básico en la contratación el sistema espiritualista (Autonomía de la voluntad), de tal manera que, salvo en casos muy concretos y especiales previstos en la ley, ninguna forma es exigida para la validez de los contratos. Así y tanto en el art. 51 del Código de Comercio, como en el art. 1278 del Código Civil se recoge el principio de libertad de formas en la contratación, que ya se encontraba en el Ordenamiento de Alcalá. Los contratos, por tanto serán obligatorios siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez.”

²⁵⁰ La autorregulación, traducción imperfecta de la expresión inglesa “self regulation”, se define como un conjunto de reglas elaboradas por aquellos a quienes van destinadas, o por los representantes de los mismos. No podría considerarse como una ausencia de normas o la reinstalación de órdenes corporativas abolidas por los Estados modernos en beneficio de sistemas jurídicos sin duda demasiado reglamentados. Se trata tanto de impedir una intervención del legislador, como de organizar una profesión, un sector o un campo determinado, imponiendo y haciendo respetar unos criterios de calidad, una deontología de la profesión, un modo de reglamentación no contenciosa de los litigios, etc., como expresa el “Avant-Propos” en A.A.V.V. “*L'autoregulation. Colloque organisé à Bruxelles le 16 Décembre 1992 par l'A..D.BR. et le Centre de Droit Privé et de Droit Économique de l'Université Libre de Bruxelles*”, ed. Bruylant, Bruselas, 1995.

²⁵¹ Constituye una característica muy común en los textos del Derecho uniforme del comercio internacional (DUCI) la consagración de la libertad de contratación y pacto a favor de los operadores económicos internacionales. En la medida en que esta consagración se produce sin perjuicio de las normas de Derecho público nacional e internacional, la libertad de contratación que consagra el Derecho uniforme ha de entenderse en clave exclusivamente jurídico-privada. Entendida de este modo, la libertad contractual posee varias implicaciones. En primer lugar, la libertad de pacto se entiende, ante todo, como la libertad de pactar o no pactar, suministrar o no suministrar, intercambiar o no intercambiar. El operador, libremente, decide comprometerse en una relación contractual con un tercero. Nadie, a la inversa, puede verse obligado a celebrar un contrato internacional en contra de su voluntad y, caso de así resultar, el contrato no producirá los efectos apetecidos por quien impuso su celebración aparente. En segundo lugar, la libertad de pacto implica la libertad de las partes para fijar libre y concertadamente las cláusulas negociales que han de gobernar sus relaciones, incluida la libertad de utilizar a tal fin clausulados *standard*. La libertad de configurar un contrato implica la disposición de las reglas de Derecho aplicables al mismo. En tal sentido, la libre fijación de las cláusulas del negocio por las partes supone la adopción por éstas en el curso del periodo de perfeccionamiento del contrato, de soluciones convencionales distintas de la legal y apriorísticamente prevenidas por normas de carácter general y potencialmente aplicables al vínculo pactado: es pues la libertad de excluir la aplicación de normas dispositivas al contrato. Constituye lo expuesto, así pues, la relegación de las normas del DUCI a una

Ya hemos hecho mención con anterioridad a la necesidad de considerar el ordenamiento jurídico como un todo unitario, en el cual sus elementos están interconectados. El principio de autonomía de la voluntad no es ajeno a esta situación. Fundamentalmente, conviene señalar que la autonomía de la voluntad se conecta con los principios de libertad y seguridad o certeza jurídica. Estos principios han prevalecido el uno sobre el otro de una forma u otra en los diferentes ordenamientos, dando como resultado una serie de postulados que o bien hacen referencia a la necesidad de establecer vínculos entre la ley y el contrato, o bien propugnan la plena libertad de las partes en la elección de la ley aplicable al mismo. De cómo se dirima esta disputa dependerá el grado de autonomía de la voluntad que un ordenamiento jurídico permite en una situación o institución jurídica determinada. En aquellos ordenamientos en los que prime ante todo la libertad como principio inspirador de la actividad económica las partes contractuales gozarán de un gran margen de manobra y elección. Por el contrario, en sistemas jurídicos más rígidos esta libertad se verá mermada por la búsqueda de certeza jurídica.²⁵²

8.2. La autonomía de la voluntad en la compraventa internacional

condición de mera supletoriedad. En el DUCI dicha libertad viene siendo ampliamente reconocida y practicada durante el periodo de referencia. Al efecto, un gran número de sus instrumentos reconocen la libertad de pacto a ejercer por las partes de los contratos sometidos a disciplina por los instrumentos en cuestión. Este reconocimiento es más explícito y se encuentra plenamente justificado cuando los instrumentos que lo efectúan revisten la forma de usos y prácticas negociales o consisten en recopilaciones y codificaciones de dichos usos y prácticas: tales son los casos de los INCOTERMS y en materia de créditos documentarios los RUU 500 establecidos por la CCI. Por su propia naturaleza contractual, unos y otros se aplican a un contrato si así se conviene expresamente por las partes, y desde luego, cualquier contrato de compraventa y de apertura de crédito documentario puede convenirse por las partes estableciendo una *ad hoc* disciplina convencional del mismo. En tercer lugar, la libertad de pacto implica la posibilidad que gozan las partes de determinar el derecho no contractual al que someten subsidiariamente su contrato. Por último, la libertad de pacto fundamenta la posibilidad, aunque con matices, que las partes poseen de someter a arbitraje sus eventuales futuras discrepancias sobre el contrato pactado, así como de decidir el reglamento de administración del arbitraje y el Derecho aplicable al fondo del asunto. Al respecto, véase ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, op. cit., págs. 37 a 41.

²⁵² El Principio de la autonomía de la voluntad como inspiración en el ámbito contractual supone la aparición de un elemento interpretativo que ayuda a la solución del caso concreto. En este sentido, y frente a sistemas jurídicos históricamente rígidos, como es el caso español, se le brinda a las partes la posibilidad de escoger entre todos los ordenamientos aquél que se adapte mejor a sus necesidades. Esto supone introducir un campo ilimitado de soluciones del que las partes, como destinatarias directas son responsables. Por otra parte, la autonomía de la voluntad es objeto de una serie de límites que la práctica tanto legislativa como jurisprudencial le ha venido imponiendo a lo largo de la historia y que han sido justificados por los legisladores basándose en una mayor certeza y seguridad en su aplicación. Junto a dichas limitaciones, este Principio se caracteriza por permitir a las partes elegir, con posterioridad a la celebración del contrato, qué ley debe regular su contenido, e incluso regularlo a través de diferentes ordenamientos, en lo que la doctrina denomina el *dépeçage* del contrato. La autonomía de la voluntad no es un punto de conexión aislado sino que se adopta en los diferentes Principios que inspiran los ordenamientos jurídicos en los que se enmarca, destacando en materia contractual la confrontación entre la libertad y la seguridad o la certeza jurídica que inspiran su inclusión en un determinado orden jurídico. Estos principios han prevalecido uno sobre otro en los diferentes ordenamientos, dando lugar a una serie de postulados que hacen referencia bien a la necesidad de establecer vínculos entre la ley y el contrato o a la plena libertad de las partes en la elección de la ley aplicable al mismo. Para más información, véase PARRA RODRÍGUEZ, Carmen, “*El nuevo Derecho Internacional de los contratos*”, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 225, 226 y 227.

Cuando analizamos en anteriores capítulos las fuentes legales aplicables en materia de compraventa quedó patente que en esta disciplina la autonomía de la voluntad juega un papel crucial. Es necesario que las partes tengan libertad para establecer las prestaciones y obligaciones que mejor les convenga cuando se trata de transmitir la propiedad de un bien. La compraventa puede abarcar el intercambio de tantos tipos de cosas, hay una variedad tan amplia posible de partes contratantes y tantas contingencias y eventualidades imaginables a las que hacer frente que se hace necesaria una normativa flexible, que pueda adaptarse a la situación concreta de cada caso. Es por eso que las autoridades nacionales permiten la autorregulación en materia contractual²⁵³.

Es más, esta importancia de la autonomía de la voluntad adquiere una importancia aún mayor en el caso de las ventas internacionales de mercancías²⁵⁴, puesto que a los problemas de la variedad de bienes que pueden ser objeto de la compraventa y a las peculiaridades que puede tener el contrato en función de quienes sean las partes contratantes y los problemas a los que éstas se enfrenten en el transcurso de la transacción, se le une el problema de conjugar las exigencias de ordenamientos jurídicos cuyas soluciones son en muchos casos dispares. Si las soluciones que plantea el Derecho Internacional privado, aunque necesarias e insustituibles, se han revelado como algo limitadas para la solución de controversias internacionales, se ha pretendido superar esas limitaciones mediante la unificación legislativa. Unificación en la que, ante la falta de consenso, los estados se han visto

²⁵³ La autorregulación de naturaleza contractual o asociativa no existe más que en los campos en los que el ordenamiento jurídico objetivo ha dejado las manos libres a los operadores, lo cual es frecuente en el caso de las operaciones transnacionales. La autorregulación existe a menudo en virtud de una autorización, implícita o explícita, del derecho estatal. De este modo, nos encontramos en todos los ordenamientos jurídicos con disposiciones que autorizan a los operadores el poder fijar ellos mismos sus propias reglas de funcionamiento. El ordenamiento jurídico o bien no interviene en la elaboración de dichas reglas, o bien se limita a hacer respetar la norma por aquellos que se niegan a cumplirla. En otros casos, el ordenamiento nos reenvía, de manera más o menos explícita, a la autorregulación, la cual se convierte en una especie de legislación por delegación. El marco jurídico será más estricto, indicando el derecho estatal las grandes orientaciones de la reglamentación y asegurando su cumplimiento. En algunos casos, son las propias autoridades las que incitan a los operadores a elaborar sus propias normas, argumentando que la ausencia de disposiciones profesionales haría necesaria la intervención del legislador. En estos casos, podría decirse que la autorregulación no existe más que en los intersticios del aparato jurídico, allí donde no existe derecho estatal específicamente aplicable o bien allí donde la autoridad pública permite la acción autorreguladora en base a autorizaciones o delegaciones, tal como expresa WYMEERSCH, Eddy, en A.A.V.V. "*L'autoregulation. Colloque organisé à Bruxelles le 16 Décembre 1992 par l'A..D.B.R. et le Centre de Droit Privé et de Droit Économique de l'Université Libre de Bruxelles*", ed. Bruylant, Bruselas, 1995, págs. 172 y 173.

²⁵⁴ Los INCOTERMS (abreviatura de International Commercial Terms) son unas Reglas Internacionales para la interpretación de los términos comerciales, creadas por la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.), a partir de 1936 (con revisiones en 1953, 1980 y 1990). Su objetivo fundamental consiste en establecer criterios definidos sobre *la distribución de los gastos y la transmisión de los riesgos* entre las dos partes, compradora y vendedora, en un contrato de compraventa internacional. Los INCOTERMS son de *aceptación voluntaria* por las partes, es decir, que no son bajo ningún concepto un esquema jurídico obligatorio, y su principal virtud consiste la simplificación mediante 13 denominaciones normalizadas de un cúmulo de condiciones a cumplir por las partes, que gracias a esta armonización saben perfectamente a qué atenerse. Además de las estipulaciones propias de cada INCOTERM, éstos pueden admitir otras adicionales, si bien su inclusión debe ser muy prudente, ya que pueden desvirtuar la armonía natural con la que están redactados, que deriva de haber sabido recoger infinidad de experiencias comerciales prácticas. Al respecto, véase ENRIQUEZ DE DIOS, Juan José, "Los INCOTERMS de 1990", *Revista General de Derecho*, Año L, núms. 592-593, Valencia, enero-febrero de 1994, pág. 441.

obligados a conceder un amplio margen a la autonomía de la voluntad²⁵⁵. Hasta tal punto es esto así, que se ha llegado a plantear la existencia de un derecho anacional de los contratos, desligado de los derechos internos nacionales, y que estaría formado por costumbres internacionales, condiciones generales y contratos tipo, entre otros²⁵⁶. En este derecho

²⁵⁵ Otro elemento de gran importancia en estas ventas son los documentos. Algunos autores y parte de la jurisprudencia asignan a los documentos el papel preponderante en las relaciones jurídicas que emanan de estas ventas. La voluntad de las partes puede determinarlos en cada caso particular, pero su alcance general y efectos se hallan sometidos a reglas que la práctica y la jurisprudencia han ido elaborando determinando su función en cada caso. La venta marítima tiene su origen económico en el aumento de grandes masas del tráfico marítimo intercontinental y en la necesidad de precisar el conjunto de derechos y obligaciones de los contratantes, por la intervención del transporte marítimo para la realización del contrato. Existe una laguna entre la conclusión de éste y la realización de su objetivo; esta laguna corresponde al tiempo necesario para que el comprador pueda llegar a disponer de los bienes adquiridos, y mientras el transporte marítimo no se realiza no se ha cumplido el fin lucrativo del contrato para el comprador. La regulación de los deberes y derechos de los contratantes en relación con ese periodo del transporte marítimo, así como en lo que afecta a las operaciones preliminares y subsiguientes que son su complemento: procurar el flete, el seguro, embarque, descarga, recepción, etc., forma un cuerpo de normas o doctrina que hoy tiene carácter internacional, a pesar de que esta materia de las ventas marítimas ha ofrecido a los litigantes el campo de pretensiones más extraordinario y de que las decisiones de algunos tribunales adolecen de imprecisión y contradicciones. Al respecto, véase FARÍÑA, Francisco, op. cit. pág. 668.

²⁵⁶ El interés de superar los postulados tradicionales del Derecho Internacional Privado para la solución de controversias a través del método de las normas de conflictos de leyes, sistema a todas luces insuficiente no sólo desde el punto de vista de la seguridad jurídica, sino también desde el prisma de su justicia intrínseca y de su acomodación a las particulares exigencias del tráfico internacional, puso pronto en evidencia la necesidad, si no de sustituirlo – lo que en principio no parece factible – al menos de completarlo con un método preventivo a través de la unificación y armonización gradual de las normas materiales. En alguna medida este proceso recuerda la uniformidad o internacionalidad con que se configuró el Derecho Mercantil del medioevo y que determinó la coincidencia básica de los Códigos de Comercio europeos del siglo XIX en cuanto a sus contenidos, frente a la diversificación que supuso después la Ley como fuente del Derecho, y, más actualmente, la progresiva y abundante legislación especial. Ahora bien, la unificación actual (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, SCHMIDTTHOFF, GONDRA) no obedece en forma absoluta al sentido con que nació el Derecho Mercantil del medioevo, Derecho de origen esencialmente consuetudinario, sino que aparece propiciada en parte desde el poder de los Estados. En efecto, este origen peculiar de lo que ha dado en llamarse nuevo Derecho Mercantil Internacional se proyecta sobre sus fuentes, también peculiares. Por un lado existe un denominado Derecho autónomo y profesional de la contratación, representado sustancialmente en materia de compraventa por los *INCOTERMS*, *usos* formulados por la Cámara de Comercio internacional, y que, no obstante su denominación, tienden a situarse en el plano de las normas individuales *ex contractu* más que en el propio Derecho consuetudinario (GONDRA, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA). Por esta vía, en particular a través de los contratos tipo autonormativos, los operadores económicos internacionales han creado un Derecho de producción autónoma en gran medida desconectado de los ordenamientos jurídicos nacionales. La vigencia universal del dogma de la autonomía de la voluntad en la esfera de la reglamentación de las relaciones comerciales internacionales y la difusión del arbitraje comercial internacional, en especial institucional y de equidad, manifestado en un entramado convencional interestatal en la materia (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ CALVO CARAVACA) – en el que ocupan una posición relevante el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y el Convenio europeo de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional – facilitan el desarrollo de una efectiva autonomía en la producción y aplicación normativas, surgiendo así lo que se ha dado en llamar una nueva *Lex Mercatoria* o *New Law Merchant* que, trascendiendo las fronteras nacionales, tiende a convertirse en un *ius commune* del comercio internacional (GONDRA, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/ CALVO CARAVACA). El hecho no obstante de que hoy pueda hablarse de la resurrección de la *Lex Mercatoria* no permite, según sus mismos defensores, exagerar las actuales dimensiones de la misma, cuya importancia tiene menos que ver con el número de reglas y amplitud del campo abarcado que con su precisión y fácil conocimiento de los comerciantes. La venta comercial y el crédito bancario son los dos sectores en los que parece haber cristalizado un avance más significativo. Por otra parte la misma no puede identificarse

creado por los particulares para regular sus relaciones de derecho privado la autonomía de la voluntad tendría una gran importancia²⁵⁷. Como ya se expuso anteriormente, no son pocos los tratados internacionales en los que sus redactores se ven obligados a “dejar cosas en el tintero” ante la dificultad de alcanzar un consenso aceptable para todos los países implicados. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías es un buen ejemplo de ello. Por este motivo resulta tan útil y socorrido el uso de ese derecho anacional de los contratos, cuya adaptabilidad a la autonomía de la voluntad tal vez lo haga más permeable a las necesidades de las partes.

En lo que respecta a los Incoterms, y sin perjuicio de tratar este tema más ampliamente en capítulos posteriores, se entiende que carecen de fuerza normativa²⁵⁸. Simplemente

absolutamente con la antigua *lex mercatoria*, puesto que, a diferencia de esta, aquella surge en nuestro tiempo con el consentimiento expreso o tácito de las soberanías nacionales. En último término, la autonomía radica en un acto de tolerancia de los Estados, naturalmente no incondicionada, al reconocer el principio de *pacta sunt servanda* y al prestar su aparato coercitivo a la ejecución de los laudos o decisiones de los tribunales de arbitraje (SCHMITTHOFF). En todo caso, sin embargo, se hace preciso reconocer un fondo de verdad en la pretendida asimilación. La paulatina formación de este conjunto normativo constituye un claro exponente de la uniformidad jurídica reclamada por el comercio internacional y de la presión de la autonormativa que en este sentido ha ejercido y ejerce la categoría profesional mercantil; favorecido, en otro sentido, por la lentitud con que ha progresado la unificación legislativa, por la obstinada oposición de los Estados nacionales a todo lo que signifique un mínimo de compromiso internacional que afecte a su soberanía. Al respecto, véase GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, op. cit., págs. 59 a 61.

²⁵⁷ Esta evolución no se ha detenido. Al surgimiento de nuevos conceptos y Principios en el ámbito internacional se le ha sumado la participación de los árbitros junto a los jueces en la jurisprudencia, factores todos ellos que han servido para perfilar soluciones y crear nuevos interrogantes en el ámbito de los contratos internacionales. Es por ello que la doctrina actual se plantea la existencia de un tercer derecho creado por los particulares para regular las relaciones de derecho privado, próximo a los derechos internos. Este llamado tercer derecho se caracterizaría por la existencia de prácticas con tendencia a generalizarse, la conclusión de códigos y de Principios, la proliferación de los arbitrajes internacionales, así como elementos básicos de un orden jurídico transnacional en estado embrionario. En esta nueva etapa cabe destacar el nuevo papel asignado a la autonomía de la voluntad en el ámbito arbitral, el nacimiento de nuevas fuentes dentro del derecho anacional y la importancia de estas nuevas situaciones en la interpretación uniforme del comercio internacional, tal como manifiesta PARRA RODRÍGUEZ, Carmen, op. cit. pág. 257.

²⁵⁸ Una segunda fuente de autorregulación a escala internacional reside, según los promotores de esta noción, en la aparición de una *lex mercatoria*, paralela al orden internacional clásico y, sobretodo, a los ordenamientos estatales, formado por principios y normas de generación espontánea entre los operadores económicos. Esta terminología se ha impuesto en la práctica contemporánea, a pesar de las objeciones que la expresión *lex mercatoria* ha suscitado en cierto sector de la doctrina que ha propuesto sustituir dicha expresión por la de *ius mercatorum*, considerando por una parte que las fuentes de la *lex mercatoria* no son de naturaleza legislativa y, por otra parte, que las categorías de comerciantes a las que se aplica se han diversificado mucho, llegando algunas a formar sectores regidos por normas específicas. Las exigencias del Derecho económico internacional y las necesidades de la práctica han llevado a las partes a insertar en sus contratos cláusulas que a veces se alejan de los principios del derecho de obligaciones normalmente aplicables en virtud de la ley a la cual el contrato habría estado sometido, en virtud del derecho internacional privado clásico. Por su repetición y efectividad, estas cláusulas constituyen, según los partidarios del concepto, una primera fuente de *lex mercatoria*. Sin duda, tales cláusulas no tienen valor normativo general para los operadores del mercado internacional que no las han suscrito y no constituyen pues por sí mismas fuentes del derecho objetivo. Las codificaciones establecidas por las organizaciones profesionales contribuyen igualmente a la formación de una *lex mercatoria* autónoma y específica. Un buen ejemplo de ello serían los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional. De manera más general, la *lex mercatoria* estaría formada por costumbres y usos del comercio internacional, que se forman a partir de las cláusulas contractuales, de las condiciones generales y de los contratos tipo más utilizados, así como en base a las codificaciones profesionales. Véase A.A.V.V., “L’*autorégulation. Colloque organisé à Bruxelles le 16 décembre 1992 par*

presentan eficacia contractual. Por otro lado, sus previsiones son facultativas, es decir, ceden ante los pactos particulares de las partes y las normas imperativas. A pesar de ello, su importancia en la práctica es muy grande, dado el carácter dispositivo del Código de Comercio y de la Convención de Viena de 1980. Los Incoterms son un instrumento al que las partes pueden acudir en caso de querer disciplinar de una forma correcta su contrato de compraventa. No están obligados a adoptar sus soluciones, pero en caso de hacerlo, lo dispuesto en el incoterm elegido tendrá fuerza contractual, pasará a formar parte del contrato de compraventa y será de obligado cumplimiento para el vendedor y el comprador. Y dada la gran aceptación que estas normas para la interpretación de los términos más usados en el tráfico internacional, no parece que su importancia pueda desdeñarse.

Por otra parte, no conviene olvidar que los Incoterms no regulan todos los aspectos de la compraventa, por lo que a su aplicación facultativa se le une los pactos que las partes puedan adoptar en función de sus necesidades para tapar esas lagunas. Sólo en caso de no haber adoptado pacto alguno deberían aplicarse por fuerza lo dispuesto en la Convención de Viena de 1980 o las normas del Código de Comercio y el Código Civil, según el caso. De este modo, nos encontramos con que la compraventa es una institución en la que, por su amplitud y complejidad, los legisladores tanto nacionales como internacionales han optado por adoptar como criterio preponderante la autonomía de la voluntad, siendo esta la opción más sencilla y la que mejor se adapta a las múltiples variables de la compraventa.

Sin perjuicio de abordar este tema con mayor detenimiento en capítulos posteriores, conviene mencionar también la incidencia de la autonomía de la voluntad en las ventas marítimas, en concreto, en el contrato de transporte por mar que éstas llevan aparejado. Ciertamente, los Incoterms regulan la compraventa internacional de mercancías. En muchos casos, para que la posesión de la mercancía se transmita del vendedor al comprador es necesario transportarla, llevarla a manos de su nuevo dueño para que pueda disponer de ella. La aceptación de un incoterm marítimo conlleva que una de las partes, el vendedor o el comprador según el caso, se encargará de realizar un contrato de transporte por mar, y en ese contrato de transporte también desplegará sus efectos la autonomía de la voluntad, tanto si hablamos de derecho aplicable como de elección del foro²⁵⁹. La voluntad de las partes al respecto puede manifestarse de manera expresa o tácita.

l'A.D.B.R. et le Centre de Droit Privé et de Droit Économique de l'Université libre de Bruxelles", ed. Bruylant, Bruselas, 1995, págs, 204 a 207.

²⁵⁹ De hecho, en opinión de ESPINOSA CALABUIG, la práctica habitual de inclusión de cláusulas de todo tipo en los conocimientos de embarque y otros documentos de transporte marítimo permite utilizar la autonomía de la voluntad tanto en lo que respecta al Derecho aplicable como a la resolución de controversias. Por una parte, la libertad de las partes para determinar el Derecho aplicable a los contratos internacionales de transporte marítimo se manifiesta principalmente a través de dos tipos de cláusulas, como son las cláusulas *paramount* y las cláusulas de *electio iuris* o elección de un Derecho estatal concreto. Aunque en teoría la voluntad expresada en las primeras se ve superada por la representada en las segundas, en la práctica este planteamiento se ve alterado en numerosas ocasiones, de manera que las cláusulas *paramount* se convierten en las verdaderas protagonistas de la actual regulación de los contratos de transporte marítimo. De este modo, nos encontramos con que, desde una perspectiva general, la facultad concedida a los sujetos participantes en el tráfico comercial internacional para regular sus relaciones se manifiesta en gran medida a través de la inclusión de todo tipo de cláusulas, términos y condiciones de contratación, lo que provoca que los contratos sean cada vez más autosuficientes, y los conflictos o controversias surgidas en su entorno puedan preverse con mayor antelación. Estas características se observan con especial fuerza en el transporte marítimo, donde

La voluntad expresa se manifiesta por las cláusulas que se incluyen en los contratos de transporte marítimo, y que a menudo establecen como Derecho aplicable o foro competente el del lugar donde el porteador tiene su establecimiento principal. En otras ocasiones puede referirse a la ley del Estado del pabellón del buque (algo desaconsejable, entre otros motivos, por el fenómeno de los pabellones de conveniencia). En algunos casos, incluso se puede llegar a designar varios regímenes jurídicos para regular distintas partes del contrato, en el marco del artículo 3.1 del Convenio de Roma, o bien se le da al demandante la posibilidad de optar entre varios regímenes jurídicos o sedes de competencia.

Por otra parte, en lo que respecta a la voluntad tácita, ésta puede extraerse de varios indicios o factores (el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución, la nacionalidad del buque o las partes, etc.) que, en opinión del juez encargado del litigio y a la luz de las circunstancias del caso, permiten deducir una elección de las partes a favor de un concreto derecho estatal. En muchos casos, la presencia de cláusulas de foro o arbitraje en los conocimientos de embarque constituye el principal motivo para interpretar que las partes han elegido un concreto Derecho estatal a partir del tribunal designado por ellas en el documento de transporte.

Tanto la voluntad expresa como tácita de los contratantes se verá en la práctica condicionada en gran medida por la presencia de normas imperativas, tanto del foro como de terceros Estados (artículo 7 del Convenio de Roma). Aún así, la imperatividad de ciertas normas en el ámbito del transporte marítimo no es una cuestión pacífica, dada la ausencia de reconocimiento expreso de la misma a nivel convencional (como ocurre en particular con las Reglas de La Haya-Visby, no así a nivel estatal, pues muchas legislaciones han declarado expresamente el carácter imperativo de las mismas), por lo que se hace necesario examinar caso por caso la compatibilidad de lo expresado por las partes en el contrato con las normas, tanto nacionales como internacionales, con las que pueda entrar en conflicto.

A pesar de todo lo expuesto, conviene puntualizar una cosa. Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad es un instrumento que facilita en gran medida las relaciones contractuales, y más cuando se trata del ámbito de la contratación internacional, un mal uso

los documentos utilizados (conocimientos de embarque, pólizas de fletamento, *seawaybills*...) demuestran la presencia habitual de un clausulado muy diverso, extremadamente complejo en ocasiones, con el que se pretenden objetivos tan dispares como la exoneración o limitación de la responsabilidad del porteador, la extensión del plazo para exigirla o la prohibición de transportar ciertas mercancías, entre otros. Por otra parte, la autonomía de la voluntad en el ámbito del transporte marítimo de mercancías también se refleja en la elección del foro. Ciertamente, junto a las cláusulas de *electio iuris*, es habitual que en los conocimientos de embarque parezcan cláusulas de elección de un tribunal, sea estatal o arbitral. En la práctica, los tribunales pueden reconocer la eficacia de una sola de estas cláusulas o, incluso, de ninguna de ellas. Así se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia de diversos países. Por otro lado, junto a esta jurisprudencia nacional debe hacerse mención de la que se está generando en el ámbito de la UE, mediante las sentencias del TJUE, las cuales demuestran el proceso de evidente flexibilización que está afectando a la aceptación e interpretación de las cláusulas de elección de foro incluidas en un conocimiento de embarque, extrapolable también a las cláusulas de arbitraje. Para más información véase ESPINOSA CALABUIG, Rosario, “*Autonomía de la voluntad y transporte marítimo internacional: de las cláusulas paramount y electio iuris a las cláusulas de jurisdicción*”, en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo II, págs. 1127 a 1155.

de la misma puede provocar más problemas de los que resuelva. Para poder ejercer la autonomía de la voluntad de manera provechosa en materia de contratos es necesario un mínimo de conocimiento jurídico. No son pocos los casos en los que los abogados han de vérselas con contratos redactados por las partes en unos términos vagos, imprecisos o hasta contradictorios. La autonomía de la voluntad nos permite establecer relaciones jurídicas privadas a nuestro gusto, a la medida de nuestras necesidades, sin otras limitaciones que el respeto a las normas imperativas del ordenamiento jurídico aplicable²⁶⁰. Pero para ejercer adecuadamente este derecho hace falta un mínimo de entendimiento, desde un punto de vista jurídico, del asunto que estamos tratando. Y es precisamente en este aspecto en el que fallan muchas personas al redactar sus contratos, los cuales adolecen de una técnica jurídica deficiente. En los Incoterms, sin ir más lejos, pueden darse casos semejantes. La imprevisión de las partes al acogerse a un incoterm determinado, sin preocuparse de regular por su cuenta las cuestiones que no son objeto de, valga la redundancia, regulación por parte de los Incoterms puede provocar que en un hipotético juicio estos asuntos deban dirimirse usando las normas de derecho internacional privado, con la indeterminación y el riesgo que ello conlleva. Por otra parte, también es frecuente que los particulares añadan a los incoterms usados en sus contratos nuevas cláusulas que pretenden resolver los problemas que se plantean en cada caso concreto²⁶¹. La autonomía de la voluntad nos permite hacer esto, pero si no vamos con cuidado corremos el riesgo de que estas cláusulas se contradigan o acaben por desvirtuar el contenido del incoterm en cuestión²⁶². Antes de intentar enmendar una norma ya establecida conviene ser un poco previsores y procurar no caer en contradicciones, si no queremos que el legítimo uso de nuestro derecho a elegir las normas por las que queremos que se rija una relación jurídica determinada se convierta en

²⁶⁰ A este respecto, véase el artículo 1255 del Código Civil, el cual establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

²⁶¹ Sí se pueden añadir coletillas o especificaciones al incoterm pactado. Por ejemplo, podríamos pactar un <<EXW cargado>> (fábrica). Sin embargo, hay que intentar huir de estas prácticas y elegir un incoterm que se adapte más a nuestras necesidades. En el caso anterior podríamos haber pactado un <<FCA fábrica>>, ya que este incoterm incluye la operación de carga en el vehículo. Véase PALMÉS COMBALIA, Remigi, *“Cómo usar bien los incoterms. La respuesta a todos los interrogantes que surgen en el uso de las normas del comercio internacional”*, ed. Marge Books, Valencia, 2005, pág. 214.

²⁶² En la práctica, es frecuente que las partes añadan palabras a los Incoterms buscando más precisión de la que los términos pueden ofrecer. Debe recalarse que los Incoterms no ofrecen ninguna pauta para tales añadidos. De este modo, si las partes no pueden confiar en una costumbre del tráfico bien fundada para interpretarlas, pueden encontrarse con problemas cuando no pueda probarse un acuerdo coherente respecto de los añadidos. Si, por ejemplo, se emplean las expresiones usuales “FOB estibado” o “EXW cargado”, es imposible establecer una interpretación mundial de que las obligaciones del vendedor se extienden no sólo en relación a los costes de cargar efectivamente las mercancías en el buque o en el vehículo respectivo sino que también incluyen el riesgo de la pérdida o del daño fortuitos de las mercancías en el proceso de estiba o carga. Por esas razones, se recomienda encarecidamente a las partes que dejen claro si desean que la función o el coste de las operaciones de estiba y carga recaigan sobre el vendedor o si además deberá soportar el riesgo hasta que la estiba y la carga se hayan realmente completado. Los Incoterms no prevén ninguna solución para esas cuestiones: en consecuencia, si el contrato tampoco describe expresamente las intenciones de las partes, pueden generarse considerables dificultades y costes innecesarios. Aunque los Incoterms 2000 no disciplinaban muchas de estas variantes normalmente utilizadas, los preámbulos de ciertos términos comerciales alertan a las partes sobre la necesidad de términos contractuales especiales si desean ir más allá de las estipulaciones de los Incoterms. A este respecto, véase AA. VV. *“Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales. Incoterms 2000”*, publicado por el Comité Español de la CCI, España, 1999, pág. 15.

un arma de doble filo. En resumidas cuentas, a la hora de contratar, conviene contar con un buen asesoramiento legal si queremos evitar problemas en el futuro.

**SECCIÓN IV:
INCOTERMS DE LA CÁMARA DE
COMERCIO INTERNACIONAL**

CAPÍTULO 9.

LOS INCOTERMS DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

9.1 Orígenes y evolución

En el ámbito del comercio internacional, y más concretamente en el sector de la compraventa internacional de mercancías, se han desarrollado ciertos instrumentos comunes, fruto de las prácticas comerciales internacionales, que se han normalizado e incorporado a los diferentes sistemas estatales, y cuyo fin es armonizar las operaciones comerciales internacionales. Estos instrumentos gozan de gran aceptación, y conviven con otros instrumentos de unificación internacional tales como la ya mencionada Convención de Viena de 1980. La generalización de estas técnicas se produjo a mediados del siglo XX, lo que coincidió con una notable intensificación de los intercambios comerciales entre Europa y los países ultramarinos, lo que obligó a utilizar de forma masiva el transporte marítimo, y se caracterizó por la voluntad de los intereses económicos implicados de imponerse a las normas estatales del sector. Se trata de instrumentos cuya mayor virtud consiste en proporcionar certeza jurídica a las partes, fundamentalmente al importador y exportador, en las operaciones de compraventa de mercaderías de carácter transfronterizo. Concretamente, especifica los derechos y obligaciones que, derivados del consenso internacional, se han adoptado en este tipo de operaciones²⁶³. Se trata de una nueva manifestación del empleo de los usos y costumbres mercantiles, que se evidencia en la utilización de ciertos términos de la contratación conocidos como “Incoterms” (*International Commercial Terms*), elaborados por la Cámara de Comercio Internacional de París y cuya última revisión data del año 2010²⁶⁴. Estos términos extractan mediante una

²⁶³ Tal como afirma CABELLO GONZALEZ, Una de las cuestiones básicas a resolver en un contrato de compraventa internacional es la forma, lugar, condiciones, gastos y riesgos relativos a la entrega de las mercancías. La agilidad del tráfico mercantil ha consagrado la utilización de unos términos comerciales cuyo conocimiento permite a los contratantes definir el alcance de sus obligaciones, sin que exista la necesidad de referirse a ellas detalladamente en el contrato. Estos usos mercantiles configuran las reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS de la CCI). Véase CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel, op. cit., pág. 41.

²⁶⁴ Como hemos señalado, en el tráfico mercantil internacional han aparecido una amplia serie de términos comerciales, que constituyen cláusulas y reglas interpretativas que regulan la entrega de la cosa, centrando su atención en su procedimiento y su régimen de riesgos. Estos términos aparecen cuando los comerciantes se refieren a los diversos tipos de compraventa desarrollados más corrientemente en la práctica comercial mediante la utilización de palabras o de siglas (CIF, FOB, DDU...). De este modo, es suficiente que las partes se refieran a un término comercial para que de forma automática se encuentren incorporadas al contrato (incorporación por referencia) todas las cláusulas que están comprendidas dentro del tipo de venta designado por el término. Le corresponde a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) el mérito de haber procedido a la catalogación y ordenación sistemática de dichos términos comerciales bajo el nombre de INCOTERMS (*International Commercial Terms*, o términos comerciales internacionales). La primera redacción de los INCOTERMS vio la luz en 1936, pero el rechazo inglés a los mismos motivó que se revisara el texto en 1953. A esta versión siguen las del 67, 76, 80, 90, la del 2000, y la última de 2010. La razón fundamental de la

abreviatura ciertas obligaciones de las partes, fundamentalmente en el área del comercio marítimo.

Como se ha visto, la necesidad de certidumbre es una constante en materia de contratos. Esta necesidad se acentúa en el caso de las obligaciones que tienen que ver con más de un estado, como es el caso de la compraventa internacional de mercaderías. Este clima de seguridad, tan difícil de alcanzar en los contratos internacionales, a la par que tan necesario en los mismos, se ha conseguido en parte gracias a la aparición de normas supranacionales cuyo propósito no es otro que llevar a cabo una unificación legislativa uniforme y dotar de certeza a las obligaciones internacionales. En el caso de la compraventa internacional de mercancías, ya repasamos anteriormente como la Convención de Viena de 1980 supuso un gran avance en este sentido, aunque no por ello dejaba de tener un alcance tal vez demasiado limitado. En efecto, la dificultad de hallar consenso las normativas internacionales ha provocado que el proceso de unificación legislativa a nivel internacional se esté desarrollando de manera más lenta de lo deseable²⁶⁵.

La lentitud del proceso de unificación y el consiguiente clima de inseguridad jurídica resultante en el que se desenvuelven las relaciones comerciales internacionales de carácter privado ha favorecido la aparición de prácticas mercantiles autónomas respecto a los ordenamientos nacionales²⁶⁶.

revisión de 1990 fue acomodar los INCOTERMS al impacto del uso de los intercambios electrónicos de datos, así como por el cambio experimentado en las técnicas de transporte. Lo que se ha venido en llamar la revolución de los contenedores. Por su parte, la revisión del año 2000 fue fruto de la necesidad de tomar en consideración la difusión de las zonas de libre comercio, el incremento del uso de las comunicaciones electrónicas, y determinados cambios en la práctica del transporte, a la par que se aprovecha para revisar los trece términos comerciales y dotarles de una presentación más simple y clara. Asimismo se ha de destacar que en la redacción de las nuevas versiones se ha intentado mantener la coherencia con la Convención de Viena de 1980, de tal forma que se han empleado las mismas expresiones que se utilizan en el texto vienés. Al respecto, véase ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, op. cit., págs. 264 y 265.

²⁶⁵ La recuperación paulatina de la atonía en que se vieron sumidos los intercambios económicos internacionales, a raíz sobre todo de la depresión financiera de los años treinta y de la posterior precipitación de la segunda contienda mundial, ha vuelto a poner de manifiesto el insatisfactorio estado en que se encuentra la presente ordenación jurídica del comercio internacional. Como manifiesta GONDRA ROMERO, sólo un desfasado sentimiento de soberanía nacional puede explicar, en efecto, el predominio de que goza el clásico método del “conflicto de leyes” en la disciplina de las relaciones comerciales internacionales. La superación de la óptica tradicional del Derecho internacional privado, siempre más atento a la seguridad y certeza del Derecho aplicable que a su justicia y adecuación intrínsecas, ha contribuido a poner de manifiesto la insuficiencia del sistema conflictual. Ni siquiera la unificación de las normas de colisión soluciona satisfactoriamente el problema. En última instancia, supondrá la sumisión de la relación jurídica concreta a uno o varios ordenamientos nacionales, que como norma, no habrán tomado en consideración las especialidades del tráfico mercantil internacional. De ahí la ineludible necesidad de combinar el método “clínico” de las normas de conflicto con un método – como diría SCHMITTHOFF – “preventivo” que, a través de la armonización y unificación gradual de las normas materiales de fondo, tienda a eliminar la posibilidad misma del conflicto de leyes o, al menos, a minimizar sus consecuencias prácticas. En suma, a lo que se aspira a la construcción progresiva de un Derecho sustancialmente uniforme que, en cuanto a síntesis superadora de los diferentes sistemas jurídicos, sirva a una disciplina más justa del comercio internacional y más adecuada a las exigencias particulares de este tráfico. Véase GONDRA ROMERO, Jose María, “La moderna <<lex mercatoria>> y la unificación del Derecho del comercio internacional”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, pág. 7 y ss.

²⁶⁶ Según MEDINA DE LEMUS, no resulta aventurado afirmar que la lentitud del proceso de unificación legislativa uniforme y el consiguiente clima de inseguridad jurídica en que se desenvuelven las relaciones

En el tráfico mercantil, su agilidad y sus usos comerciales han consagrado la utilización de ciertas cláusulas contractuales, llamadas también términos comerciales, cuyo conocimiento permite a los contratantes saber el alcance de sus respectivas obligaciones en cuanto a la entrega de la cosa y a su procedimiento, a la transferencia de riesgos y de gastos y a la facilitación de documentos. Estos términos aparecen cuando los comerciantes se refieren a los diversos tipos de compraventa desarrollados más frecuentemente en la práctica comercial, mediante la utilización de palabras o siglas, de tal modo que basta referirse a ellos para que, de manera automática, se incorporen al contrato todas las cláusulas que, en virtud de los usos, están comprendidas en el tipo de venta designado por el término.

El problema es que en muchas ocasiones estas obligaciones dependían de la interpretación que en cada supuesto les dieran los interesados, dado que en dicho tipo de cláusulas no se recogían de un modo acabado todas las condiciones que el caso pudiera presentar, lo cual provocaba cierta confusión que solía culminar en discrepancias y reclamaciones, con la pretensión de solucionar el asunto en el sentido más favorable a los intereses del intérprete.

Estas diferencias llevaron a la necesidad de unificar criterios de interpretación y significado de los términos comerciales, buscando definiciones concretas de aceptación universal. El primer paso se dio en Estados Unidos, donde se llegó a una interpretación precisa de los términos FOB, FAS, C&F y CIF, en una Conferencia celebrada en Nueva York en 1919. Estos esfuerzos tuvieron su respuesta en la Cámara de Comercio Internacional, la cual, con ayuda de los Comités nacionales, elaboró la definición de una serie de términos en el año 1936, que fueron rechazados en algunos países, postergándose la primera redacción definitiva hasta 1953, ya con el nombre usualmente conocido de Incoterms²⁶⁷. Este término es la abreviación de *International Chamber of Commerce Trade Terms*, aunque también es correcto referirse a ellos como *International Commercial Terms*.

Los términos definidos eran unos nueve en total: EXW, FOR, FAS, FOB, CFR, CIF, DCP, DES y DEQ. En el año 1967 se añadieron dos términos más: DDP y DAF. En 1976 se añadió el término FOB aeropuerto. En el año 1980 se reformó un término comercial, el llamado CPT, y aparecieron dos nuevos con la finalidad de acoplar las cláusulas FOB, CFR

comerciales internacionales de carácter privado han favorecido indirectamente la formación y el desarrollo de un Derecho autónomo de la práctica mercantil internacional que, en gran medida, vive y se desenvuelve desconectado de los ordenamientos jurídicos nacionales y al margen de todo control estatal. La extensa gama de usos codificados, condiciones generales, contratos tipo, etc., constituyen las genuinas fuentes de expresión de este Derecho de los <<formularios>>, en el que se desenvuelve la contratación mercantil internacional. Véase MEDINA DE LEMUS, Manuel, op. cit., pág 45.

²⁶⁷ No resulta fácil hablar del valor de una mercancía dado que una mercancía varía de valor a medida que sufre un proceso de transporte o manipulación. En las transacciones internacionales las mercancías se venden en determinadas condiciones y situación geográfica, las cuales se deben especificar en el contrato de compraventa. Según cuáles sean estas condiciones, será el comprador o el vendedor quien deba pagar una serie de gastos, como el transporte, el seguro, los derechos arancelarios, etc. Las condiciones de venta pueden diferir mucho de un contrato a otro, pero, en la práctica del comercio internacional se ha ido logrando cierta unificación que ha dado lugar a tipos de contrato característicos que suelen conocerse por siglas o por una frase sencilla. Con objeto de que los comerciantes sepan claramente las condiciones de estos contratos-tipo, la Cámara de Comercio Internacional ha publicado, bajo el título de Incoterms, unas reglas definiendo estos contratos. Al respecto, véase PINACHO BOLAÑO – RIVADENEIRA, Javier, *“Tráfico Marítimo”*, Fondo Editorial de Ingeniería Naval, 1978, Madrid, pág. 53.

y CIF a las modernas técnicas de transportes combinados, llamándolos FCA y CIP, respectivamente. En 1990 se produjo una nueva redacción de los términos comerciales con el fin de adaptarlos al creciente uso e intercambio de datos electrónicos (EDI, en el que se preveía la posibilidad de sustituir los documentos de transporte tradicionales por un intercambio electrónico de datos), se creó un término nuevo (DDU) y se suprimieron los términos FOR y FOB aeropuerto, por entender que habían devenido superfluos y que podían ser cubiertos por el término FCA. La configuración de los términos también se vio mejorada, al agruparse en cuatro grupos, en función del lugar de entrega, y se dispusieron las obligaciones del vendedor y del comprador de manera simétrica, de forma que cada obligación se veía reflejada en su antitética.

En el año 2000 se produjo una nueva revisión. Este texto fue fruto de un proceso de consultas de gran envergadura, que se basó en una amplia encuesta empresarial, y cuyas cláusulas pretendían reflejar la práctica comercial común y responder a la necesidad del mundo empresarial de disponer de normas de ámbito mundial para la interpretación de los términos comerciales que regulan la compraventa internacional de mercancías. Entre las principales razones que motivó la revisión de los Incoterms en el 2000 destacó la necesidad de adaptar los términos a un uso cada vez mayor de los sistemas de intercambio electrónico de datos, por un lado, y por otro, el cambio en las técnicas de transporte, especialmente la carga en contenedores, el transporte multimodal, el tráfico *roll on-roll off*, con vehículos de carretera y vagones de ferrocarril en el transporte marítimo de corta distancia (*short sea*).

La versión del año 2000 introdujo una serie de cambios, tal vez menos profundos que en ocasiones anteriores. En primer lugar, se produjo una armonización del régimen de obligaciones de realizar los trámites aduaneros. A excepción de los términos EXW y DDP, los demás compartían un mismo criterio distributivo, por el cual el vendedor debía realizar los trámites de exportación y el comprador los de importación, soportando cada parte los gastos correspondientes. En segundo lugar, se introdujeron ciertas previsiones sobre la carga de las mercancías en el vehículo que debía realizar el transporte en el caso de las ventas FCA. Por otra parte, también se modificó el criterio de imputación de los costes de descarga en los términos “C”, buscando una mayor claridad y transparencia. Por último, se cambiaron algunos detalles de la nota introductoria de cada término.

En dicha versión se mantuvo la filosofía que ya podía apreciarse en las anteriores, y que no es otra que adecuar los diversos términos a la evolución del comercio internacional y facilitar su utilización en la práctica de los negocios, obteniendo así una mayor difusión. Esta intención se plasmó en una mejora en la redacción y en el contenido de los términos, subsanando incertidumbres y dudas interpretativas de las que adolecía la versión de 1990²⁶⁸. Por este motivo, en su proceso de elaboración se intentó recabar toda la

²⁶⁸ Las normas mercantiles en general, y los Incoterms en particular, son objeto de periódicas adaptaciones cuyo objetivo es reflejar los cambios que se producen en las operaciones comerciales. La vertiginosa internacionalización de la economía, la importancia que hoy toma el comercio exterior en los diferentes países, el dinámico proceso en el que se enmarcan las operaciones de compraventa internacionales, el desarrollo del transporte, las nuevas tecnologías aplicadas y los nuevos usos y costumbres podrían considerarse buenos ejemplos de dichos cambios, y serían el motivo principal por el que se suceden las revisiones de los Incoterms cada cierto número de años. El motivo fundamental que llevó a la aparición de los Incoterms 2000 fue la adaptación de los mismos a las nuevas costumbres y prácticas en el tráfico

información posible sobre cuáles eran las dificultades que la utilización de los Incoterms generaba, con tal de presentar una versión lo bastante actualizada como para seguir siendo ampliamente utilizada en el tráfico comercial internacional de aquel entonces.

Por otra parte, hay que señalar que dicha revisión se vio limitada por ciertos factores. Por un lado, la necesidad de aportar seguridad jurídica motivó cierta cautela a la hora de afrontar los cambios, dado que aunque algunos extremos generasen ciertas dudas y problemas, su gran aceptación en el tráfico los habían convertido en una práctica consolidada, motivo por el cual no se cambiaron. Por otra parte, es difícil incorporar novedades que se limitan a una región o a un sector específico del tráfico económico en normas de carácter internacional²⁶⁹. La vocación universal de los Incoterms hacía difícil incorporar en ellos novedades que no gozasen de una amplia aceptación en un gran número de países.

Los cambios introducidos en los nuevos Incoterms de 2010 han sido más numerosos y trascendentes. Como se explica en su Introducción, se ha tenido en cuenta la proliferación de zonas francas, el uso corriente de las comunicaciones electrónicas en las transacciones comerciales, la intensificada preocupación sobre la seguridad en la circulación de mercancías y los cambios en los usos del transporte. Además, cabe mencionar también que el hecho de que los miembros de la Comisión sobre Prácticas Internacionales procedan de multitud de países facilita que los Incoterms se adecúen a la realidad y necesidades de todas las regiones del globo.

El cambio más llamativo de esta nueva versión lo encontramos en el número de términos, pues se ha pasado de trece a once. Esto se debe a la desaparición de cuatro términos y a la introducción de dos nuevos, todos ellos englobados en el grupo tradicionalmente denominado “D”. Los eliminados son DAF (“Entregadas En Frontera”), DES (“Entregadas

internacional, si bien es cierto que la Cámara de Comercio Internacional también había intentado (y conseguido) que éstos fueran más claros y precisos que sus antecesores de 1990, más difusos y que podían inducir a los operadores a hacer un uso incorrecto de los mismos. De esta manera, al hacerlos más evidentes probablemente esperaban conseguir que cada vez fueran más los importadores y exportadores que los utilizasen en sus contratos internacionales. Aún así, conviene aclarar que los cambios introducidos tampoco fueron demasiado significativos si los comparamos con la revisión de 1990, hecho que requiere una valoración positiva. Se trataba de una revisión prudente y racional. Prudente, porque las modificaciones generadas no eran drásticas, no se creó ningún término nuevo, y tampoco se suprimió ninguno de los ya existentes (como sí ocurrió en la siguiente revisión de 2010). Racional, porque se mantuvo la misma línea de los anteriores, para no sembrar el desconcierto entre los comerciantes que ya venían utilizando los Incoterms desde hace muchos años en sus prácticas comerciales. Es precisamente el carácter universal de los Incoterms el que garantiza su éxito. Por todo ello, hubiese sido un despropósito haber efectuado cambios demasiado importantes, que fueran en contra del objetivo final de los propios Incoterms, si no existían razones de peso para ello. Al respecto, véase ROSELLÓ CONDE, Ángel y LOPEZ ESPEJO, Carmen, “Los nuevos Incoterms 2000”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2643, del 14 al 20 de febrero de 2000, separatas III y IV.

²⁶⁹ En opinión de GONDRA ROMERO, no son excesivamente alentadores para el futuro los resultados obtenidos hasta ahora por la vía legislativa en la construcción de este derecho uniforme del comercio internacional. Dejando aparte los efectivos logros alcanzados en el plano de la unificación regional, lo cierto es que, a nivel general, sólo ha podido consagrarse una substancial uniformidad jurídica en sectores muy concretos, que por la misma naturaleza de la materia regulada hacían ineludible el compromiso internacional. Véase GONDRA ROMERO, Jose María, op cit, págs. 11 y 12.

Sobre Buque”), DEQ (“Entregadas En Muelle”) y DDU (“Entregadas Derechos No Pagados”).

Los nuevos Términos son DAT (*Delivered At Terminal*) y DAP (*Delivered At Place*). En el caso de las ventas DAT, el vendedor se obliga a entregar las mercancías tras descargarlas del vehículo que las ha transportado, en la terminal estipulada, ya sea de un muelle o de otro lugar. En las ventas DAP, el vendedor debe entregar las mercancías en el lugar convenido pero sin descargarlas del vehículo que las ha transportado. Los riesgos y costes de esta operación gravan sobre el comprador.

Otro cambio sin duda importante es la modificación del punto crítico de transmisión del riesgo en los términos FOB, CFR y CIF. En todas las versiones anteriores de los Incoterms, el criterio era la borda del buque, es decir, que el vendedor corría con el riesgo de contraprestación hasta que las mercancías traspasaban a borda del buque. A partir de ese momento, el riesgo gravaba sobre el comprador. El significado preciso de la palabra buque era objeto de discusión, dado que no aparecía explicado en las reglas de la C.C.I., aunque normalmente se solía identificar la borda con la línea imaginaria perpendicular al costado del buque. En la nueva versión de los Incoterms 2010, sin embargo, se ha dado el paso de modificar la cláusula A.4 de estos términos, estableciendo que el vendedor cumple su obligación de entrega cuando las mercancías se ponen *a bordo del buque*. Cabe mencionar también que se han introducido algunos pequeños cambios relativos a las ventas en tránsito, el seguro de las mercancías, los sistemas de soporte electrónico las mejoras en la seguridad o el papel de los intermediarios, entre otros.

La versión de 2010 emplea una clasificación diversa. Sus once términos se agrupan en dos categorías, en función del modo de transporte utilizado para desplazar los efectos desde el establecimiento del vendedor al comprador. Bajo la rúbrica de “Reglas para cualquier modo modos de transporte” encontramos los términos modalmente neutros EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP y DDP. Por contra, en las “Reglas para transporte marítimo y vías navegables interiores” encontramos los términos FAS, FOB, CFR y CIF, exclusivamente marítimos.

En resumidas cuentas, la voluntad de mejorar y actualizar el contenido de los Incoterms con el objetivo de reducir las dudas que su aplicación genera y aumentar su difusión ha sido la filosofía que ha guiado esta nueva redacción, lo que, por otra parte, ha sido una constante en las versiones anteriores. A pesar de todo, ello no es óbice para que en un futuro se emprendan nuevas modificaciones (como ha pasado recientemente con la nueva versión de 2010).

A pesar de la aparición de esta nueva revisión de los Incoterms, ello no quiere decir que no exista la posibilidad de utilizar otras versiones anteriores de los mismos. Metafóricamente hablando, podría afirmarse que los Incoterms tienen nombre y apellido, haciendo referencia el nombre al término comercial concreto y el apellido al año de revisión del mismo. Siempre que se utilicen estos términos es necesario indicar el año de revisión, puesto que es posible emplear los Incoterms 2000 o cualquier versión anterior si así lo pactan las partes. Por ejemplo, no es lo mismo referirse a un FAS-1990 que a un FAS-2000, dado que difieren en conceptos tales como por cuenta de quién corre la obtención de licencias,

autorizaciones o formalidades de exportación y los gastos aparejados. Así, en caso de acordar un término FAS simplemente, no sabríamos si se trata de uno u otro, ni por tanto, qué obligaciones estamos asumiendo²⁷⁰.

9.2 Valor contractual o normativo

9.2.1 Imperatividad frente a libertad contractual

Ateniéndonos a las características de los Incoterms, resulta difícil afirmar que posean verdadera fuerza normativa²⁷¹. Existen varios argumentos comúnmente admitidos al respecto. En primer lugar, los Incoterms no han surgido de un tratado entre Estados, que son los verdaderos titulares de la soberanía y del poder legislativo. Por otro lado, estas cláusulas tampoco quedan incorporadas a los Derechos nacionales mediante ningún acto normativo. Lo cierto es que su vigencia práctica en el comercio internacional depende de su adecuación a las necesidades del tráfico económico y de su eficacia en la prevención y la solución de los problemas generados en el ámbito de la compraventa internacional.

Ciertamente, los Incoterms no pueden ser considerados normas legales, puesto que no emanan de una autoridad estatal, no han surgido de ningún Parlamento, que son los titulares del poder legislativo. Los Estados tampoco se han puesto de acuerdo en ningún momento para recoger dichos términos en Tratado internacional alguno que luego debiera incorporarse a los ordenamientos nacionales mediante instrumentos de adhesión. La Ley es un producto de los Estados, y las autoridades estatales no han intervenido en la elaboración de los Incoterms, ni les han otorgado imperatividad. Estos términos han sido elaborados por un organismo privado, la Cámara de Comercio Internacional, la cual, en su día se basó en unos usos del comercio que gozaban de amplia difusión, los recopiló, y los fue modificando y actualizando con el paso del tiempo.

²⁷⁰ ROSELLÓ CONDE, Ángel y LOPEZ ESPEJO, Carmen, op. cit., separatas I y II.

²⁷¹ La CCI intenta con la elaboración de tales instrumentos concretar con claridad el significado de los principales términos utilizados en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, especificando los derechos y obligaciones de las partes bajo cada uno de ellos. Se trata, pues, de términos uniformes aplicables a la compraventa internacional de mercaderías exclusivamente, no al contrato de transporte, aun cuando incorporen obligaciones respecto del mismo. El carácter de los Incoterms es meramente facultativo, dependiendo su aplicación de la voluntad de las partes. Se trata de un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional; reglas que, a pesar de tal calificación, poseen, en rigor, un carácter puramente contractual, por cuanto las partes, en cada contrato, las admiten o rechazan de común acuerdo, ya ocurra esta aceptación de forma directa o indirecta. Cuestión distinta es que su generalizada utilización y la gran difusión con que cuentan hoy les haya supuesto un valor considerable, superior al meramente contractual, en la medida en que todos los participantes en el comercio internacional conocen su existencia y su significado. Por eso se ha llegado a sostener que si en un primer momento se limitaron a ser criterios a través de los cuales se interpretaba el alcance de la voluntad general, hoy, en función de la internacionalización del comercio, constituyen auténticas normas reguladoras del mismo. En tales términos se expresa FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, en *“Ius Mercatorum. Autoregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales”*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, pág. 149.

Aunque es frecuente que se aluda a ellos como <<usos formulados>> de la práctica internacional, no se trata de normas consuetudinarias en sentido estricto, ni tampoco de usos²⁷². Los usos se caracterizan por su espontaneidad, cosa evidente en su elaboración. Se trata de una práctica social espontánea. Pero esta definición no le termina de cuadrar a los Incoterms. Ciertamente, la labor formuladora de la Cámara de Comercio Internacional de París no se limita, como ocurre en los viejos usos mercantiles, a constatar o fijar por escrito unos ya existentes, sino que se trata de una recopilación comparativa de las diversas cláusulas de estilo ya existentes en los diversos países que luego se somete a una operación lógica de reducción a común denominador a fin de mostrar el núcleo interpretativo común que se advierte en ellas; operación en la que, cuando se estima preciso para el mayor equilibrio de los intereses implicados, pueden hasta introducirse correcciones que alteran o modifican el significado primitivo²⁷³. 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. 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. No suponen tanto la codificación de la costumbre existente como la génesis de una nueva práctica que podrá devenir una costumbre internacional. Efectivamente, con el transcurso del tiempo y en la medida en que esta formulación resulte adecuada y responda a las exigencias del tráfico internacional, puede producirse una consolidación de tales usos formulados, lo que eventualmente puede desembocar en una verdadera costumbre internacional uniforme. Pero por el momento este no es el caso. A día de hoy sólo la voluntad de las partes contratantes puede hacer que los Incoterms se incorporen a la relación contractual individual.

Los Incoterms son unas normas un tanto *sui generis*. Carecen de fuerza normativa, dado que no emanan de una autoridad estatal ni se han incorporado al ordenamiento jurídico mediante el proceso correspondiente. A pesar de basarse en usos del comercio²⁷⁴, no son normas consuetudinarias propiamente dichas. Son normas elaboradas por un organismo privado, la C.C.I., la cual se basó en unos usos del comercio preexistentes, unas normas que además ha ido actualizando con el paso de los años, basándose en su aceptación por parte de los operadores comerciales, pero los Incoterms no constituyen una costumbre en sentido estricto, aunque presenta similitudes con este tipo de normas. Dado que estos términos no son ni leyes ni costumbres, carecen de imperatividad en sentido amplio. Sólo son aplicables

²⁷² En nuestro sistema jurídico, el orden de prelación de fuentes del Derecho Mercantil establece que los actos de comercio se regirán por la ley, los usos del comercio y los principios generales del Derecho. Se trata de una de las manifestaciones del principio de legalidad de nuestro sistema, según el cual la fuente principal del derecho son las propias leyes, después la costumbre o usos mercantiles y, en último lugar, los principios generales del Derecho. Dado que los incoterms son normas nacidas de un organismo privado y, en consecuencia, no puede considerarse que estén dotadas de las características necesarias para equipararlas a las leyes o costumbres, la doctrina las ha englobado dentro de la categoría de usos mercantiles. Es así porque la práctica diaria ha superado con creces las expectativas de los legisladores. De todos modos, esos usos mercantiles no lo son propiamente respecto a los incoterms, porque para poder aplicarlos se deberá haber producido una expresa remisión en el contrato de compraventa. Esta remisión pone en duda el citado carácter de usos de comercio, tal como afirma PALMÉS COMBALIA, Remingi, op. cit., pág. 216.

²⁷³ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, op. cit., págs. 198 y ss.

²⁷⁴ No olvidemos que el artículo 1 del Código Civil considera fuentes del derecho la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

por la voluntad de las partes, solamente son obligatorias para las partes de un contrato de compraventa que voluntariamente consientan en regirse por ellas.

9.2.2 El alcance de la autonomía de la voluntad en los Incoterms

Por otra parte, se hace patente la importancia que la autonomía de la voluntad tiene en la aplicación de los Incoterms. Estas cláusulas dependen para su aplicación de la voluntad de las partes, que son quienes deciden si esa norma es adecuada para sus intereses. Para que un incoterm regule las relaciones entre las partes de una compraventa, es necesario que éstas se refieran los Incoterms 2010 (o alguna versión anterior) de la Cámara de Comercio Internacional. Sirva como ejemplo la recomendación de la Cámara de Comercio Internacional de que si las partes pretenden valerse de los Incoterms deberán hacer referencia expresa a los mismos en sus contratos²⁷⁵.

Ciertamente, ya se ha aludido en este estudio cómo la autonomía de la voluntad suple, o al menos puede ayudar a suplir aquellas cuestiones cuya realidad es demasiado compleja para una regulación uniforme. La compraventa, una institución que a primera vista no debería plantear demasiados interrogantes, puede complicarse hasta extremos insospechados por razón de la variedad casi infinita que pueden presentar sus partes, su objeto y el alcance de las obligaciones que de ella emanan. A esta complejidad inherente cabe sumar la dificultad de entendimiento entre ordenamientos y tradiciones jurídicas diversas cuando se trata de una compraventa internacional. Por ello resulta conveniente que el legislador, ya sea nacional o internacional, permita que los particulares organicen su actividad económica con cierta autonomía, permitiéndoles escoger, entre diversos instrumentos jurídicos, una opción a la medida de sus necesidades.

Como ya se ha dicho, en cuestión de compraventa, y más si nos referimos a la compraventa marítima, existen pocas normas legales imperativas, y esta es una situación que se repite en la mayoría de países de nuestro entorno. En este tipo de relaciones rige principalmente el principio de libertad contractual. Las disposiciones no se imponen más que en razón de su utilidad. Nadie está obligado a usarlos, pero su utilización resulta muy práctica. Se trata de un instrumento, especialmente centrado en las ventas marítimas, al que las partes pueden acudir si lo consideran adecuado para, nunca mejor dicho, llevar a buen puerto la consecución de sus objetivos. Las leyes que se promulgan al respecto suelen ser dispositivas y se aplican en defecto de previsión de las partes. Por si esto fuera poco, también les está permitido a los contratantes introducir modificaciones contractuales en los Incoterms, aunque hay que decir que en ocasiones esta posibilidad provoca cierta “desvirtuación” de los mismos.

Ciertamente, aunque se pueden añadir coletillas o especificaciones al incoterm pactado, es aconsejable huir de estas prácticas y tratar de elegir un incoterm que se adapte lo mejor posible a nuestras necesidades, con el fin de evitar posibles contradicciones. El uso

²⁷⁵ En el laudo dictado en el asunto CCI 6754/1993 (JDI, 1995, p. 1009) el Tribunal Arbitral entendió que la ausencia de referencia a los Incoterms y la no verificación de su utilización generalizada en un concreto sector impide su aplicación.

incorrecto de los Incoterms puede, aunque no lo parezca, acarrear consecuencias indeseables. A pesar de que en ocasiones ciertos operadores del tráfico internacional de mercaderías afirmen que en su práctica habitual han utilizado los Incoterms de manera inadecuada o inexacta sin que por ello se produjeran graves incidentes, conviene matizar esta clase de afirmaciones. Si bien es posible la modificación de los Incoterms vía contractual, existen motivos que aconsejan su correcta observancia. En primer lugar, por motivos de reducción de costes. La planificación logística y el conocimiento de las variables que intervienen en la cadena de transporte contribuyen de manera palpable a la reducción de costes. Elegir el mejor modo de transporte y el punto de cesión adecuado de los costes para cada operación constituyen decisiones necesarias si aspiramos a obtener procesos logísticos eficientes y eficaces. Esto a su vez se traducirá en reducciones de tiempo significativas y en unos precios más competitivos. Una gestión ineficiente solo puede perjudicar a las empresas, que si aspiran a mantenerse en el mercado no pueden permitirse pérdidas innecesarias. La información que nos brinda el conocimiento de los Incoterms y de los procesos logísticos referidos a una compraventa internacional nos permitirá una mayor competitividad, dado que desde el principio conoceremos cuales son nuestras metas y los mejores medios para llevar a cabo la operación. En segundo lugar, a un operador le conviene utilizar de manera adecuada los Incoterms por motivos de protección jurídica. La incorrecta utilización de los Incoterms puede llegar a suponer un incumplimiento contractual. Pongamos por caso que en una compraventa internacional pactamos el incoterm CIF, pero que al enviar la mercancía al lugar de destino utilizamos un camión o un tren en vez de un barco. El comprador podría demandar al vendedor por incumplir el contrato, ya que pactando una cláusula CIF estamos obligados a remitir la mercancía por barco. En tercer lugar, debemos tomar en consideración que el hecho de conocer los Incoterms y el proceso logístico de una operación comercial internacional también reduce significativamente los riesgos que puede sufrir la mercancía. Resulta fundamental elegir correctamente en cuestiones como el embalaje, el medio de transporte y el transportista, la ruta a seguir o el seguro de la mercancía, dado que con ello nos aseguramos una mejor seguridad en la cadena de transporte, limitando con ello los riesgos logísticos y económicos de la operación y, con ello, logrando una mayor rentabilidad. Por último, aunque no por ello menos importante, no debemos menospreciar el valor que el uso adecuado de los instrumentos del comercio internacional puede tener en términos de coherencia profesional y credibilidad de aquellos agentes que intervienen en las compraventas internacionales.

Por todo lo visto, desde una perspectiva tradicional de las fuentes del derecho, cabe sostener que la naturaleza de los Incoterms es contractual y no normativa. A pesar de ello, esa ausencia de carácter normativo no supone una merma en la importancia de los Incoterms en la práctica internacional²⁷⁶. La escasez de normas que regulan el comercio

²⁷⁶ Los Incoterms, entendidos así, constituyen fuente de derecho como usos y costumbres en un determinado marco contractual, el de la compraventa internacional, pero no se han plasmado en el Derecho Positivo de ninguno de los países en los que se utilizan. Se trata de cláusulas que se incorporan al contrato de compraventa internacional, que para ser consideradas y, por tanto, vinculantes, han de ser expresamente aceptadas por las partes intervinientes, pudiéndose negociar estas predeterminadas o cualesquiera otras. Huelga decir que son precisamente su uso y aceptación generalizada en todo el mundo, los que aconsejan su utilización para evitar entrar en un proceso de inadecuadas interpretaciones, tal como afirman ROSELLÓ CONDE, Ángel y LOPEZ ESPEJO, Carmen, op. cit., separata I.

internacional, unido al carácter general y a menudo dispositivo de las mismas, hacen que las recopilaciones y codificaciones de prácticas y formularios, como es el caso de los Incoterms, tengan una gran difusión y aceptación. Nos encontramos ante un claro ejemplo de cómo unas cláusulas, a pesar de carecer de valor normativo, gozan de gran aceptación por su calidad y sentido práctico, además de paliar en gran medida las limitaciones de las normas que regulan los intercambios comerciales internacionales.

9.2.3 Los Incoterms frente a la Convención de Viena de 1980

A la vista de las fuentes del derecho que disciplinan la compraventa internacional, podría surgir la duda acerca de si en un futuro la Convención de Viena de 1980, de la que ya hemos hablado, llegase a hacer innecesarios los Incoterms. Después de examinar ambas regulaciones, no creo que este riesgo llegue a materializarse, al menos a corto plazo²⁷⁷. Como ya vimos, la Convención de Viena no regula todas las materias referidas a la compraventa. Las materias reguladas por la Convención son la perfección o formación del contrato, las obligaciones del vendedor y del comprador, la no conformidad de la entrega y la transmisión del riesgo de la cosa. Por otra parte, no se regulan el régimen de nulidad del

²⁷⁷ En opinión de SAN JUAN CRUCELAEGUI, si dejamos a un lado ciertas Convenciones internacionales que alcanzaron escaso eco, el primer verdadero instrumento del que dispusieron los participantes en el comercio internacional estuvo constituido por los Términos Internacionales de Comercio (*Incoterms*) publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París y que han alcanzado prestigio y amplísima difusión. Sin embargo, los *Incoterms*, en virtud de la fuente de la que emanan, carente de potestad normativa, carecen de fuerza obligacional y su utilización depende de la voluntad de las partes del contrato. Estos términos contemplan aspectos parciales y determinados de entre los que afectan a la regulación del contrato de compraventa internacional pues se refieren, únicamente, a la cuestión relativa a la transmisión del riesgo que puede afectar a las cosas o mercancías objeto del contrato de compraventa, sin entrar en la regulación de otras cuestiones de relevancia tales como la perfección del contrato, las obligaciones de las partes o la resolución del contrato. Largamente asentados y utilizados por quienes concluyen contratos internacionales de compraventa, establecen diversos momentos, entre los cuales deberán elegir las partes del contrato, en los cuales se opera la entrega de la cosa objeto del contrato por el vendedor al comprador. Esta fijación del momento en que tiene lugar la puesta a disposición de la mercancía determina, asimismo, la transmisión de los riesgos y los gastos. Su utilidad ha quedado ampliamente puesta de manifiesto salvando, al respecto, las diferencias normativas entre los distintos ordenamientos internos. En opinión del autor La Convención de Viena en modo alguno pretende el arrinconamiento de los *Incoterms*, ni en ningún momento entra en colisión con los mismos, ni impide su utilización en grado alguno. Antes bien, más parece ofrecerles un espaldarazo y pretender una colaboración entre ambos textos que aparecen dibujados como complementarios. La existencia de los citados textos de nacimiento o producción anteriores a la Convención ha sido escrupulosamente respetada por esta última. Por tanto, su vigencia o utilización por las partes del contrato de compraventa internacional es, no ya sólo plenamente posible, sino que resulta precisamente pretendida o protegida por la Convención, la cual responde a una finalidad de utilización conjunta y complementaria de los diversos textos. Así, por ejemplo, las disposiciones de la Convención en lo relativo a la transmisión del riesgo que puede afectar a las mercancías vendidas, cuestión esta tradicional y únicamente regulada de manera uniforme por los *Incoterms*, no sólo no impiden sino que, más bien, parecen propiciar el recurso a los mismos. Todo ello viene a poner de manifiesto la vocación de la Convención consistente en la búsqueda de una integración de los diversos textos existentes en la regulación de la compraventa internacional. La existencia al día de hoy de tal cuerpo de derecho uniforme y sustantivo para la regulación del contrato de compraventa internacional no implica una regulación jurídica completa y autónoma de dicho contrato. Por el contrario, dicha existente regulación no es completa ni interpretativa, pues su aplicación no se impone a la voluntad de las partes. Al respecto, véase SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier, op. cit., págs. 198 a 200.

contrato, ni la transmisión de la propiedad de las mercancías ni el régimen de responsabilidad del fabricante por defectos de los productos. Estas materias se regularán por la ley nacional aplicable al contrato. Por este motivo, aunque este texto se aplique, necesariamente deberá servirse de otras normas que colmen esas lagunas. Además, el artículo 6 del convenio consagra el carácter dispositivo del mismo. Un carácter necesario, dado que la generalidad y abstracción que son la seña de identidad de la disciplina de la compraventa internacional de mercaderías hacen necesario que una norma que se pretende sea de alcance universal ceda en muchos aspectos a la voluntad de los contratantes, ante la dificultad de encontrar un consenso entre los Estados. Dicho de otro modo, la rigidez no está en consonancia con las exigencias, siempre cambiantes, del comercio internacional. El apoyo a la voluntad de las partes permite que los Incoterms prevalezcan sobre la práctica local, sobre los preceptos dispositivos de las leyes estatales y también sobre la disciplina uniforme de carácter legislativo relativa a la compraventa internacional²⁷⁸. En mi opinión, la autonomía de la voluntad, que es el santo y seña de la compraventa internacional de mercancías, permite una coexistencia pacífica de ambas normativas, pudiendo elegir las partes aquella que mejor cumpla sus expectativas y se adapte a sus necesidades y, llegado el caso, influir la una en la otra²⁷⁹.

²⁷⁸ La regulación que ofrecen los Incoterms se limita a ciertos aspectos de gran relevancia práctica de la compraventa internacional. Es por ello que estos términos regulan sólo de manera parcial la compraventa, sin resolver de manera completa todos los extremos de los diversos institutos que caen dentro de su ámbito de aplicación. Sin embargo, no se puede afirmar que no exista una estrecha relación entre los Incoterms y la Convención de Viena. Es cierto que el pacto que establecen las partes y en el cual se resuelven ciertos aspectos de su relación contractual haciendo referencia a los Incoterms produce una verdadera derogación de la Convención de Viena, en virtud de lo establecido en el artículo 9.1 de la misma. La incorporación al contrato de un término comercial deroga las normas de la Convención de Viena en la medida en que exista incompatibilidad entre sus regulaciones. Y aún así, en aquellos aspectos en que los términos comerciales no consideren regulación, la Convención despliega de manera íntegra su validez normativa. Por ello, aunque la inclusión de un término comercial uniforme al contrato deroga las normas de la Convención de Viena respecto de las materias reguladas en ellos, en aquellos aspectos en que la regulación de dichos términos sea insuficiente, cobra entera vigencia la Convención, por lo que deben aplicarse sus normas. En cierto modo, parece como si los Incoterms y la Convención de Viena se necesitaran el uno al otro para paliar sus respectivas lagunas. Para más información, ver LOO GUTIÉRREZ, Martín, *“Incumplimiento Contractual en el Ámbito de la Compraventa Internacional y el Transporte Marítimo”*, ed. LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, págs. 83 y ss.

²⁷⁹ Aparte del papel que la Convención de Viena (CISG) atribuye tanto a las prácticas establecidas entre las partes como a los usos de comercio (Artículo 9), en algunos casos se han establecido analogías entre la CISG y la codificación de los usos de comercio existentes. Esto es particularmente cierto cuando nos referimos a la interacción entre la CISG y los Incoterms. Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de enero del 2003, en la cual se hacía referencia a ese problema y que afirmaba que el término acordado "Ex WORKS CHARGES " se encuentra definido en los Incoterms 1990, los cuales se definen en conformidad con los usos recogidos en la CISG. Aunque no se trata de una declaración muy clara, parece ser que la corte consideró que la CISG fue una fuente de inspiración para los Incoterms 1990. Sin embargo, es más bien al contrario. Es bien sabido que las reglas de la CISG relativas a la transmisión del riesgo (Artículos 66-70) reflejan las soluciones comúnmente adoptadas en los Incoterms. Podría ser que el tribunal no fuera totalmente consciente de las versiones anteriores de los Incoterms. En opinión de los autores del siguiente libro, la interpretación de los términos comerciales acordada por las partes (por ejemplo, términos FOB o CIF) tiene que ser realizada basándose tanto en los Incoterms de la CCI como en la CISG. Esta visión es compartida por lo menos por otro tribunal, la Audiencia Provincial de Murcia, en su sentencia de 18 de junio del 2001, en la que se interpretó una cláusula "Ex fábrica Caravaca (Murcia)", establecida de mutuo acuerdo por las partes el 5 de julio de 1999, de acuerdo con el Artículo 31 de la CISG. Véase A.A.V.V., *“Quo Vadis CISG”*, editado por Franco Ferrari, Bélgica, 2005, págs. 242 y 243.

Al examinar estas normas, uno se da cuenta de hasta qué punto pueden llegar a ser difíciles de equilibrar las exigencias del comercio internacional. Por un lado, ya hemos destacado que la compraventa, y sobre todo en su vertiente internacional, necesita de un elevado grado de seguridad jurídica. Si admitimos que el comercio contribuye a elevar el bienestar de las personas y que por lo tanto su principal manifestación jurídica, el contrato de compraventa, merece una especial atención y desarrollo normativo en aras de su mejor funcionamiento, nos encontraremos con el problema de dotar de contenido a esas normas. No se puede pasar por alto hoy en día que la globalización y la internacionalización impregnan el comercio, por lo que toda norma que se haga deberá forzosamente tener en cuenta los intereses de territorios con unas necesidades y posibilidades económicas dispares. Y en eso radica la cuestión. El principal problema a la hora de redactar esas reglas, consiste en armonizar realidades económicas diversas, ya que siempre ha habido y habrá economías más avanzadas que otras. Cuando se redactan los convenios, a menudo se tiende a primar los intereses de las economías más fuertes sobre las más débiles, ya que las primeras tienen más influencia para imponer sus criterios. Por algo estos convenios internacionales sobre la compraventa acostumbran a ser acuerdos de mínimos, porque ningún país se comprometerá a firmar un tratado que le perjudique si puede evitarlo. Cuanto más se concrete uno de estos tratados, mayor es el riesgo de que se trate de una visión parcial de la compraventa, la cual beneficiará en exceso a una de las partes del convenio en detrimento de las demás. Por otra parte, si no concretamos lo suficiente, corremos el peligro de caer en el extremo contrario y crear una norma vacía de contenido que no aporte seguridad jurídica alguna, motivo por el cual los Estados se han visto obligados a permitir un amplio margen a la autonomía de la voluntad para paliar la falta de consenso internacional. Así pues, nos encontramos con que el perfeccionamiento de dichas normas nos permitirá contribuir en cierta medida a reducir la desigual distribución de la riqueza, sin olvidar que el comercio no es la única variable económica a tener en cuenta (mercado de capitales, mercado laboral, etc.). Cuando nos enfrentamos al problema de regular la vertiente internacional del comercio, siempre nos encontraremos con el dilema de cómo puede una sola norma o grupo de normas valer para territorios económicamente dispares. En realidad podría decirse que armonizar todo esto es un problema sin solución, aunque yo prefiero pensar que se trata más bien de un problema cuya solución puede perfeccionarse indefinidamente, en buena medida gracias a la autonomía de la voluntad.

9.3 Concepto y objeto

Como ya conocemos, los Incoterms nacen en 1936, en el seno de la Cámara de Comercio Internacional, con la intención de tipificar los términos comerciales utilizados en las transacciones comerciales de bienes, para así crear un sistema homogéneo de interpretación y evitar de esta forma los malos entendidos entre los diferentes operadores económicos²⁸⁰.

²⁸⁰ Estos Incoterms, elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, constituyen unas reglas internacionales de interpretación de los términos comerciales en uso en la negociación internacional. Se distinguen por unas abreviaciones o anagramas que entrañan un conjunto de normas uniformes, de general aceptación, que fijan las condiciones pactadas en los contratos de compra-venta. Entre las más conocidas y usuales, casi podríamos decir clásicas o básicas, están las condiciones FOB (del inglés Free on Board = libre a bordo), CIF (del inglés Cost Insurance Freight = coste, seguro y flete), C y F (Cost and Freight = coste y flete)

Al estar éstos ubicados en países diversos, con costumbres, idiomas y culturas económicas dispares, resulta lógico que tengan distintos conceptos en temas tales como la entrega de la mercancía, quién debe hacerse cargo del contrato transporte, hasta dónde debía cubrir cada uno sus riesgos en la operación, etcétera. Los Incoterms se crearon para reducir la litigiosidad derivada de estos asuntos, de manera que los enfrentamientos no limitaran o impidieran que el proceso de compraventa llegara a buen término. Se trata de unos términos comerciales utilizados a escala mundial en los contratos de compraventa internacional de mercancías, que permiten a las partes contratantes conocer de manera concreta y concisa el alcance de sus respectivas obligaciones y, muy importante, saber el momento en que los riesgos y los gastos de la operación dejan de ser por cuenta del vendedor y son asumidos por el comprador, como consecuencia de la entrega o puesta a disposición de las mercancías. El momento de la entrega es uno de los ejes en los que se asienta la disciplina de los Incoterms. Cada término establece un momento de entrega distinto, y dependiendo de cuándo se produzca, la transmisión de riesgos y costes se producirá en una fase más temprana o más tardía en el proceso de compraventa, alterando a su vez las obligaciones accesorias de las partes, como pueden ser el transporte o el seguro.

Estos términos comerciales resultan de gran utilidad en el tráfico mercantil, dado que evitan en muchos casos la incertidumbre que a los comerciantes les produce el hecho de que no todas las legislaciones traten de la misma manera el contrato de compraventa, especialmente en lo que se refiere a cuestiones como la transmisión de la propiedad y los riesgos de la operación. Por otra parte, hay que mencionar que estos términos tienen una gran trascendencia práctica, al existir la obligación de reflejarlos en la distinta documentación aduanera y mercantil que los importadores y exportadores han de cumplimentar con motivo de sus operaciones comerciales internacionales.

En lo que respecta al derecho de propiedad en las compraventas internacionales, éste ha dependido tradicionalmente de los principios informadores del Derecho interno de cada país, dado que existen legislaciones basadas en el principio jurídico de que la propiedad se transmite del vendedor al comprador con el acuerdo de voluntades, sin que se produzca la entrega o “traditio”, en contraposición a aquellas que condicionan la transmisión de la propiedad al acto de entrega²⁸¹.

y FIO (del inglés Free In Out = libre en carga y descarga). Véase MOLINS FERNÁNDEZ, Antonio, op. cit., pág. 4.

²⁸¹ Ejemplos claros de esta dualidad son, por un lado, el Código Civil francés, cuyo artículo 1583 establece: <<La venta se perfecciona entre las partes y la propiedad se adquiere legalmente por el comprador del vendedor desde que existe acuerdo acerca de la cosa y del precio, aunque la cosa no haya sido aún entregada ni el precio pagado>>. Por otro lado, el artículo 433 del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch) establece que: <<Por el contrato de venta, el vendedor de una cosa está obligado a efectuar la entrega al comprador y a transmitirle la propiedad... El comprador está obligado a pagar el precio de la venta convenido y a recibir la cosa vendida>>. El artículo 929 del mismo Código establece que <<para transmitir propiedad de una cosa mueble, es preciso que el propietario efectúe la entrega de la cosa adquirente, y que exista por ambas partes acuerdo de voluntades para que se realice la transferencia>>. Al respecto, véase GUARDIOLA SACARRERA, Enrique, “Incoterms 1990”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Il·lustre Col·legi d’Advocats de Barcelona i Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya (editores), año XC, núm. 3, Barcelona, 1991, pág. 818.

La transmisión de la propiedad de la cosa vendida por parte del vendedor a favor del comprador acostumbra a ir acompañada de la asunción de riesgos por parte de éste en virtud del principio jurídico <<res perit domino>>. Según este principio, es el ordenamiento jurídico de cada país el que determinará si la propiedad y los riesgos son asumidos por el comprador desde que se produce el acuerdo de voluntades o desde que tiene lugar la entrega.

Ya se vio en anteriores capítulos la dificultad que ha existido a nivel internacional para unificar las cuestiones relativas al derecho de propiedad. De hecho, los propios Incoterms no hacen referencia a esta cuestión, que ha sido siempre objeto de reenvío a los respectivos ordenamientos jurídicos internos, aunque no cabe afirmar lo mismo de la transmisión de riesgos en la compraventa internacional²⁸².

En la práctica comercial internacional tiene una enorme importancia poder determinar en qué momento se produce la transmisión de riesgos de la operación del vendedor al comprador, como momento clave para averiguar quién de ellos debe soportar las consecuencias del perjuicio que haya podido sufrir la cosa objeto de compraventa (daños, pérdidas, etcétera)²⁸³. En cualquier contrato de compraventa, las mercancías pueden

²⁸² Sirva como ejemplo de ello la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 52/2006 de 31 de enero (JUR 2008/63867), en la que se hace referencia a la legislación civil española para establecer la traslación de dominio en una compraventa celebrada en condiciones FOB: "puede comenzarse recordando que del artículo 1445 CC se deducen los requisitos esenciales del contrato de compraventa que, en síntesis, son los siguientes: a) es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento, como resulta de la expresión "se obliga» y del artículo 1450, el cual dispone que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado; b) es un contrato bilateral, pues de él nacen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes; c) es un contrato oneroso, por la correspondencia entre las contraprestaciones de las partes; y d) es traslativo de dominio, en el sentido de que sirve de título para adquirir el dominio de la cosa vendida, de conformidad con la doctrina del título y del modo seguida por el Código Civil (artículos 609 y 1095) -en dicho sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 521/2002, de 3 de junio -. Así pues, el contrato de compraventa celebrado constituye justo título para que posteriormente se produzca la transmisión del bien y el pago del mismo, pues como hemos adelantado dado el carácter consensual de la compraventa, su validez o eficacia obligacional no requieren forma especial alguna, ni tampoco la entrega de la cosa o el precio. Dicho lo anterior cabe, dando un paso más, afirmar que la obligación principal del vendedor es la entrega de la cosa vendida (artículo 1461 CC), momento en el que, como regla general, el comprador adquiere su propiedad -el artículo 609.2 CC dispone que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencias de ciertos contratos mediante la tradición-. Así, como señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, 1002/1993, de 2 noviembre, la "traditio" o modo se constituye en el requisito ineludible para que el título que no produce más que efectos meramente obligacionales, pueda desplegar eficacia traslativa del dominio -artículos 609 y 1095 del Código Civil -."

²⁸³ En opinión de ALCOVER GARAU, el instituto del riesgo en el contrato de compraventa es fuente de frecuentes paradojas, la primera de las cuales surge ya al inicio de su estudio. En efecto, el tema del riesgo, pese a haber sido caracterizado a lo largo de su dilatada evolución histórica como problemático (hasta el punto de afirmarse que <<from Justinian to Rabel the passing of risk has been a controversial problem in the contract of sale>> o que la regla romana del *periculum est emptoris* ha atormentado a varias generaciones de juristas), parece en una primera aproximación plantear una cuestión jurídica sencilla, que se puede esquematizar de la siguiente manera: puede suceder que en el contrato de compraventa entre la perfección del mismo y su cumplimiento o entrega, las mercancías vendidas se pierdan o deterioren sin culpa del vendedor. Ante este evento dañoso caben tradicionalmente dos soluciones: o bien el vendedor se queda sin la mercadería, o con la mercadería deteriorada, y sin el precio, o bien el comprador paga el precio en su

perderse o sufrir desperfectos sin que exista culpa por parte del vendedor. Cuando se da uno de estos casos, una de las partes, ya sea el comprador o el vendedor, no cumple sus expectativas de negocio. En ese momento debemos hacernos la siguiente pregunta: ¿debe o no debe el comprador, pese al incumplimiento no culpable del vendedor, provocado por la pérdida o el deterioro del objeto de su prestación, pagar en su integridad el precio? Si respondemos que sí, el comprador soporta el riesgo, si es al contrario, el riesgo lo soporta el vendedor. Una vez aclarado esto, resultará esencial en cada operación de compraventa concretar, establecer en qué momento se transmite el riesgo de la esfera del vendedor a la del comprador²⁸⁴. En los Incoterms, dependiendo de cual se elija, esta transmisión se efectuará en un momento u otro, siendo el momento de entrega el eje a través del cual se decidirá esa transmisión²⁸⁵. La gran variedad de soluciones que daban en la práctica

integridad sin recibir a cambio la mercadería, o recibéndola deteriorada. Por tanto, se observa que la cuestión se centra en el destino final del precio, de la contraprestación: ¿debe o no el comprador pese al incumplimiento no culpable del vendedor causado por la pérdida o el deterioro del objeto de su prestación pagar en su integridad el precio? Si la respuesta es afirmativa, se dice que soporta el riesgo; si negativa, que lo soporta el vendedor. Y lo esencial será decidir a partir de qué momento aquel debe pagar el precio pese a no recibir la cosa, o recibirla deteriorada, o sea, determinar el momento de la transmisión del riesgo de la esfera del vendedor a la del comprador. Pero es precisamente en la fijación de dicho momento donde aparece la polémica que desde siempre ha envuelto a esta cuestión, polémica que ha adquirido una importancia tal que, y aunque esta afirmación parezca en este momento exagerada, no es fácil encontrar un instituto jurídico que haya tenido y tenga más trascendencia en el contrato de compraventa, tanto interna como internacional, como el del riesgo de la contraprestación o del precio. Así, se pondrá de relieve una característica constante del riesgo del precio a través de su larga evolución histórica que revelará su destacada significación jurídica, la de haber sido la causa de que institutos jurídicos centrales de la compraventa evolucionen o se transformen bajo su atrayente influencia. Véase ALCOVER GARAU, Guillermo, op. cit., págs. 23 y 24.

²⁸⁴ El concepto de riesgo y cuál será la parte que lo sufra, es un problema de extrema importancia que preocupa a ambas partes en un contrato de compraventa. La razón de su importancia es su naturaleza peculiar, la cual podría provocar ciertos efectos injustos y obligar al comprador a pagar el precio por las mercancías, aun cuando se hubieran perdido o dañado por una causa no relacionada con una acción u omisión de la parte. Por consiguiente, debido a su naturaleza y sobre todo debido a sus consecuencias, normalmente las partes llegarán a acuerdos específicos en su contrato que regulen la transmisión del riesgo, o acordar de manera expresa o implícita la utilización de términos comerciales estándar. En el raro caso de no existir ningún acuerdo previo, entonces serán las leyes nacionales o las convenciones internacionales que regulan la materia las que se aplicarán. Las principales preocupaciones de las partes son el momento de transmisión del riesgo del vendedor al comprador y si existe algún caso en el que se pudieran suavizar las consecuencias de la transmisión del riesgo, por ejemplo si la parte pudiera exigir alguna compensación por su pérdida a pesar del traspaso del riesgo. Véase VALIOTI, Zoi, “*Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) and INCOTERMS 2000*”, Nordic Journal of Commercial Law, edición digital, pág. 3.

²⁸⁵ Como afirma ALCOVER GARAU, en el tráfico mercantil internacional han aparecido una extensa serie de términos comerciales, que son cláusulas y reglas interpretativas que regulan la entrega de la cosa con especial referencia a su procedimiento y a su régimen de riesgos. Estos términos aparecen cuando los comerciantes se refieren a los diversos tipos de compraventa desarrollados más corrientemente en la práctica comercial mediante la utilización de palabras e incluso de unas siglas (CIF, FOB, <<ex ship>>...). De este modo, es suficiente que las partes se refieran a un término comercial para que de manera automática se encuentren incorporadas al contrato todas las cláusulas que, en virtud de los usos, están comprendidas dentro del tipo de venta designado por el término. Ahora bien, en el pasado existían fuertes discrepancias entre estos términos, variando su interpretación de sector a sector o de plaza a plaza, por lo que la situación creada, a juicio del autor, tenía visos de auténtica anarquía. Debido a ello, desde varias instancias se adoptaron criterios unificadores, entre los que cabe destacar los esfuerzos de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que elaboró a estos efectos los Incoterms, cuyo objetivo es facilitar un conjunto de reglas de carácter facultativo que determinan la interpretación de los principales términos comerciales utilizados en el contrato de

comercial internacional podía provocar cierta confusión en las partes a este respecto. Éste fue uno de los motivos que impulsó a la Cámara de Comercio Internacional a recopilar los Incoterms, a revisarlos y actualizarlos de manera periódica, hasta llegar a ser universalmente aceptados.

Podemos, pues, definir los Incoterms como reglas uniformes para la interpretación de los términos más usuales en las compraventas internacionales. El objeto de estas reglas ha sido y es a menudo fuente de cierta confusión. Es importante clarificar que el objeto de los Incoterms es el contrato de compraventa²⁸⁶. Estas normas emanadas de la Cámara de Comercio Internacional regulan exclusivamente las obligaciones que conforman la relación contractual entre el vendedor y el comprador²⁸⁷. Muchas veces se comete el error de identificar los Incoterms con el contrato de transporte o de seguro. Ésta es una equivocación que debe evitarse, dado que los Incoterms se refieren exclusivamente a la interpretación de los términos comerciales de transacciones mercantiles en el ámbito internacional. Estas normas de interpretación sólo afectan a la relación jurídica que se establece entre un comprador y un vendedor en el marco de un contrato de compraventa²⁸⁸.

compraventa internacional de mercaderías. Por ello, los Incoterms definen una serie de términos comerciales que corresponden a las compraventas mercantiles más frecuentes y para cada uno de ellos fijan las obligaciones que incumben respectivamente al vendedor y al comprador. Véase ALCOVER GARAU, Guillermo, op. cit., pág. 46.

²⁸⁶ En cuanto a la naturaleza jurídica de estas reglas, conviene precisar que los Incoterms constituyen sólo una parte del contrato de compraventa. Mientras que el contrato de compraventa determina la cantidad, calidad, el precio, etc., los Incoterms tratan cuestiones relacionadas con la entrega de las mercancías. Como es lógico, los Incoterms no se incorporan al contrato de compraventa de la misma forma en que se aplica el derecho nacional o una convención internacional. En la mayor parte de las ocasiones se incorporan por referencia bien expresamente (por ejemplo, indicando que el contrato se rige por los INCOTERMS 2000, CCI, especificándose el término concreto) o implícitamente mediante su indicación en las condiciones generales de compra o venta. No obstante, podría suceder que se considere que estamos en presencia de un verdadero uso internacional, por lo que la simple referencia a un Incoterm, por ejemplo, CIF, La Coruña, implicaría la entrada de los Incoterms de la CCI. Al respecto, véase ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, op. cit., pág. 266.

²⁸⁷ Los *incoterms* pueden definirse como las reglas uniformes para la interpretación de los términos más usuales en las compraventas internacionales. Ante todo, hay que precisar que su objeto es el contrato de compraventa. A pesar de que la expresión *incoterms* significa <<términos del comercio internacional>> (*international commercial terms*), regulan de manera exclusiva las obligaciones que conforman la relación contractual entre el vendedor y el comprador. Es cierto que existen referencias a otras relaciones obligacionales, en especial el transporte y el seguro. Y también que las operaciones de venta internacionales son complejas, y que comportan la interrelación de contratos y personas diversas; en particular, normalmente vinculan la compraventa con el transporte de las mercancías, el seguro de los diversos riesgos generados y el crédito documentario que sirve para financiar la operación. Pero los *incoterms* no disciplinan esas relaciones tangenciales ni su normativa incide en la regulación jurídica de compraventa. Por otra parte, cabe subrayar que los *incoterms* no regulan todos los extremos de un contrato de compraventa, sino que se centran exclusivamente en determinadas obligaciones del vendedor y del comprador. Al respecto, véase GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “Los Incoterms 2000”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol XVII, 2000, págs. 235 y 236.

²⁸⁸ Con frecuencia se comete el error de identificar Incoterms con el contrato de transporte o seguro, y esto no debe ser así, dado que se refieren exclusivamente a una interpretación de los términos comerciales de transacciones mercantiles internacionales entre un comprador y un vendedor, no afectando a las relaciones que establezcan cualesquiera de las partes con los transportistas, sea cual fuere el medio de transporte utilizado. Cuestión aparte constituye la repercusión que ello pueda tener en ambos contratos. Si acontece un siniestro durante el transporte de la mercancía, será siempre la compañía de seguros la receptora del riesgo, esto es, a la que le es transferido, y por tanto, la que indemnizará acorde a las cláusulas de la póliza, o en su caso, a la normativa correspondiente, la suma que proceda al damnificado. Ello no es óbice para que en

A la vista de lo expuesto, podemos asumir que los problemas regulados por los Incoterms son fundamentalmente cuatro: la entrega de las mercancías, la transmisión de los riesgos, la distribución de los gastos y los trámites documentales.

En lo que respecta a la entrega de las mercancías, ésta constituye la primera de las obligaciones del vendedor, y debe ser efectuada de acuerdo con los términos del contrato de compraventa y proporcionando todos los documentos exigidos por el contrato en prueba de conformidad. El motivo de ello estriba en impedir que el vendedor se aproveche de la necesidad del comprador.

La transmisión de los riesgos, entendidos como la posibilidad de que se produzca un suceso que provoque la pérdida o el deterioro de las mercancías, es otro aspecto esencial de los Incoterms, y no debe confundirse con la transmisión de la propiedad, que debe tratarse en el marco de la ley que regule el contrato. Es importante resaltar que los riesgos se transmiten en el punto geográfico y en el momento cronológico que definan el contrato y el Incoterm que se haya elegido, siempre que la mercancía haya sido debidamente identificada o individualizada como la mercancía objeto del contrato. El punto geográfico puede ser la fábrica, el muelle, la borda del barco, etcétera, mientras que el momento cronológico se produce por el comienzo del plazo de entrega, en el marco del cual se va a efectuar ésta. La superposición de ambos requisitos produce de manera automática la transmisión de los riesgos.

La distribución de los gastos de transporte y de puesta a disposición de la mercancía en condiciones de entrega, así como los trámites documentales en fronteras constituyen problemas que son resueltos de manera heterodoxa en los diversos términos comerciales, repartiéndose estas obligaciones de una u otra manera entre el vendedor y el comprador, dependiendo del Incoterm que se haya escogido y lo que establezca el contrato de compraventa.

Por otra parte, el pago y sus modalidades no son objeto de regulación por parte de los Incoterms. Normalmente, éstos serán acordados entre el comprador y el vendedor. Asimismo, los Incoterms tampoco regulan el derecho aplicable a las cuestiones no reguladas por los propios Incoterms. Generalmente, a las partes les está permitido localizar su contrato dentro de un sistema jurídico determinado, pudiendo optar entre alternativas tales como el derecho del lugar de celebración del contrato, del lugar de ejecución del contrato, de la sede del árbitro o la ley nacional del vendedor o del comprador.

A pesar de que los Incoterms tengan por objeto exclusivamente el contrato de compraventa, ello no quiere decir que no se haga referencia a otras posibles relaciones contractuales, a menudo necesarias o al menos convenientes para que la compraventa pueda tener lugar. Nos referimos fundamentalmente a los contratos, accesorios de la compraventa, de seguro y de transporte.

función del Incoterm utilizado, determinada la causa del siniestro y una vez que se delimite quién detenta la responsabilidad de la mercancía en el momento en que el siniestro se produjo, la Aseguradora ejerza acciones para el recobro de la operación, siempre que el asegurado no sea el propio transportista. Véase ROSELLÓ CONDE, Ángel y LOPEZ ESPEJO, Carmen, op. cit. Separata II.

9.4 Contratos de compraventa, seguro y transporte: autonomía jurídica e influencia mutua

Ante todo, debemos establecer que el contrato de compraventa es una relación jurídica independiente de los demás contratos en que participan sus partes. Las ventas marítimas, como especialidad de la compraventa de plaza a plaza, constituyen operaciones de singular complejidad. Junto a la compraventa, que es el objeto de regulación de los Incoterms, aparecen un contrato de transporte, necesario para desplazar las mercancías del puerto de origen al de destino, un seguro, empleado para cubrir los riesgos que pueden darse en el transporte de las mercancías por mar, y un crédito documentario, mediante el cual se canaliza el pago. Entre todos estos contratos se producen interrelaciones que a menudo provocan cierta confusión en lo que respecta al objeto de los Incoterms, pero no debemos llamarnos a engaño. A pesar de todo, estos contratos conservan su autonomía jurídica. Con esto quiero decir que aunque *de facto* existan vínculos entre las relaciones jurídicas de compraventa, transporte, seguro y crédito, cada uno de estos contratos vincula exclusivamente a sus partes, de manera que su eficacia se limita a la propia relación contractual²⁸⁹.

El régimen de derechos y obligaciones de los Incoterms se refiere al contrato de compraventa. La cuestión es que para hacer efectivo ese contrato, para que las mercancías lleguen a su destino sin incidentes y se transmita la propiedad, los Incoterms suelen establecer obligaciones accesorias a las propias de la compraventa, como pueden ser concertar un contrato de transporte o de seguro. Estos contratos son accesorios a la obligación de compraventa, la complementan y sirven para que el desarrollo de la misma llegue a buen término. Por otra parte, la obligación que establecen los Incoterms es la de realizar esos contratos accesorios, pero sin entrar a regularlos. Las partes que estén obligadas a contratar un transporte o un seguro tienen libertad para establecer las condiciones de estos contratos. En este sentido podemos ver nuevamente reflejada la filosofía que rige los Incoterms, de la que ya hemos hablado y que consiste fundamentalmente en hacer de estas normas un instrumento de gran difusión, básicamente

²⁸⁹ Los transportes por mar realizan o, a menudo, preparan la ejecución de una venta. Aunque no es siempre así: hay mercancías que son transportadas por su propietario, el cual las cambia de lugar; otras mercancías son encaminadas para ser vendidas, pero no se trata todavía de venderlas en el momento de su transporte. Con todo, es corriente que un desplazamiento marítimo se corresponda con una venta ya concluida en el momento del transporte. El contrato de transporte aparece como económicamente accesorio del contrato de compraventa. Pero jurídicamente se trata de dos contratos diferenciados, y de ello se desprenden importantes consecuencias prácticas. Véase el siguiente ejemplo: un importador recibe unas mercancías compradas por él; dicho importador afirma que las mercancías se encuentran en mal estado y que no se corresponden con lo que había encargado. ¿Podríamos responderle que su pretensión se encuentra mal fundamentada, dado que el capitán había recibido las mercancías sin reservas y que las entregó a la llegada en el mismo estado en que las había recibido? No. Una respuesta así no tendría nada de tópicos. El contrato de transporte es una cosa, y el contrato de compraventa es otra. El contrato de transporte ha podido ser perfectamente ejecutado; eso no significa que el contrato de compraventa lo haya sido. De hecho, las partes en uno y otro contrato son diferentes. En las ventas a la llegada, el vendedor ha concluido el contrato de transporte que debe llevar las mercancías a las manos del destinatario comprador. Pero, para el porteador, el cargador no es un vendedor; esta cualidad no le interesa. A sus ojos, no es más que un cargador y el contrato de compraventa, para él es *res inter alios acta*. Véase RODIÈRE, René y DU PONTAVICE, Emmanuel, “*Droit Maritime*”, Éditions Dalloz, Paris, 1991, pág. 342.

al recoger la práctica existente en el comercio en el comercio internacional, pero permitiendo que la autonomía de la voluntad pueda adecuar estos términos a las necesidades de cada caso. Por otra parte, cabe destacar que los costes que generan los contratos accesorios de transporte y de seguro acostumbran a reflejarse en el precio final a pagar por el comprador en el contrato de compraventa, siempre y cuando esos costes corran a cargo del vendedor²⁹⁰.

Conviene matizar un poco este punto. Ya hemos dicho que los Incoterms se ocupan de regular ciertos aspectos de la compraventa y a decidir cuál de las partes, el vendedor o el comprador, en su caso, debe concertar los contratos accesorios de transporte y de seguro (cosa que no siempre ocurre, dado que en ciertos términos ninguna de las partes está obligada a concertar dichos contratos). Ahora bien, cuando es el vendedor el que concierta esos contratos, normalmente lo que hace es incluir en el precio del contrato de compraventa los gastos generados por el transporte y el seguro. Dicho de otra manera, el precio que el comprador paga en el contrato de compraventa se incrementa como consecuencia de los gastos extras a los que debe hacer frente el vendedor, siempre y cuando el incoterm elegido designe al vendedor como responsable de concertar el contrato de transporte, de seguro o ambos.

Por el contrario, eso no ocurre cuando es el comprador el que se encarga de concertar el seguro o contratar el transporte. El vendedor no puede justificar un aumento del precio basándose en esos gastos, y obviamente no tiene sentido encarecer el precio de venta por

²⁹⁰ Véase al respecto el fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 309/2006 de 30 de marzo (RJ 2006/5290): “Se trataba, en efecto, de una compraventa CIF, para cuya calificación puede acudir a los Incoterms (Internacional Commercial Terms) o «términos comerciales», reglas formuladas a partir de los usos comerciales por la Cámara Internacional de Comercio a partir de 1936, versión de 1990, vigente en el momento de los hechos (ahora sustituida por la de 2000). Estaríamos ante uno de los contratos del Grupo C, en lo que el vendedor se encuentra obligado a concertar y sufragar el transporte de la mercancía, pero sin asumir los riesgos posteriores a la carga. Y así en la modalidad C&F/CFR (Coste y Flete) el vendedor se obliga a cargar y transportar la mercancía hasta el puerto de destino designado por el comprador y debe soportar todos los costes que suponga tanto el transporte hasta el puerto de expedición como al de destino y los gastos de documentación y exportación de la mercancía, pero la entrega de ésta se entenderá realizada cuando se encuentra a bordo del buque en el puerto de embarque, cargando el comprador con todos los gastos que en razón de ella se ocasionen, tales como prueba de haber realizado la entrega, embalaje, comprobación y marcado (en tanto que el comprador ha de soportar los gastos que se devenguen como consecuencia de la importación, desembarco y transporte a partir del puerto de destino). Y en la modalidad CIF (Coste, Seguro y Flete) el vendedor ha de asegurar las mercaderías hasta la llegada al puerto de destino designado por el comprador, de modo que la cobertura de tal seguro se acotará como mínimo en una sobrevaloración del 10% del precio de venta, y estará limitada a los daños y pérdidas materiales que tengan como causa los sucesos taxativamente descritos en la póliza. Modalidad en la que se entiende que el riesgo pasa al comprador cuando la mercancía traspasa la borda o «empalleteado» del buque. Lo que, a los efectos que aquí interesan, se traduce en que el vendedor debe cargar por su cuenta la mercancía a bordo del buque en un plazo razonable, avisando sin demora al comprador, y suministrar por su cuenta y en forma transferible una póliza de seguro marítimo contra los riesgos de transporte a que dé lugar el contrato, en tanto que el comprador debe recibir la mercadería en el puerto de destino convenido, asumiendo, salvo el flete y el seguro, los costes causados por la mercadería durante su transporte por mar hasta la llegada al puerto de destino, así como los gastos de descarga, a menos que estén comprendidos en el flete, así como asumir todos los riesgos que pueda correr la mercadería a partir del momento en que haya efectivamente pasado la borda del buque en el puerto de embarque (Sentencias de 31 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2481] , de 3 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3559] , Auto de 16 de marzo de 2004).”

unas operaciones de transporte o una póliza de seguro que han sido costeadas por el comprador. De este modo, nos encontramos con que dependiendo del incoterm de que se trate, la distribución de obligaciones entre las partes puede favorecer que el precio de la cosa objeto de compraventa sea más o menos elevado. Como puede verse, el contrato de compraventa regulado por los incoterms puede verse influenciado por esos otros contratos accesorios, que aunque no son objeto de regulación de los mismos, sí que mantienen una relación lo bastante estrecha como para afectar al contrato principal en aspectos tan importantes como el precio de venta de la mercancía.

Así pues, nos encontramos con que los términos que imponen una mayor carga de obligaciones al vendedor normalmente provocarán que el precio de la compraventa se encarezca, mientras que los que delegan esas obligaciones en el comprador acostumbrarán a tener precios más asequibles. De este modo, nos encontramos con que, de entrada, las ventas C y D, que obligan al vendedor a concertar el transporte, tenderán a tener unos precios mayores que los de las ventas F, en las que esa obligación se reserva al comprador. Por ejemplo, una compraventa en condiciones CIF, en la que el vendedor está obligado a contratar el transporte y concertar el seguro tendrá probablemente un precio de venta superior al de una venta en condiciones FOB, en la que es el comprador el que debe contratar el transporte y en la que no existe “ninguna obligación” en lo que respecta al seguro para ninguna de las dos partes.

Por último, hay que precisar que cuando el precio del transporte o del seguro no se incluya en el precio de venta porque esas obligaciones no recaen en el vendedor, entonces significará que es el comprador el que debe hacerse cargo de esos gastos, por lo que seguirá teniendo que pagarlos, aunque esta vez de manera directa. Aún así, los términos que establecen esas obligaciones para el comprador siguen siendo más rentables para esta parte, dado que se evita que el vendedor especule y aumente el precio de venta de manera exagerada con la excusa de esos gastos extra. Por otra parte, en aquellos términos en los que no se establezca “ninguna obligación” respecto del transporte o el seguro para ninguna de las partes, el hecho de que ese término sea más o menos rentable para el vendedor o para el comprador dependerá de cómo se distribuyan estas cargas en el marco de la negociación contractual, para lo cual habrá que examinar cada caso por separado.

En lo que respecta al contrato de transporte, en los Incoterms 2010, a excepción del término “En fábrica”, los demás imputan al vendedor o al comprador, según el caso, la obligación de contratar el transporte para la entrega de las mercancías en el lugar convenido. Resulta bastante lógico, por otra parte, ya que al centrarse los Incoterms en la compraventa internacional de mercancías, necesariamente el transporte habrá de jugar un papel importante para que la cosa objeto de compraventa pueda pasar de manos del vendedor a las del comprador. En las ventas F, la obligación recae en el comprador, mientras que esa obligación recae en el vendedor en el caso de los términos C y D.

En lo que respecta al contrato de seguro, los términos C.I.F y C.I.P obligan al vendedor a concertar el seguro de las mercancías en favor del comprador, aunque generalmente los Incoterms establecen que ni el vendedor ni el comprador tienen “ninguna obligación” en lo que respecta al contrato de transporte o de seguro.

9.5 Ámbito de aplicación

Los Incoterms son términos comerciales redactados por la Cámara de Comercio Internacional con el propósito de ayudar a disciplinar el contrato de compraventa de mercancías. Como ya hemos dicho, se trata de instrumentos jurídicos cuyo uso es voluntario. Al ser los Incoterms de naturaleza claramente contractual, dependen para su aplicación de la voluntad de las partes²⁹¹. Sólo cuando éstas acuerdan su inclusión en un contrato, por ejemplo, indicando CIF La Coruña (Coste, Seguro y Flete), INCOTERMS 2000, sería de aplicación un incoterm determinado. Nuevamente nos encontramos con que la autonomía de la voluntad permitida por las normas estatales e internacionales condiciona algunos aspectos de estas normas²⁹².

Los Incoterms, pues, para ser aplicados necesitan del acuerdo de las partes. Y es precisamente esta dependencia la que puede, en ocasiones, complicar el asunto. Ya se vio

²⁹¹ Los Incoterms son instrumentos elaborados por la Cámara de Comercio Internacional; su ámbito de aplicación se relaciona con la compraventa internacional en cuanto que dispone de términos comerciales relativos a la entrega de las mercaderías y al traspaso del riesgo. Los Incoterms contienen términos detallados y actuales en relación con la entrega de las mercancías; se ofrece a las partes una elección considerable, mientras que la atención que la Convención de Viena dedica a estos aspectos es estática y menos comprensiva de lo que se desearía. Incoterms son, en principio, de aplicación cuando las partes acuerdan su inclusión en el contrato; por ejemplo, indicando CIF La Coruña (Coste, Seguro y Flete), INCOTERMS 2010. Véase ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, op. cit., pág. 82.

²⁹² El artículo 9 de la Convención de Viena tiene por objeto determinar la eventual incidencia de los usos y prácticas mercantiles en la compraventa internacional – usos que, de manera explícita, también están presentes en otros preceptos del articulado de la Convención de Viena -. Para ello, regula separadamente dos hipótesis distintas: en primer lugar, que las partes hayan convenido – de manera expresa o tácita – la aplicación de tales usos (art. 9.1) y, en segundo lugar, que no lo hayan hecho (art. 9.2). Desde el punto de vista de los *Derechos nacionales*, los usos y prácticas mercantiles han surgido al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes reconocida por aquellos en materia contractual, cumpliendo así una función ordenadora, integradora y adaptadora de las reglamentaciones internas inicialmente previstas por los legisladores a las necesidades del comercio interno e internacional. Desde el punto de vista del *Derecho convencional*, tales usos y prácticas han desarrollado una no menos importante función: suministrar una reglamentación sustancial satisfactoria ante la ausencia de una normativa internacional que cumpla el papel, en una sociedad internacional de yuxtaposición, integrada fundamentalmente por Estados y descentralizada, de un auténtico legislador internacional. Reglamentación sustancial satisfactoria – se acaba de señalar -, puesto que, a diferencia de la técnica normativa tradicional del Derecho internacional privado – la regla de conflicto -, los usos mercantiles – frecuentemente codificados por organizaciones profesionales – han proporcionado la celeridad y certidumbre, la rapidez y la seguridad jurídica, que el comercio internacional – tráfico jurídico *en masa* – reclama y que la otra técnica normativa – la de atribución – no le puede proporcionar. Reglamentación que se ha originado ante una ausencia de normativa internacional. Ha habido, pues, un vacío legal que, durante muchos años, han cubierto los usos y prácticas mercantiles de carácter internacional. Obsérvese, por otra parte, que la existencia en las sociedades estatales de un poder normativo centralizado crecientemente intervencionista y la sensación experimentada de fuertes procesos sociales de cambio resultan difícilmente compatibles con un papel importante de la costumbre como fuente del Derecho mercantil. De ahí el declive de ésta, como fuente de producción jurídica, en la sociedad estatal. Por el contrario, en la sociedad internacional, sigue teniendo una relevancia de primer orden. Es por ello que todo Convenio de Derecho uniforme no puede ignorar la presencia de estos usos y costumbres mercantiles de carácter internacional y debe – si pretende asegurarse el éxito – incorporarlos, en la medida posible, a su articulado. Aprovechar la experiencia adquirida y llegar a soluciones de compromiso, se dijo, constituían las condiciones indispensables para evitar un estrepitoso fracaso. Para más información, consúltese FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “*Derecho Mercantil Internacional*”, ed. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 586 a 590.

en su momento cómo un mal uso de la autonomía de la voluntad podía generar complicaciones en el normal transcurso de la relación contractual. Convendría mencionar una serie de cuestiones al respecto.

Por un lado, si las partes quieren que se aplique un incoterm, lo más conveniente sería que se refirieran a éste de manera expresa (por ejemplo, indicando que el contrato se rige por los INCOTERMS 2010, de la Cámara de Comercio Internacional de París, especificando el término concreto) o de manera implícita, indicándolo en las condiciones generales del contrato. De no hacerse así, se corre el riesgo de en un hipotético litigio se planteen dudas acerca de si realmente son de aplicación los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional o si por el contrario se trata de alguna de las múltiples interpretaciones que de esos términos se hacen en el tráfico comercial entre estados. Es importante dejar claro cuando hablamos de las normas que regirán nuestro contrato de compraventa que nos referimos a un incoterm determinado, promulgado por la C.C.I. de París y la versión o el año en que apareció (la última versión es del año 2010). Cuanto más precisos seamos en determinar el incoterm aplicable a nuestro contrato, menos problemas tendremos.

Por otra parte, los Incoterms se concibieron para ser aplicados al contrato de compraventa de mercancías, quedando fuera, en principio, las figuras jurídicas afines a la compraventa. Aunque estos términos tienen una vocación claramente internacional, pueden aplicarse también a compraventas de carácter nacional o interno. Además, como ya vimos, los Incoterms no regulan la totalidad de los aspectos comprendidos en un contrato de compraventa, por lo que en caso de aplicarse, sólo regulará esos aspectos determinados. En lo que respecta a las cuestiones no reguladas por los Incoterms, en caso de no haber sido reguladas por las partes o que éstas no hubieran previsto nada al respecto, se aplicará entonces el derecho nacional.

Además, aunque se apliquen estos términos, las partes pueden introducir modificaciones y añadidos a los mismos, lo que en algunas ocasiones puede provocar problemas de contradicción en las cláusulas²⁹³. Por otro lado, es importante tratar de evitar la aplicación de términos para situaciones para las que no fueron concebidos (como por ejemplo intentar aplicar un incoterm marítimo a una compraventa con transporte terrestre, por ejemplo)

En definitiva, el ámbito de aplicación de los Incoterms se circunscribe a ciertos aspectos de la compraventa, preferentemente aunque no únicamente internacional, y depende de la voluntad de las partes.

²⁹³ Los aparatos autorreguladores no son estáticos, sino que se encuentran sujetos a mutaciones continuas y diversas. Una de las razones para elegir normas fruto de la autorregulación en detrimento de normas estatales, por definición más rígidas, es la flexibilidad con la que pueden adaptarse las primeras, así como la posibilidad de tener en cuenta los deseos cambiantes de las personas concernidas y los imperativos sociales de los medios en los cuales funcionan. Estas mutaciones son numerosas, complejas y van en diferentes direcciones, a veces de manera contradictoria. Véase WYMEERSCH, Eddy, op. cit. pág. 175.

CAPÍTULO 10

Examen de los términos más frecuentes

Hasta ahora hemos abordado los Incoterms desde una perspectiva global, considerando su significado e importancia en su conjunto. Pero considero que un estudio de estas características resultaría incompleto si no incluyera un examen, aunque sea esquemático, de cada uno de los términos que componen estas normas. Sin ánimo de agotar la materia, creo que es necesario aportar algunas nociones al respecto.

Los Incoterms son once en total. Ya en la revisión de 1990 se dividieron en cuatro grupos con la intención de facilitar su comprensión. En la versión del año 2000 aún existía esta división en cuatro unidades, agrupando los términos en función de las obligaciones de las partes (además de diferenciar también entre términos “polivalentes” y “marítimos”). Sin embargo, en la versión de 2010 se ha optado por un método de clasificación diferente, dividiendo los Incoterms en dos grandes grupos. El primero de ellos lo constituyen las llamadas “Reglas para cualquier modo o modos de transporte” que, como su nombre indica, se trata de términos modalmente neutros, que pueden usarse con cualquier modo de transporte, ya sea marítimo o de cualquier otra clase. Este primer grupo comprende las reglas EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP y DDP. El segundo grupo son las “Reglas para transporte marítimo y vías navegables interiores”. Evidentemente, se trata de reglas exclusivamente marítimas, y comprende los términos FAS, FOB, CFR y CIF.

Cabe resaltar que ambas clasificaciones no son incompatibles, dado que se basan en criterios distintos. La primera atiende a la distribución de obligaciones entre las partes, mientras que la segunda se basa en el modo de transporte utilizado. El hecho de que en la versión de los Incoterms de 2010 solamente aparezca la segunda clasificación no significa que deba rechazarse la primera. De hecho, por motivos de claridad expositiva, creo que la clasificación original en cuatro grupos es la más indicada para realizar una exposición de los términos.

10.1 El término E

El primer grupo es el del término “E”. Este grupo es el de menor obligación para el vendedor, que no tiene que hacer nada más que poner las mercancías a disposición del comprador en el lugar acordado, normalmente en su propio local. Aunque en la práctica se dan casos en los que el vendedor asiste al comprador en las operaciones de carga de las mercancías en el vehículo receptor de éste último, lo cierto es que el vendedor no está obligado a ello²⁹⁴. El único término perteneciente a este grupo es el EXW “(Ex works – en fábrica, ...lugar convenido)”.

²⁹⁴ Ciertamente, se consideró deseable mantener el principio tradicional del mínimo obligacional del vendedor en EXW, de modo que pueda utilizarse en aquellos casos en que el vendedor no desea asumir ninguna obligación en relación a la carga de las mercancías. Si el comprador quiere que el vendedor asuma mayores obligaciones, así debe estipularse claramente en el contrato de compraventa. Al respecto, véase AA. VV.

“En fábrica” quiere decir que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor o en otro lugar convenido (taller, fábrica, almacén, etcétera), sin despacharla para la exportación ni cargarla en el vehículo receptor.

En el incoterm EXW el vendedor cumple con su obligación de entrega en el momento en que pone a disposición del comprador la mercancía en su establecimiento. No está obligado a cargar la mercancía en el medio de transporte que el comprador elija, aunque las partes pueden acordar, si así lo desean, que el vendedor se responsabilice de la carga de la mercancía a la salida, asumiendo sus riesgos y los costes de tal operación, siempre y cuando esas condiciones queden claras en el contrato de compraventa mediante expresiones explícitas. Por otra parte, tampoco está obligado el vendedor a despachar la mercancía a la exportación. Este término es el que impone menos obligaciones al vendedor y más al comprador.

En resumidas cuentas, las características de EXW pueden resumirse de la siguiente manera: el vendedor debe tener la mercancía preparada en el lugar convenido y en la fecha acordada; la mercancía debe estar perfectamente etiquetada y embalada para resistir cualquier tipo de transporte y manipulación; la carga en el vehículo de transporte y el despacho de aduanas de exportación corren a cargo del comprador; al vendedor le corresponde facilitar todos los documentos que el comprador necesite para realizar el despacho; la entrega de la mercancía por parte del vendedor al comprador se produce en el punto acordado, si lo hay, en el lugar de entrega designado, y no cargada en ningún vehículo de recogida; en caso de no haberse acordado un punto específico en el lugar de entrega designado, y si hay varios puntos disponibles, el vendedor puede elegir el punto que mejor le convenga; a partir de la entrega de la mercancía, todos los gastos van a cargo del comprador; y, por último, el EXW puede utilizarse con cualquier tipo de transporte o combinación de ellos, ya que es un incoterm polivalente.

El término EXW no resulta adecuado en caso de que el comprador no pueda llevar a cabo las formalidades de la exportación, ni directa ni indirectamente. En esas circunstancias lo mejor sería emplear el término FCA, siempre y cuando el vendedor consienta en cargar a su coste y riesgo. Los posibles problemas que puede ocasionar el empleo del término “en fábrica” pueden darse fundamentalmente en dos frentes. En primer lugar, en lo que respecta a la carga de la mercancía en el vehículo de transporte, que debe realizar el comprador. La única obligación del vendedor al respecto es dejar la mercancía en el muelle de carga de sus instalaciones, perfectamente etiquetada y embalada, en el día y hora previstos. A pesar de ello, a menudo es el vendedor el que asume el coste y riesgo de la operación de carga, con la intención de no importunar al comprador y, frecuentemente, sin ser consciente de la responsabilidad que está asumiendo. En segundo lugar, en lo que respecta a la gestión de los trámites aduaneros, que en el caso de EXW van a cargo del comprador. Sin embargo, es corriente que cada uno de los integrantes de una operación de compraventa internacional asuma íntegramente los costes y la gestión de sus respectivas aduanas. Para evitar confusiones, lo mejor es conocer el contenido de este término y el alcance de las

“Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales. Incoterms 2000”, publicado por el Comité Español de la CCI, España, 1999, pág. 15.

obligaciones que establece, y no usar el EXW en situaciones para las que no fue concebido²⁹⁵.

10.2 Los términos F

El segundo grupo es el de los términos F²⁹⁶. Los términos que componen este grupo requieren que el vendedor entregue las mercancías para el transporte de acuerdo con las instrucciones del comprador, es decir, que la puesta a disposición de la mercancía se produce en el medio de transporte que previamente haya determinado el comprador, soportando este último todos los costes y riesgos de pérdida o daño desde ese punto. Los incoterms que componen este grupo son los FCA, FAS y FOB. Dado que el estudio de la modalidad FOB es el objeto principal de este trabajo, me permito reservar un estudio en profundidad del mismo para capítulos posteriores.

El término FCA o “Free Carrier – Franco transportista (...lugar convenido)” significa que el vendedor debe entregar la mercancía, despachada para la exportación, al transportista²⁹⁷ nombrado por el comprador en el lugar convenido²⁹⁸. Es importante resaltar que la elección

²⁹⁵ En opinión de PALMÉS COMBALIA, a la hora de utilizar el término polivalente EXW, han de tenerse en cuenta los siguientes condicionantes:

- Es mejor usarlo para carga completa y no tanto para carga fraccionada, ya que en la carga completa el vehículo se cargará en la fábrica o en el almacén del vendedor, mientras que en el grupaje lo más probable es que el punto de entrega se realice en el centro logístico de consolidación del transporte principal.
- Se debe tener en cuenta que existe una contradicción entre las cláusulas EXW en los Incoterms 2000 de la CCI y lo que establece el convenio CMR, en referencia a quién tiene la obligación de cargar el vehículo.
- El EXW se adapta mejor a una operación en países entre los que exista libre circulación de mercancías, como la UE (expediciones e introducciones), que en ventas a terceros países (exportaciones e importaciones), ya que en el primer caso el vendedor no debe realizar trámites aduaneros.
- El EXW se debería usar en operaciones especiales y no de forma generalizada o indiscriminada. Hay otros incoterms que se adaptan mucho mejor a usos que, por error, se conceden al EXW. No obstante, este incoterm se adecua perfectamente a operaciones como compraventa entre filiales de una misma multinacional, operaciones de carga completa en UTI, con un solo documento de transporte intermodal (FBL) que regule todo el trayecto, bajo la responsabilidad del transitario y, a poder ser, entre países con libre circulación de mercancías, y en primeras operaciones de empresas con escasos conocimientos de comercio internacional. Véase PALMÉS COMBALIA, Remigi, op. cit., págs. 93 y 94.

²⁹⁶ La letra F indica que el vendedor debe entregar las mercancías al transportista. Esto significa que cuando el importe de las mercancías va acompañado de algún término que empiece por F, en el precio no se incluye el tramo principal del transporte de las mercancías, dado que es el comprador el que contrata el transporte por su cuenta. Por tanto, en la factura se incluye únicamente el precio hasta la entrega de las mercancías al transportista. Y el vendedor cumple sus obligaciones contractuales relativas a la entrega en el país de embarque o de despacho de la mercancía colocándolas en un medio de transporte escogido por el comprador. Al respecto, véase ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, op. cit., pág. 268.

²⁹⁷ “Transportista” significa cualquier persona que, en un contrato de transporte, se compromete a efectuar o hacer efectuar un transporte por ferrocarril, carretera, aire, mar, vías navegables interiores o por una combinación de esos modos. Si el comprador designa a una persona diversa del transportista para recibir al mercancía, se considera que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la mercancía cuando la entrega a esa persona. Véase PALMÉS COMBALIA, Remigi, op. cit., pág. 95.

²⁹⁸ El punto en el que las partes han acordado que se producirá la entrega el término FCA ha causado dificultades debido a la gran variedad de circunstancias que pueden rodear al contrato cubierto por el término. Así, se pueden cargar las mercancías en un vehículo recolector enviado por el comprador para recogerlas en el establecimiento del vendedor; por otra parte, puede ser necesario descargar la mercadería del vehículo

del lugar de entrega influye en las obligaciones de carga y descarga de la mercancía en dicho lugar. Si la entrega se produce en los locales del vendedor, éste es responsable de la carga. Si la entrega ocurre en cualquier otro lugar, el vendedor no es responsable de la descarga. Este término puede emplearse con cualquier modo de transporte, incluyendo el transporte multimodal²⁹⁹.

Las características de FCA pueden resumirse pues de la siguiente manera: se trata de un incoterm polivalente, la carga de la mercancía en el vehículo que la recoge en fábrica corre por cuenta del vendedor, el lugar de entrega se encuentra en un punto convenido del país de origen, la aduana de exportación va a cargo del vendedor, mientras que la aduana de importación es por cuenta del comprador, el transporte principal y su seguro van a cargo del comprador (el seguro del transporte principal no es obligatorio, pero sí aconsejable) y la transmisión del riesgo se produce en el momento de la entrega (el vendedor asume el riesgo de pérdida o daño hasta que no haya entregado la mercancía, en cuyo momento es asumido por el comprador).

El término FAS o “Free Alongside Ship – Franco al costado del buque (...puerto de carga convenido)” significa que el vendedor realiza la entrega en el momento en que la mercancía es colocada al costado del buque en el puerto de embarque convenido. Esto significa que el comprador debe soportar todos los costes y riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde aquel momento. El término FAS requiere que el vendedor despache las mercancías para la exportación (lo que supone un cambio radical frente a las anteriores versiones de los Incoterms, que exigían que fuera el comprador el que organizara el despacho aduanero para la exportación). A pesar de ello, si las partes contratantes desean que el comprador despache la mercancía para la exportación, deben dejarlo claro añadiendo expresiones explícitas en ese sentido en el contrato de compraventa. El término FAS es exclusivamente marítimo, lo que significa que sólo puede usarse para el transporte por mar o por vías de navegación interior.

Así pues, las características del término FAS pueden resumirse de la siguiente manera: es un término concebido solamente para el transporte marítimo o fluvial, el vendedor debe asumir los costes hasta dejar la mercancía en el muelle del puerto elegido dentro del país de origen, la entrega se produce cuando el vendedor ha dejado la mercancía en el muelle

enviado por el vendedor para entregarlas en la terminal designada por el comprador. Los Incoterms 2000 tomaron en consideración estas alternativas al estipular que, cuando el lugar designado en el contrato como lugar de entrega sea el establecimiento del vendedor, la entrega se completa cuando las mercancías se cargan en el vehículo recolector del comprador y, en otros casos, cuando las mercancías se ponen a disposición del comprador sin descargar del vehículo del vendedor. Las variantes establecidas para los diferentes modos de transporte en FCA A4 de los Incoterms 1990 no se repitieron en los Incoterms 2000. Al respecto, véase AA. VV. “Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales. Incoterms 2000”, publicado por el Comité Español de la CCI, España, 1999, págs. 15 y 16.

²⁹⁹ La cláusula A4 del término FCA de los Incoterms 2010 establece que el vendedor debe entregar la mercancía al porteador o a otra persona designada por el comprador en el punto acordado, si lo hay, en el lugar designado en la fecha acordada o dentro del plazo acordado. Si el lugar designado son las instalaciones del vendedor, la entrega se completa cuando la mercancía se ha cargado en los medios de transporte proporcionados por el comprador. En cualquier otro caso, la entrega se completará cuando la mercancía, preparada para la descarga, se ponga a disposición del porteador o de otra persona designada por el comprador en los medios de transporte del vendedor.

pactado del puerto elegido, el despacho de aduanas de exportación va a cargo del vendedor y la carga de la mercancía al barco va a cargo del comprador.

10.3 Los términos C

El tercer grupo es el de los términos C. En este grupo se exige que el vendedor contrate el transporte en las condiciones acostumbradas y a sus expensas. De este modo, es necesario hacer constar, tras el respectivo término “C”, el punto hasta el que ha de pagar los costes del transporte. A pesar de que con frecuencia se confunden los términos C como contratos hasta la llegada, en el sentido de que el vendedor debe correr con todos los riesgos y costes hasta que las mercancías lleguen efectivamente al lugar convenido, es importante aclarar los términos de este grupo son de idéntica naturaleza que los términos F, en el sentido de que el vendedor cumple el contrato en el país de embarque o despacho. Ambos grupos entran en la categoría de contratos concluidos con embarque. De este modo, es competencia del vendedor pagar los costes normales del transporte para el envío de las mercancías por una ruta usual y en la forma acostumbrada hasta el lugar convenido de destino, mientras que los riesgos de pérdida o avería de las mercancías, así como los costes adicionales que resulten de acontecimientos ocurridos con posterioridad a la entrega adecuada de las mercancías para su transporte recaen sobre el comprador, siendo los puntos críticos del grupo C el momento hasta el cual el vendedor debe encargarse del transporte y soportar los costes y la distribución de riesgos entre las partes. Pertenecen al grupo C los términos CFR, CIF, CPT y CIP.

El término CFR o “Cost an Freight – Coste y flete (...puerto de destino convenido)” significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía se coloca a bordo del buque en el puerto de embarque³⁰⁰, o la proporciona así ya entregada. El vendedor está obligado a pagar los costes y el flete necesarios para llevar la mercancía al puerto de destino convenido, pero el riesgo de pérdida o daño de la mercancía, así como cualquier coste adicional debido a sucesos acaecidos después del momento de entrega se transmiten del vendedor al comprador. Este término también obliga al vendedor a despachar la mercancía para la exportación³⁰¹.

³⁰⁰ A diferencia de lo que sucedía en anteriores versiones de los Incoterms, en las que el vendedor del término CFR realizaba la entrega cuando la mercancía sobrepasaba a bordo del buque en el puerto de embarque.

³⁰¹ Véase por ejemplo lo establecido por el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 158/2005 de 7 de marzo, JUR 2005/131503: “De otro lado esta demandada apelante alega el incumplimiento por Frangosul de las obligaciones propias de los exportadores, en las ventas realizadas bajo Incoterm CFR, que obliga al vendedor a remitir al comprador «a sus propias expensas y sin retraso» los documentos relativos a la mercancía exportada. Afirma que Frangosul incumplió su obligación de enviar diligente y urgentemente la documentación relativa a la mercancía vendida. El contenedor llegó a puerto 9 días antes que la documentación. La llegada tardía de los documentos imposibilitó a la recurrente-importadora beneficiarse de la exención arancelaria y le facultaba para no hacerse cargo de la mercancía. Incumplimiento grave de una obligación esencial de todo exportador en una venta CFR y facultaba al comprador a resolver válidamente el contrato celebrado. Las copias de los documentos tampoco se las enviaron oportunamente y la testigo doña María, empleada de la empresa de transporte marítimo, no dijo que la documentación hubiese llegado a tiempo sino que la demandada apelante no quiso hacerse cargo de la mercancía. (...) Este motivo de apelación tampoco puede prosperar porque el barco que transportaba la carga de pollos congelados arribó a Las Palmas de Gran Canarias el 19 de septiembre de 1999, adelantándose en

Las características de CFR pueden resumirse de la siguiente manera: se trata de un incoterm que solamente puede usarse en el transporte marítimo o fluvial; el vendedor debe entregar la mercancía a bordo del buque; el riesgo de pérdida o daño a dicha mercancía, así como los costos relacionados con la misma, se transmiten del vendedor al comprador en el momento en que la mercancía se encuentra a bordo del buque; el vendedor es el encargado de contratar el transporte por mar desde el punto de entrega acordado, en el lugar acordado, hasta el puerto de destino designado³⁰²; a pesar de que ninguna de las partes tiene la obligación de contratar un seguro para la mercancía, lo más conveniente es que sea el comprador el que contrate el seguro para el transporte principal de la misma por mar (dado que en ese momento ya carga con el riesgo de pérdida o daño de la misma).

El término CIF o “Cost, Insurance and Freight – Coste, seguro y flete (...puerto de destino convenido)” quiere decir que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía se coloca a bordo del buque en el puerto convenido, o la proporciona así ya entregada. Al vendedor le corresponde pagar los costes y el flete necesarios para llevar la mercancía al puerto de destino convenido; pero el riesgo de pérdida o daño de la mercancía, así como cualquier

tres días a la fecha inicialmente prevista para el día 22 de septiembre, pero esta circunstancia fue comunicada por la naviera a la compradora el día 17 de septiembre y no consta hiciera gestión alguna para procurarse de las copias necesarias a fin de obtener el pronto despacho de la mercancía beneficiándose de la exención arancelaria. En todo caso la remesa documentaria de importación, necesaria para obtener la referida exención arancelaria, fue puesta a su disposición el último de los seis días hábiles previstos al efecto teniendo conocimiento la compradora de ello desde las 10:10 horas de la mañana y por tanto con tiempo suficiente para acogerse a la exención tributaria pues consta, en el documento doce de la demanda, que el Banco de Santander acusó recibo de la remesa documentaria a Congelados Herbania, SL el día 28 de septiembre de 1999 a la referida hora sin que conste que la compradora hubiera intentado recabarlos y al menos iniciar su gestión en plazo. (...) Es claro que la vendedora puso a disposición del comprador los documentos relativos a la mercancía para su levantamiento y despacho dentro de los seis días siguientes a su desembarque y en el contrato de compraventa celebrado entre las partes, bajo la modalidad Incoterm CFR, no era condición esencial que la compradora se beneficiase de la exención arancelaria existente en Canarias y a tal efecto la vendedora pudiera presentar la remesa documentaria en un plazo concreto y determinado, y ni tan siquiera prueba la demandada que sin la exención arancelaria no habría concertado la compra de la remesa de pollos congelados procedentes de Brasil con la empresa cedente Frangosul, por su pérdida de ganancia o margen comercial.”

³⁰² La redacción de éste término puede dar lugar a cierta confusión en lo relativo al reparto de gastos. Si bien es cierto que la obligación de entrega del vendedor, según el punto A4, concluye cuando la mercancía se encuentra a bordo del buque o cuando proporciona la mercancía así ya entregada para el embarque hasta el destino, lo cierto es que dicho buque, el transporte por mar de la mercancía desde ese punto de entrega hasta el puerto de destino (donde será efectivamente recogida por el comprador) corre a cargo del vendedor. El vendedor contrata el transporte, el cual ocurre con posterioridad al cumplimiento de su obligación de entrega. Podría parecer que, debido a esta circunstancia, el vendedor debería correr con los gastos hasta la llegada de la mercancía al puerto de destino, pero no necesariamente debe ser así. Aunque el vendedor esté obligado a contratar el transporte principal (de conformidad con lo establecido en el punto A3a)), el punto B6 establece que el comprador debe, con sujeción a las disposiciones de A3a), pagar todos los costos relativos a la mercancía desde el momento en que ésta se haya entregado conforme a A4, incluyendo los gastos relativos a la mercancía mientras se encuentre en tránsito hasta su llegada al puerto de destino, o la descarga de las mismas en dicho puerto de destino, entre otros. La entrega, definida en A4, sigue siendo el punto de transmisión de los riesgos y costes. Una vez que la mercancía se encuentra a bordo del buque, los riesgos y costes se transmiten del vendedor al comprador, aunque el transporte principal deba pagarlo el vendedor. Aún así, el punto B6 también admite excepciones, y establece que el vendedor puede estar obligado a correr con dichos gastos si así lo establece el contrato de transporte. Así pues, el reparto de dichos gastos vendrá determinado por lo establecido en el contrato de transporte que el vendedor está obligado a concertar.

coste adicional debido a acontecimientos ocurridos después del momento de entrega, se transmiten del vendedor al comprador. A pesar de ello, en una venta CIF el vendedor debe también procurar un seguro marítimo para los riesgos del comprador de pérdida o daño de la mercancía durante el transporte. El vendedor está obligado a concertar un seguro sólo con cobertura mínima³⁰³. Si el comprador desea una mayor cobertura, necesitará acordarlo expresamente con el vendedor o bien concertar su propio seguro adicional. Por otro lado, el término CIF también exige que el vendedor despache la mercancía para la exportación. Este término es exclusivamente marítimo³⁰⁴.

³⁰³ Concretamente, el punto A3 b) del Término CIF de los Incoterms 2010 establece que el vendedor debe obtener, a sus propias expensas, un seguro de la carga que cumpla al menos con la cobertura mínima dispuesta por las cláusulas (C) de las Cláusulas de Carga del Instituto (LMA/IUA) u otras cláusulas similares.

³⁰⁴ La compraventa CIF es una de las más utilizadas, por lo que vale la pena detenerse un momento en examinarla con detalle. Al respecto, resulta destacable la sentencia del Tribunal Supremo núm. 269/1997 de 31 de marzo (RJ 1997/2481), sobre todo en los fundamentos de derecho primero y segundo, en los que se hace un pormenorizado repaso de todas las obligaciones de las partes: “Es necesario hacer constar (por discutirse sus efectos) que la compraventa, según se hace figurar en las condiciones particulares de la póliza de seguro, se celebra bajo la modalidad CIF. Según se pormenoriza (conforme recoge la Sentencia de esta Sala de 3 mayo 1991 [RJ 1991\3559]) en las llamadas Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (Incoterms), cabe especificar las mismas, en la idea de que «CIF», significa «Coste, Seguro y Flete»; este término es idéntico a C&F, pero el vendedor debe además suministrar un seguro marítimo contra riesgo de pérdida o daño de la mercancía durante su transporte; el vendedor contrata con el asegurador y paga la prima del seguro; el comprador notará que bajo el presente término a diferencia del término «Flete/Porte y seguro pagados hasta» el vendedor está obligado a cubrir el seguro en condiciones mínimas (llamadas condiciones FPA). (...)Según expone la mentada sentencia el vendedor debe : A) 1) Entregar la mercancía de acuerdo con los términos del contrato de venta, suministrando todos las pruebas de conformidad requeridas por el mismo contrato. 2) Contratar por su cuenta y en las condiciones usuales, el transporte de la mercancía por la ruta habitual hasta el puerto de destino convenido, por un barco marítimo (excluyendo los veleros) del tipo normalmente utilizado para el transporte de la clase de mercancías descrita en el contrato; además, pagar el flete y asumir los gastos de descarga en el puerto de desembarque, que podrían ser recaudados por las líneas regulares de navegación en el momento de la carga en el puerto de embarque. 3) Obtener por su cuenta y riesgo la licencia de exportación o cualquier otra autorización gubernamental necesaria para la exportación de la mercancía. 4) Cargar por su cuenta la mercancía a bordo del buque en el puerto de embarque, en la fecha o dentro del plazo convenido, o a falta de cualquier estipulación al respecto, en un plazo razonable y avisar sin demora al comprador de que la mercancía ha quedado cargada a bordo del buque. 5) Suministrar por su cuenta y en forma transferible una póliza de seguro marítimo contra los riesgos de transporte a que dé lugar el contrato. El seguro debe contratarse con un asegurador o una compañía de seguros de buena reputación en las condiciones FPA y debe cubrir el precio CIF, aumentado en un diez por ciento si fuese posible; el seguro debe proveer en la moneda del contrato, salvo estipulación contraria; los riesgos de ruta no comprenden los riesgos especiales que se cubren en algunos mercados específicos o que el comprador desee cubrir en determinados casos particulares. Entre esos riesgos especiales, sobre los cuales el vendedor y el comprador deben expresamente ponerse de acuerdo, se consideran los de robo, pillaje, merma, rotura, astillado, vaho de bodega, de contacto con otras mercancías y otros riesgos particulares a ciertos mercados. A solicitud del comprador, el vendedor debe suministrar por cuenta del primero un seguro contra riesgos de guerra, si es posible en la misma moneda del contrato. 6) Sujeto a las disposiciones del artículo B.4 transcrito más adelante, asumir cuanto riesgo pueda correr la mercancía hasta el momento en que ésta haya efectivamente pasado la borda del buque en el puerto de embarque. 7) Suministrar al comprador sin demora y por su cuenta, un conocimiento de embarque limpio negociable para el puerto de destino convenido así como la factura de la mercancía despachada y la póliza de seguro. El comprador debe : B) 1) Aceptar los documentos en el momento de su presentación por el vendedor si están de acuerdo con las estipulaciones del contrato de venta y pagar el precio convenido. 2) Recibir la mercancía en el puerto de destino convenido y asumir, exceptuando el flete y el seguro marítimo, todos los costos o gastos causados sobre la mercancía durante su transporte por mar hasta su llegada al puerto de destino así como los gastos de descarga, incluidos los de gabarraje o de puesta sobre el muelle, a menos que

Así pues, las características del término CIF son las siguientes: se trata de un incoterm que sólo debe utilizarse en el transporte marítimo o fluvial; el vendedor debe entregar la mercancía a bordo del buque, momento en que se transmiten los riesgos y costes al comprador; el vendedor, además tiene la obligación de contratar el transporte por mar³⁰⁵ desde el punto de entrega acordado hasta el puerto elegido como destino, así como concertar el seguro de las mercancías (que abarcará, al menos, desde el punto de entrega hasta el puerto de destino designado).

El término CPT o “Carriage Paid To – Transporte pagado hasta (...lugar de destino convenido)” quiere decir que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del transportista designado por él³⁰⁶. Además, debe pagar los costes del

estos gastos estén comprendidos en el flete o hayan sido recaudados por la compañía de navegación en el momento del pago del flete. Si se suministra un seguro contra riesgo de guerra, el comprador asumirá los gastos... Si la mercancía es vendida «CIF Landed» los gastos de descarga incluidos los de gabaraje y de puesta sobre el muelle, son por cuenta del comprador. 3) Asumir todos los riesgos que pueda correr la mercancía a partir del momento en que haya efectivamente pasado la borda del buque en el puerto de embarque. 4) Si habiéndose reservado un plazo para hacer el embarque de la mercancía y/o el derecho a elegir el puerto de destino y no haya dado a tiempo las instrucciones precisas, soportar todos los gastos adicionales causados y asumir cuanto riesgo pueda correr la mercancía a partir de la fecha de vencimiento del plazo convenido para cargar, siempre y cuando la mercancía haya sido individualizada en forma que indique que se trata de la mercancía objeto del contrato. 5) Asumir los gastos de obtención y el costo del certificado de origen y de los documentos consulares. 6) Asumir los gastos de obtención y el costo de los documentos contemplados en el artículo A.12 (transcrito anteriormente). 7) Asumir los impuestos de aduana y cualesquiera otros derechos y tasas que se causen al tiempo y por el hecho de la importación. 8) Obtener y suministrar por su cuenta y riesgo la licencia o el permiso de importación, cualquier otro documento del mismo género, que él pueda necesitar para la importación de la mercancía; de las mismas destacan a nuestros efectos, la 6.A) en cuanto que imputa el riesgo al vendedor «que pueda correr la mercancía hasta el momento en que ésta haya efectivamente pasado la borda del buque en el puesto de embarque», como la correlativa 3.B) de que el comprador asumirá ese riesgo «a partir del momento en que haya efectivamente pasado la borda del buque en el puerto de embarque» y todo ello además en relación con la 5.A) de que el vendedor debe «suministrar por su cuenta y en forma transferible una póliza de seguro ... debe cubrir el precio CIF, aumentado en el diez por ciento...» condicionado pues, que en razón a esa particular asunción de los riesgos de la mercancía, y que viene como a trastocar el régimen general de su «puesta a disposición en los contratos de transporte», se explica porque por las características de esa fórmula CIF (que tratándose de un vendedor con fórmula CIF, en la que, como es sabido, por su parte ha de responder del tríptico coste-seguro-flete, esto es, que no sólo ha de entregar la mercancía vendida, sino que ha de asegurarla convenientemente y además encargarse de que el transporte sea el adecuado, en el modo y medio marítimo utilizado, sin perjuicio de que la contraprestación económica que por ello deba abonar el comprador abarque esas tres partidas), si el vendedor cumple escrupulosamente sus tres obligaciones principales -coste, seguro, flete- el comprador quedará garantizado porque, en caso de pérdida o menoscabo de la misma, la cobertura del seguro concertado «ad hoc», le resarcirá de los eventuales perjuicios irrogados; ya en antiguas Sentencias de esta Sala de 22 octubre 1931 (RJ 1931\2201), 3 julio 1941 (RJ 1941\893) y 24 junio 1942 (RJ 1942\774), se hablaba de que a tenor de tales Incoterms «es nota definidora de la venta con cláusula CIF, expresión formada por las iniciales de las palabras inglesas Cost, Insurance and Freight, equivalentes a las castellanas Costo, Seguro y Flete, la de que la transmisión del riesgo al comprador se verifica desde el instante en que la mercancía vendida se pone a bordo para ser transportada, desde el momento en que la misma haya efectivamente sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque.»

³⁰⁵ Como ya pasaba en el término CFR, algunos gastos serán soportados por el vendedor o por el comprador en virtud de lo que establezca el contrato de transporte que el vendedor está obligado a concertar. Al respecto, véase los puntos A6 y B6 del término CIF de los Incoterms 2010.

³⁰⁶ En caso de que el porteador se retrase o no acuda a retirar las mercancías, no encontraríamos con que eso supondría un incumplimiento de sus obligaciones en el ámbito del contrato de transporte, el cual también provocaría que el vendedor no pudiera cumplir con su obligación de entrega en el marco del contrato de

transporte necesario para llevar la mercancía al destino convenido. De este modo, el comprador asume todos los riesgos y cualquier otro coste contraídos después de que la mercancía haya sido así entregada. Si se utilizan transportistas sucesivos para el transporte al destino acordado, el riesgo se transmite cuando la mercancía se ha entregado al primer porteador. El CPT obliga al vendedor a despachar la mercancía para la exportación, y se trata además de un término polivalente.

Las características del CPT son, pues, las siguientes: puede utilizarse en cualquier tipo de transporte (incluido el multimodal), el vendedor asume todos los costes, incluido el transporte principal, hasta el punto convenido del país de destino, es recomendable, aunque no obligatorio, que el coste del seguro del transporte principal lo asuma el comprador, la entrega, y con ella la asunción de riesgos de la mercancía van a cargo del comprador desde que la mercancía ha sido cargada en el vehículo de transporte principal en el país de origen, cualquier gasto que se produzca debido a la mercancía irá a cargo del comprador (excepto los normales del transporte y manipulación de la mercancía en el transporte principal, y cada parte asumirá el coste del despacho de aduana de su respectivo país.

El término CIP o “Carriage Insurance Paid To – Transporte y seguro pagado hasta (...lugar de destino convenido)” significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía al transportista cuando la pone a disposición del transportista designado por él mismo. Además, debe pagar los costes del transporte necesario para hacer llegar la mercancía al destino convenido. Por lo tanto, el comprador asume todos los riesgos y cualquier coste adicional que se produzca después de que la mercancía haya sido así entregada. A pesar de ello, el término CIP obliga al vendedor a conseguir también un seguro contra el riesgo que soporta el comprador por la pérdida o el daño de la mercancía durante el transporte, por lo que el vendedor contrata el seguro y paga la prima del mismo. Este seguro, en principio, es sólo de cobertura mínima. Si el comprador desea una mayor protección, deberá acordarlo con el vendedor o bien contratar su propio seguro adicional. Por último, el término CIP exige que el vendedor despache la mercancía de aduana para la exportación.

Así, las características del término CIP son las siguientes: se trata de un incoterm que puede usarse con cualquier tipo de transporte (incluido el multimodal); el vendedor asume todos los costes (incluyendo el transporte principal y el seguro) hasta el punto convenido del país de destino; el coste del seguro del transporte principal (que es obligatorio) debe ser asumido por el vendedor; la entrega y la asunción de riesgos de la mercancía por parte del comprador se produce cuando esta mercancía ha sido cargada en el vehículo de transporte principal en el país de origen, cualquier gasto producido por la mercancía irá a cargo del comprador (excluidos los normales de transporte y manipulación de la mercancía en el transporte principal) y cada parte asumirá el coste del despacho de aduana en su país respectivo.

compraventa. Las consecuencias de los incumplimientos contractuales no vienen reguladas por los Incoterms, por lo que las responsabilidades exigibles dependerán de lo establecido en el derecho nacional aplicable y de las circunstancias concretas del caso (si el porteador no cumplió con su obligación de manera intencionada o por motivos de fuerza mayor, etc.).

10.4 Los términos D

El último grupo es el de los términos D. El grupo D o grupo de llegada es el que impone el máximo de obligaciones para el vendedor. El precio engloba los gastos de transporte preciso hasta el país del comprador, respondiendo el vendedor en consecuencia de la llegada de la mercancía al lugar convenido o punto de destino. El grupo D se compone de los términos DAT, DAP y DDP (en la versión de 2010 desaparecen los términos DAF, DES, DEQ, y DDU).

El término DAT o “Delivered At Terminal – Entregada en Terminal (inclúyase la terminal designada en el puerto o lugar de destino)” significa que 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. La palabra “Terminal” comprende cualquier lugar, ya sea cubierto o no, como un muelle, almacén, estación de contenedores o terminal de carretera, ferroviaria o aérea. La empresa vendedora 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.

Las características principales del término DAT son las siguientes: se trata de un término polivalente, que puede utilizarse con independencia del modo de transporte seleccionado, y también puede usarse cuando se emplea más de un modo de transporte; el vendedor debe descargar la mercancía de los medios de transporte de llegada para luego entregar dicha mercancía poniéndola a disposición del comprador en la terminal designada en el puerto o lugar de destino, momento en el que se transmitirán los riesgos y costes al comprador; el vendedor está obligado a contratar a sus propias expensas el transporte de la mercancía hasta dicha terminal; ni el vendedor ni el comprador tienen obligación de contratar un seguro para el transporte principal de las mercancías, aunque dado que el transporte lo contrata el vendedor y que dicho transporte se produce cuando aún no se han transmitido los riesgos al comprador, el vendedor será el más interesado en contratar dicho seguro, si lo considera oportuno.

El término DAP o “Delivered At Place – Entregada en Lugar (inclúyase el lugar de destino designado)” significa que 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.

Las características del término DAP pueden resumirse de la siguiente manera: se trata de un término polivalente, que puede utilizarse con cualquier medio de transporte, así como con una sucesión de varios de ellos; el vendedor realiza la entrega cuando pone la mercancía a disposición del comprador en los medios de transporte que él ha contratado, preparada para la descarga en el punto acordado, dentro del lugar de destino designado, momento en el cual se transmitirán los riesgos y costes al comprador; el transporte principal debe contratarlo el vendedor; ninguna de las partes del contrato de compraventa tiene la obligación de contratar un seguro para el transporte principal de las mercancías, pero, como ya ocurría con el término DAT, el vendedor está interesado en contratarlo.

El último incoterm es el término DDP o “Delivered Duty Paid – Entregada derechos pagados (...lugar de destino convenido)”. 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 convenido³⁰⁷. Al vendedor le corresponde soportar todos los costes y riesgos contraídos al llevar la mercancía hasta aquel lugar, incluyendo, cuando sea pertinente, cualquier derecho (término que incluye la responsabilidad y los riesgos para realizar los trámites aduaneros y el pago de los trámites, derechos de aduanas, impuestos y otras cargas) para la importación en el país de destino (el vendedor debe realizar los despachos, pagar los impuestos y realizar los trámites tanto de exportación como de importación). Mientras que el término EXW significa la menor obligación para el vendedor, DDP representa la obligación máxima.

Las características de DDP son las siguientes: se trata de un incoterm polivalente (en el sentido de que puede emplearse con independencia del modo de transporte), el vendedor deberá sufragar la totalidad de los costes hasta dejar la mercancía situada en el punto convenido en el país de destino, el riesgo de la mercancía también se traspasará en el mismo punto convenido en el país de destino del comprador, el seguro de la mercancía hasta el punto convenido irá a cargo del vendedor (aunque no es obligatorio), y el vendedor estará obligado a asumir los costes de despacho de aduana de importación, es decir, la gestión y los impuestos que normalmente constan de arancel y el impuesto interior (IVA), e impuestos especiales si el producto lo requiere.

³⁰⁷ El riesgo de pérdida o daño de la mercancía se transmite cuando el vendedor la pone a disposición del comprador en los medios de transporte de llegada y preparada para su descarga en el lugar designado (véase puntos A4, A5, B4 y B5). Esto significa que el riesgo de pérdida o daño de la mercancía se transmite al comprador antes que se realice la descarga del medio de transporte empleado para llevarla a su destino. Al comprador, en virtud del punto B6 b) del término DDP de los Incoterms 2010, le corresponde pagar todos los costos de descarga necesarios para proceder a la recepción de la mercancía desde los medios de transporte de llegada en el lugar de destino designado, salvo que tales costos fueran por cuenta del vendedor según el contrato de transporte. No olvidemos que el punto A3 a) del mismo término establece que al vendedor le corresponde contratar el transporte de la mercancía hasta el lugar de destino designado, o hasta el punto acordado, si lo hay, en el lugar de destino designado. Además, la introducción de dicho término establece que si el vendedor incurre en costos según el contrato de transporte que estén relacionados con la descarga en el lugar de destino, no tiene derecho a recuperarlos del comprador a menos que las partes lo acuerden de otro modo.

CAPÍTULO 11

Cuestiones planteadas por los nuevos Incoterms de 2010

En el momento de escribir estas líneas hace pocos días que ha entrado en vigor la nueva versión de los Incoterms de 2010. Es bien sabido que la Cámara de Comercio Internacional se encarga de actualizar de manera periódica estos términos, siempre con la intención de mejorarlos y adaptarlos a las prácticas comerciales empresariales, así como a los modos y procesos de contratación a nivel internacional. Desde la creación de los Incoterms por la CCI en 1936, estos modelos contractuales aceptados mundialmente se han renovado de manera regular para adecuarse al desarrollo del comercio internacional. Los Incoterms 2010 toman en consideración aspectos tales como la difusión de zonas libres de aduanas, el incremento del uso de las comunicaciones electrónicas en las transacciones comerciales, la intensificada preocupación sobre la seguridad en la circulación de mercancías y los cambios en la práctica y usos del transporte.

Los profesionales del comercio internacional son en su mayoría conscientes de que éste ha experimentado en los últimos años una gran evolución. Las personas, las empresas y los operadores se han dado cuenta de que su mercado es el mundo entero, tanto para comprar como para vender. En estos últimos años han evolucionado muchos aspectos del comercio internacional que afectan a los incoterms, aspectos como la concepción del transporte internacional, como el uso del transporte combinado o el transporte multimodal, se ha avanzado en el concepto logístico de la intermodalidad y se han creado nuevas infraestructuras, las cuales facilitan el uso y la gestión de estos conceptos. Asimismo, se han incorporado y evolucionado nuevas formas de cobro del pago, existen nuevas normativas, nuevos acuerdos a nivel internacional. Dicho de otro modo, todos los elementos circundantes a los incoterms han evolucionado. El entorno es cambiante y evoluciona constantemente. Este es el motivo de que la Cámara de Comercio Internacional CCI tenga que responder de forma efectiva a esta evolución. Este es el motivo de los incoterms 2010.

Esta nueva versión ha entrado en vigor el 1 de enero de 2011 y, en muchos aspectos mantiene la esencia de lo que han venido siendo los Incoterms hasta ahora. Siguen tratándose de unos términos contractuales, elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, pero basándose en la realidad del tráfico comercial internacional. Su naturaleza es esencialmente contractual, en el sentido de que las partes no están obligadas a utilizarlos, al no tratarse de Derecho imperativo, sino que se trata de unos modelos contractuales de los que compradores y vendedores a lo largo y ancho del mundo pueden valerse en el ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad. La disciplina de estos términos sigue girando en torno a la entrega de las mercancías, la distribución de los riesgos, el reparto de gastos y las obligaciones de las partes respecto a transporte, seguro, trámites aduaneros, etcétera. La finalidad de los Incoterms es establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional para, de ese modo, poder evitar las incertidumbres derivadas de las distintas interpretaciones de dichos términos en países diferentes o, por lo menos, reducirlas en gran medida.

Aprovechando la aparición de esta nueva versión, ciertos profesionales del comercio se han planteado una serie de cuestiones en las que vale la pena detenerse un momento.

11.1 ¿Habría que revisar los Incoterms más a menudo?

Desde algunos medios profesionales, y sobre todo a través de internet³⁰⁸, se ha planteado la cuestión de si estos nuevos Incoterms han tardado demasiado en aparecer, ya que muy pronto se detectaron inconsistencias y contradicciones entre normas que las empresas se veían y se ven obligadas a quebrantar. De hecho, algunos han llegado a preguntarse si la rápida evolución del comercio internacional no hace necesario que se produzcan revisiones cada cinco años en lugar de cada 10 años, y de este modo no tener que esperar otros 10 años para la corrección de la nueva versión del 2010 de los Incoterms.

En mi modesta opinión, si bien es cierto que las quejas e inquietudes de los profesionales del comercio internacional se encuentran justificadas, no creo que una constante revisión de los Incoterms sea necesaria, e incluso diría que esa posibilidad podría llegar a ser contraproducente. No debemos olvidar que la mayoría de los problemas jurídicos que se plantean en los tribunales relativos a estos términos tienen su origen en un desconocimiento o mal uso de los mismos por parte de los operadores. Desgraciadamente, el acelerado ritmo de la economía actual provoca que muchos empresarios (no olvidemos que los incoterms los utilizan fundamentalmente los empresarios) no dediquen todo el tiempo que sería deseable a, en primer lugar, entender e interpretar de manera correcta los incoterms y, en segundo lugar, a decidir cuál es el término correcto (o por lo menos más adecuado) para sus necesidades. No hay más que ver cuántas veces se aplican incoterms estrictamente marítimos a compraventas que usan transportes aéreos o terrestres, o las veces en las que una parte llega a juicio sin tener realmente claro el alcance de sus deberes y obligaciones, solamente porque en su momento no quiso perder tiempo examinando en profundidad el término que, por contrato, se comprometía a respetar. Estoy convencido de que si se eliminara la falta de previsión en estos casos, la cantidad de problemas que plantean los Incoterms se reduciría drásticamente.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que, a lo largo de sus sucesivas actualizaciones, la Cámara de Comercio Internacional ha mantenido una buena parte de estos términos sin modificar. Es cierto que con los años algunos términos desaparecen y se añaden otros nuevos, pero muchos de ellos permanecen casi incólumes. Tal vez la modificación de este “núcleo duro” de los Incoterms, que durante tanto tiempo han sido utilizados, plantearía más problemas de los que resolvería. Si un término fuera realmente inútil, se habría eliminado o modificado hace tiempo, cosa que no pasa con ciertos términos.

Por último, no podemos obviar que uno de los objetivos principales por los que la Cámara de Comercio Internacional se decidió en su día a redactar los Incoterms fue para aportar seguridad jurídica al comercio internacional, codificando en cierta forma unos usos

³⁰⁸ Para más información acerca de las opiniones planteadas por los profesionales del comercio internacional y que han dado lugar a las reflexiones de este capítulo, consúltense fundamentalmente las páginas www.incoterms-2010.com y www.incotermsfob.com.

comerciales que ya hacía tiempo se venían aplicando. Sé que puede parecer una observación demasiado teórica y alejada de la realidad, pero creo que una constante y frecuente revisión de estos términos puede llegar a desvirtuar el objetivo de la seguridad jurídica. Puestos a ser exigentes, pongamos que los incoterms se revisasen no ya cada diez años, como ocurre ahora, o cada cinco años, como se ha planteado, sino cada año. Para cada revisión, la Cámara de Comercio Internacional busca las opiniones y aportaciones de los operadores internacionales, que son los que a la postre usarán esos términos. Cuando más reduzcamos el plazo para cada nueva versión, menos tiempo tendrá la Cámara para recabar la información necesaria para realizar una actualización de calidad. Y este argumento también puede aplicarse a los operadores internacionales porque, si a muchos ya les cuesta estar al día con una nueva versión cada diez años, no digamos ya si esa frecuencia aumenta. En caso de ser así, el mal uso de los incoterms por desconocimiento o mala interpretación podría aumentar respecto a los niveles actuales, la cual cosa podría llegar a poner en duda la propia utilidad de los incoterms. Incluso la propia jurisprudencia sobre este tema se vería afectada, porque cambiaría y dejaría de valer de un año para otro, al mismo ritmo al que cambiasen las normas.

Por todos estos motivos, creo que si bien las revisiones de los incoterms son necesarias, resulta conveniente espaciarlas en el tiempo. Debemos tener en cuenta que para apreciar la calidad de una norma y su éxito entre sus destinatarios es necesario un periodo razonable de tiempo. Un plazo anual resultaría a todas luces inviable, pero ¿acaso lo sería pasar del actual periodo de diez años a uno más corto de cinco años? Tal vez no, porque los problemas que hemos mencionado antes se manifestarían con menor intensidad, a excepción del relativo a la jurisprudencia. Si los tribunales tardan demasiados años en sentar jurisprudencia porque se encuentran saturados y con falta de medios (y esto no sólo ocurre en nuestro país), aumentar el ritmo de las actualizaciones puede dificultar el uso de una jurisprudencia ya tardía de por sí que, al fin y al cabo, debería constituir una herramienta indispensable para la interpretación de los incoterms, la cual cosa a su vez se reflejaría negativamente en el uso de los mismos por parte de los operadores. Por desgracia, ante esta situación, reducir el plazo de actualizaciones de diez a cinco años puede llegar a ser contraproducente. La mejor solución no parece encontrarse pues en un constante cambio de las normas existentes, sino en una mayor previsión y mejor comprensión en el uso de las mismas. Y si todo esto falla, a las partes siempre les quedará la opción de, en el libre ejercicio de su autonomía de la voluntad, redactar desde cero un contrato de compraventa que se adapte a la perfección a sus necesidades concretas.

11.2 Los Incoterms y el comercio internacional de servicios

Otra cuestión que se ha planteado en estos medios es una hipotética aplicación de los Incoterms no ya a la compraventa de mercancías, sino al comercio internacional de servicios. Pero, ¿es posible, o incluso deseable, la aplicación de estos términos a un tipo de transacción que en principio les es ajena?

Es cierto que las compraventas de productos físicos forman parte de la mayoría de las transacciones a nivel internacional, pero también es cierto que el comercio internacional de

servicios se ha incrementando en gran medida, sobre todo por parte de los países con economías más avanzadas.

¿Qué es lo que se ha sugerido que podrían regular los Incoterms? Podrían regular aspectos como quién paga los materiales, fungibles o instrumentos que se pueden derivar de una prestación de servicios, quién se hace cargo de los gastos de manutención, quién paga los viajes, cuándo se entiende el servicio por finalizado y se realiza la entrega, entre muchos otros temas.

A pesar de que no es una mala idea regular en un mismo contrato los aspectos más importantes que pueden afectar a una transacción de servicios, los propios foros en los que se ha planteado esta idea han sido los primeros en reconocer que, si bien es cierto que los incoterms regulan los flujos físicos de mercancías, no están pensados para regular prestaciones de servicios. No hay más que ver la propia estructura de estos términos para darse cuenta de ello. Todos ellos se dividen en obligaciones del comprador y obligaciones del vendedor, apartados que son más o menos amplios en función de cada incoterm en concreto. De buenas a primeras resulta evidente que su objetivo es regular ciertos aspectos de la compraventa, repartiendo entre las partes de la misma las obligaciones accesorias necesarias para que dicha compraventa se lleve a cabo, principalmente a quién le corresponde realizar los contratos de transporte y de seguro, o llevar a cabo los trámites aduaneros, entre otras cosas. Así que en principio, los incoterms existentes (tanto la versión 2010 como las anteriores) parecen inadecuados para el fin sugerido.

Aún así no deberíamos desechar la idea inmediatamente. Lo que se ha sugerido es, básicamente, que aprovechando esta actualización de los incoterms, la Cámara de Comercio Internacional podría haber incluido algún término nuevo que se ocupase de las transacciones de servicios, a la vista de que los existentes son inadecuados para tal fin. Si la importancia creciente del comercio internacional de mercancías motivó en su día la aparición de los incoterms y su periódica actualización, no resulta descabellado plantearse si el comercio internacional de servicios, cuya importancia no puede desdeñarse, puede justificar la creación de un instrumento similar a los incoterms aplicables a las transacciones de servicios. La cuestión es determinar hasta qué punto la experiencia adquirida con los incoterms puede ayudar en la elaboración de dicho instrumento.

Lo primero que hay que precisar es que, a la hora de la verdad, los incoterms sólo se ocupan de un contrato, el de compraventa de mercancías, mientras que en el comercio internacional de servicios existen gran variedad de contratos. Por este motivo, un único término relativo a las prestaciones de servicios que se solapase a los incoterms existentes resultaría insuficiente. Para cubrir el espectro de contratos de prestación de servicios hay que pensar más a lo grande. Por ello, puestos a emprender dicha tarea, lo mejor sería crear un término nuevo para cada contrato de servicios, o por lo menos para los más importantes. De lo que se trataría es de crear una especie de nuevos “incoterms” exclusivamente volcados en las transacciones de servicios.

Una vez determinado el objetivo, el siguiente paso sería comprobar si se dan las condiciones adecuadas para su consecución. Lo primero que deberíamos averiguar es si existen en el comercio internacional de servicios unos usos o costumbres universalmente

aceptados. No debemos olvidar que los Incoterms tienen su origen en usos y costumbres que se encontraban presentes desde antiguo en el comercio internacional, que a su vez fueron recogidos por la Cámara de Comercio Internacional, que a su vez se fueron actualizando teniendo en cuenta las opiniones de los profesionales del sector. De este modo, la Cámara debería primero establecer si existe en el comercio internacional de servicios unos usos o costumbres comparables con los que tener una base de la cual partir.

En caso de ser así, lo siguiente sería recogerlos, compilarlos y presentarlos públicamente, para que los profesionales del sector pudieran valorarlos y expresar su opinión al respecto. No hay que olvidar que al final serán ellos los que, en el libre ejercicio de su autonomía de la voluntad, decidirán la aplicación de estos nuevos términos. Si todo va bien y son finalmente aceptados, ya sólo quedará realizar las debidas actualizaciones cuando corresponda.

11.3 ¿Les pedimos demasiado a los Incoterms?

Cuando uno se detiene a examinar las opiniones, dudas, quejas o proposiciones que los profesionales del comercio internacional plantean en los foros de debate, es fácil darse cuenta de que se pide básicamente dos cosas:

- 1) Que se simplifique la redacción y se clarifique el uso correcto de los Incoterms, así como despejar las dudas sobre si tal o cual término resulta aplicable a una situación determinada (por ejemplo, si resulta aceptable que una venta FOB se aplique a un transporte aéreo, a pesar de que en teoría no debería ser así, etc.)
- 2) Que estos términos regulen más cosas, que cubran más aspectos (como por ejemplo, las transacciones de servicios, como acabamos de ver).

Ya hemos planteado con anterioridad que una buena parte de los problemas que en la práctica plantean los Incoterms (aunque no en su totalidad) se deben a un mal uso de los mismos, a su aplicación a prácticas para las que no han sido concebidos o, directamente, a la falta de previsión por parte de los operadores que los utilizan. Para clarificar su uso, los operadores, además de a la opinión profesional de los abogados especializados en el tema, pueden acudir a la doctrina y jurisprudencia sobre la materia, tanto nacional como extranjera, así como a los laudos del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional y de otros tribunales arbitrales. Los Incoterms son normas que, en muchos casos, vienen usándose desde hace casi un siglo (a pesar de sus cambios y actualizaciones), y existe material de sobra para facilitar su comprensión. Otra cosa es que la velocidad de la actividad empresarial actual haga más difícil hacer uso de estas fuentes. Como ya he expresado anteriormente, a mayor previsión, menos problemas futuros. ¿Tal vez una mayor simplicidad en su redacción haría más fácil su interpretación? ¿Esa facilidad de interpretación haría innecesario el examen de la doctrina y jurisprudencia sobre los Incoterms? ¿Resultaría útil dicha facilidad de interpretación en un contexto empresarial cada vez más obsesionado con la rapidez y el ahorro de costes? ¿O acaso todo esto no es más que una quimera?

No debemos olvidar que los Incoterms se han redactado en base a unos usos comerciales internacionalmente aceptados. Cualquier cambio o simplificación en dicha redacción debería ser el reflejo de una modificación previa de tales usos, cosa que no parece haberse dado, puesto que la Cámara de Comercio Internacional ha mantenido intactos la mayor parte de los términos. Un cambio injustificado o una excesiva simplificación en su redacción podría repercutir negativamente en la utilización de los Incoterms, motivo por el cual la Cámara siempre ha sido cautelosa a la hora de realizar nuevas versiones.

Otro problema que se ha planteado es la utilización de estos términos en situaciones que en principio les son ajenas. Uno de los casos más claros es la aplicación de incoterms exclusivamente marítimos a compraventas en las que se emplean otros medios de transporte. Algunos operadores alegan que los han utilizado de este modo durante mucho tiempo y que nunca han tenido problemas, aunque tal vez deberían añadir que no tuvieron problemas hasta que alguien se quejó y hubo que ir a juicio. Se ha planteado que las actualizaciones deberían servir para clarificar las situaciones en las que un incoterm u otro sería más o menos adecuado, aunque lo cierto es que tanto los propios términos, como la doctrina sobre los mismos, como la jurisprudencia suelen ser bastante claros al respecto.

La verdad es que cuando uno examina los Incoterms detenidamente resulta bastante evidente cuándo pueden aplicarse y cuándo no, y en caso de duda, siempre se puede acudir a la doctrina y a la jurisprudencia. Es posible que la evolución de la logística permita plantear la posibilidad de que, por ejemplo, todos los términos fueran aplicables a cualquier medio de transporte. Cierto es que, gracias a los contenedores, las operaciones de carga y descarga cada vez se parecen más, independientemente de cual sea el medio de transporte. Verdaderamente, no existe una gran diferencia entre cargar un contenedor en la cubierta de un buque, en la bodega de un avión, sobre un tren o en un camión. Este es uno de los motivos por los que se han aplicado incoterms marítimos a otros medios de transporte, aunque en principio no debiera ser así. Si a esto le añadimos el auge del transporte multimodal, que combina varios modos de transporte en un mismo contrato, no resulta extraño que se haya llegado a cuestionar la necesidad de mantener la exclusividad de ciertos términos respecto al transporte marítimo.

A pesar de ello, no creo que haya llegado aún el momento de plantear un cambio tan radical. Los contenedores, a pesar de su importancia, no constituyen la totalidad de las entregas. Las operaciones de carga y descarga de mercancías a granel, sin ir más lejos, difieren en cierta medida de aquellas en que se usan contenedores y, como ya vimos en capítulos anteriores, el comercio internacional sigue decantándose abrumadoramente por el transporte marítimo. La Cámara de Comercio Internacional, tal vez dándose cuenta de esta situación, ha preferido mantener un buen número de términos exclusivamente marítimos. Si además tenemos en cuenta que, en lo relativo al transporte, los Incoterms sólo regulan quién está obligado a contratarlo, y si éste debe ser necesariamente marítimo o no, resulta francamente sorprendente la cantidad de problemas que en la práctica parece haber planteado este tema.

La otra gran cuestión que se plantea en ciertos foros de internet es si los Incoterms deberían regular más cosas. Ya en la versión del año 2000 resultaba evidente que sus redactores habían pretendido abarcar el mayor número de posibilidades, tanto en lo referente a la

entrega como en los medios de transporte, cosa que parece que se ha mantenido en esta nueva versión de 2010. Anteriormente hemos visto cómo el hecho de extender las materias reguladas por estos términos a otros temas como el comercio de servicios podía resultar contraproducente. La pregunta que debemos hacernos es por qué los Incoterms sólo regulan ciertas materias de la compraventa internacional, y no todas ellas.

La clave de esta cuestión se encuentra en el consenso internacional. Los Incoterms sólo regulan aquellos aspectos de la compraventa internacional en el que la mayoría de las partes se pone de acuerdo. Cuando hablamos de una entrega FOB o de una entrega en condiciones CIF, en casi cualquier país sabrán de qué hablamos. Los operadores del comercio internacional se pusieron de acuerdo en otorgar a esas siglas unas determinadas operaciones en lo que se refiere a la entrega. Por el contrario, ningún incoterm regula la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa objeto de compraventa, básicamente porque, al existir varios sistemas de transmisión de la misma en multitud de países, nunca ha habido el contexto de consenso y uniformidad internacional necesarios para ello (como ya vimos que pasaba con la Convención de Viena de 11 de abril de 1980). Su inclusión en los incoterms habría resultado contraproducente, al no existir un sistema de transmisión de la propiedad universalmente aceptado.

Los Incoterms regulan aquellos aspectos de la compraventa en los que existe un elevado consenso internacional, y deja aquellos aspectos en los que no es así en manos de la autonomía de la voluntad. Esa es la clave de su éxito y de su amplia difusión, y está directamente relacionada con la pregunta que da título a este apartado. Si los operadores tienen problemas con los Incoterms, ¿se debe a una mala redacción de los mismos, a una falta de actualización, o más bien a un mal uso de los mismos por parte de dichos operadores? ¿Es acertado pretender variar unas normas surgidas de un contexto de consenso internacional sin que exista dicho consenso en los aspectos que se quieren cambiar?

No parece justo afirmar que los Incoterms, en cualquiera de sus versiones, adolezcan de una técnica deficiente en lo que respecta a su redacción. Como ya hemos visto, a lo largo de los años un buen número de ellos ha permanecido incólume, lo que constituye una señal inequívoca de su calidad y de su utilidad (no olvidemos que se trata de unas normas de aplicación voluntaria). Por otra parte, las exigencias de la economía actual a menudo provocan que los operadores no puedan dedicar a la lectura y comprensión de estos términos todo el tiempo y la atención que sería deseable, circunstancia que se encuentra en la raíz de muchos de los problemas que se dan en la práctica. Además, con cada nueva actualización se ha cambiado solamente aquello en lo que había consenso, dejando el resto en manos de la autonomía de la voluntad. Así pues, ¿dónde está el problema?

Cuando los profesionales del comercio internacional piden que se introduzcan cambios en los Incoterms suele ser porque consideran que éstos no se adaptan plenamente a sus necesidades concretas. Pero, ¿hasta qué punto puede adaptarse a las necesidades de una operación comercial concreta una norma emanada desde un organismo como la Cámara de Comercio Internacional y que, además se basa en unos usos comerciales surgidos de un contexto internacional en el que solamente existía consenso en ciertos aspectos de la compraventa?

Seamos claros, es imposible que un comerciante encuentre la solución a todos los problemas que pueden surgir de una compraventa internacional simplemente por el hecho de asignarle un incoterm determinado. Estos términos solucionan las partes más importantes y en las que hay consenso internacional, y dejan el resto en manos de la autonomía de la voluntad. En otras palabras, estas normas son fruto de su tiempo y hacen lo mejor que pueden hacer, o al menos, lo que les permite hacer el contexto del que han surgido y del que se nutren para su evolución. Es por ello que no creo que sea pertinente plantear, a día de hoy, cambios demasiado radicales en los Incoterms. No se dan las condiciones adecuadas para ello, y además no creo que sea necesario. Pero ¿cuál sería entonces la solución?

Si queremos evitar buena parte de los problemas que estas normas plantean en la práctica, la solución pasa no tanto por una constante modificación de las mismas desde la Cámara, sino por un mejor uso por parte de los operadores. Y ese mejor uso debería centrarse básicamente en dos frentes. El primero consistiría en entender mejor las necesidades no sólo comerciales, sino también logísticas, tanto de sus empresas como de las operaciones que emprendan para, después, poder elegir el término que mejor se adapte a sus necesidades. Y, ya pasando al segundo frente, si después de un examen pormenorizado de dichos términos, llegan a la conclusión de que ninguno se adapta plenamente a sus necesidades, hacer uso de la autonomía de la voluntad para llenar esas lagunas. Pero siempre que se trate de un uso prudente, que no produzca contradicciones con los Incoterms. Por todo esto, no creo que debamos pedir una serie de cambios radicales en estos términos, sino entenderlos mejor y aprender a combinarlos satisfactoriamente con el uso adecuado de la autonomía de la voluntad.

CAPÍTULO 12

LA MODALIDAD FOB DENTRO DE LOS INCOTERMS

12.1 Definición de “franco a bordo”

A lo largo de esta tesis hemos visto la importancia que el comercio internacional tiene para la sociedad contemporánea, la cual se encuentra influenciada por un marcado proceso de globalización de la economía. Es lógico que las personas busquen suplir sus necesidades materiales mediante el intercambio comercial. Dentro de ésta actividad, la figura jurídica por antonomasia será el contrato de compraventa, cuya causa es el intercambio de cosas por dinero.

Si bien la compraventa existe desde los más remotos tiempos de la humanidad, creo que es posible afirmar que nunca antes en la historia había gozado este contrato de un marco tan favorable para su desarrollo. Los avances técnicos y jurídicos experimentados hasta la actualidad han permitido que el comercio se desarrolle hasta límites insospechados.

Por un lado, el desarrollo en los medios de transporte, ya sea terrestre, marítimo o aéreo, ha permitido poner en contacto compradores y vendedores pertenecientes a lugares muy distantes entre sí. Los mares, ríos y montañas que antes separaban a los pueblos y, en cierto modo, los protegían a unos de otros han pasado de ser obstáculos casi insalvables a convertirse en meras superficies perfectamente transitables, siempre y cuando se respeten unas mínimas normas de seguridad. Si a estos avances en los medios de locomoción unimos las mejoras en las comunicaciones, nos encontramos con una facilidad en el tránsito de mercancías como nunca antes había existido.

Por otra parte, un intercambio comercial tan intenso como el que vivimos en la actualidad, para realizarse en condiciones de seguridad, precisa de un entramado jurídico adecuado y a la altura de las circunstancias, que se adapte a la realidad. Si bien antiguamente existía un elevado intervencionismo estatal en esta materia, éste ha dejado paso a una legislación más flexible, donde prima la autonomía de la voluntad e incluso se permite a las partes determinar a su antojo las normas que regirán su compraventa particular.

En el caso español, nos encontramos con que con que la parte de nuestro ordenamiento referida a la compraventa, tanto si nos referimos al Código Civil como al Código de Comercio, se compone de normas dispositivas, permitiendo a las partes establecer el contenido de su relación contractual. Además, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías también es en esencia dispositiva. Tanto si se trata de compraventas nacionales como internacionales, se busca que las partes gocen de la mayor libertad posible, porque se entiende que es lo que más les beneficia.

En este contexto de primacía de la autonomía de la voluntad, no son pocos los casos de autorregulación, ya sea por parte de particulares, asociaciones profesionales, etcétera. Uno

de los ejemplos más brillantes lo encontramos en los Incoterms de la Cámara de comercio Internacional de París.

Los Incoterms, desde su ya lejana primera versión de 1936, han constituido un instrumento jurídico muy eficiente y adecuado para el desarrollo de la compraventa, sobre todo en su vertiente internacional. Al tratarse de unas disposiciones de naturaleza esencialmente contractual, cuya aplicación depende de la voluntad de las partes, se acomodan mejor a la realidad y a las circunstancias de la compraventa. Además, la primacía de la autonomía de la voluntad en este campo permite a los contratantes realizar los cambios que consideren oportunos a estos términos, lo cual facilita aún más su aplicación y difusión.

En los Incoterms 2010 se da cabida a todos los medios de transporte posibles que las partes puedan elegir para que las mercancías lleguen a su destino, es decir, a manos del comprador. Aún así, de entre todos los medios de transporte, siempre se ha otorgado una especial atención al transporte marítimo, a pesar de que la misma se haya relativizado con el tiempo. Mientras que en la versión del año 2000 seis de sus trece términos eran esencialmente marítimos, y los otros siete términos podían usarse con cualquier modo de transporte, incluido el marítimo, en la actual versión de 2010 el número de términos exclusivamente marítimos se ha visto reducido a cuatro (FAS, FOB, CFR y CIF), frente a siete términos polivalentes (EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP y DDP).

Ahora que ya hemos examinado los Incoterms desde una perspectiva general, creo que podemos pasar a examinar la modalidad FOB en concreto. Entre los términos dedicados a las ventas marítimas, el FOB es uno de los más importantes y utilizados en el tráfico comercial internacional³⁰⁹. También es uno de los más antiguos³¹⁰.

³⁰⁹ Como afirma FARIÑA, la mayor rapidez de los viajes marítimos y la facilidad mucho mayor de las comunicaciones ha provocado que las antiguas formas de las ventas marítimas por “buque designado” o “a designar”, o “ventas sobre embarque”, hayan ido cayendo en desuso ante el gran desarrollo adquirido por las ventas conocidas por las abreviaturas FOB (franco a bordo, del inglés *free on board*), y CIF, o CAF (*cost, insurance, freight* en inglés o su equivalente en francés). El autor toma como válida la definición de la venta FOB como “aquella en la que la transferencia de la propiedad y de los riesgos que son su consecuencia tiene lugar desde que el vendedor ha entregado la mercancía a bordo del buque designado por el comprador y desde que esta mercancía ha sido admitida en la carga por el buque” (nótese que ya antes de que se modificara el criterio de transmisión del riesgo de la venta FOB en los Incoterms 2010 ya se interpretaba que el vendedor debía colocar las mercancías a bordo del buque). Sobre la terminología y la naturaleza de esta clase de ventas hay algún confusiónismo. Se observa en las notas relativas a esta cuestión de la *Revue de Droit Maritime Comparé* que es preciso distinguir la cláusula f. o. b., que significa siempre “franco a bordo del buque”, de la cláusula “franco al costado del buque” (*free alongside*, o F. A. S.) la cual limita la obligación del vendedor a la entrega en el muelle o sobre gabarras, al costado del buque, siendo los gastos, hasta colocar la mercancía bajo aparejo, a cargo del comprador. Según el criterio general de la jurisprudencia moderna, en Inglaterra, Francia, Bélgica, Alemania y países nórdicos, la venta FOB implica la obligación del vendedor de poner la mercancía a bordo y no al costado del buque. No implica que sea a cargo del vendedor ni la colocación en la bodega ni la estiba. En Francia, los tribunales tienden a distinguir la venta “franco a bordo”, que equivaldría a la venta “franco al costado de a bordo”, de la venta “*franc à bord*”, que correspondería exactamente a la significación de los términos ingleses, de los que FOB es la abreviatura. Al respecto, véase FARIÑA, Francisco, op. cit., págs. 673 y 674.

³¹⁰ En la sentencia británica sobre el caso *Raymond Winslow & Co. Ltd. v. N. Scratchard Ltd.* (1944) se afirma lo siguiente al respecto de la definición de la venta fob: “durante mucho tiempo, ciertamente más de cien años, (el término fob) ha tenido un significado muy conocido, y si una parte vende el género “franco a bordo”, eso significa que él tiene que poner el género a bordo y debe pagar el gasto que ello conlleva, y la

Como ya dijimos en su momento, el término FOB o Franco a Bordo (“Free On Board” en inglés) pertenece a los Incoterms y se encuadra en el grupo de las ventas marítimas.

El término “Franco a Bordo”, hasta hace bien poco, se caracterizaba por el hecho de que el vendedor realizaba la entrega cuando la mercancía sobrepasaba la borda del buque en el puerto de embarque convenido. Esto quería decir que el comprador debía soportar todos los costes y riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde aquel punto. Esto fue así hasta la versión del año 2000. Pero en la de 2010, después de muchas discusiones, se acordó dar el paso de cambiar este punto de entrega. Actualmente, el incoterm FOB significa que el vendedor entrega la mercancía a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque designado o proporciona la mercancía así ya entregada. El riesgo de pérdida o daño se transmite ahora cuando la mercancía se encuentra a bordo del buque, momento a partir del cual el comprador corre con todos los costos. Sólo puede ser utilizado para el transporte por mar o por vías navegables interiores

El término FOB exige al vendedor despachar la mercancía en aduana para la exportación. Sin embargo, el vendedor no tiene ninguna obligación de despacharla para la importación, pagar ningún derecho de importación o llevar a cabo ningún trámite aduanero de importación.

El FOB es una de las modalidades de los incoterms más usadas internacionalmente aunque, como el resto de términos, también puede emplearse en compraventas nacionales³¹¹. Desde que se crearon los incoterms, el término FOB se utiliza en un gran número de operaciones de compraventa cuando lo que se pretende es entregar la mercancía en el país de origen. A pesar de ello, conviene dar una visión actualizada de este término. Desde la aparición de los incoterms, el comercio internacional ha evolucionado mucho, las unidades de carga son diferentes, ya que la mayoría de bienes de consumo y de productos semielaborados viajan en contenedor, los medios de transporte han mejorado sus prestaciones y la forma de entender la logística es completamente distinta.

Las características del término FOB pueden resumirse de la siguiente manera:

- La FOB es una modalidad de incoterm que solamente puede usarse para el transporte marítimo o fluvial.

entrega se realiza y la mercancía se encuentra bajo el riesgo del comprador cuando ésta se encuentra a bordo, habiéndose pagado el gasto por parte del vendedor”. Para más información sobre las características de la venta fob pueden consultarse también los casos *Browne v. Hare* (1858), *Stock v. Inglis* (1884), *Wimble, Son & Co. v. Rosenberg & Sons* (1913), *H. O. Brandt & Co. v. H. N. Morris & Co. Ltd.* (1917), *Maine Shipping Co. v. Sutcliffe* (1947), *Colley v. Overseas Exporters* (1921) y *J. & J. Cunningham Ltd. v. R. A. Munro & Co. Ltd.* (1922), todos del Reino Unido.

³¹¹ Las cláusulas FOB se emplean en las transacciones de suministro y de exportación. Una transacción del suministro (o si se prefiere, también llamada "venta interior") involucra un contrato entre un fabricante local y un comerciante local, el último normalmente actuando como un exportador, y contemplando una reventa inmediata a una parte extranjera. En tal un caso, la venta se concluye entre residentes del mismo país, estando los dos en un lugar bastante cercano al punto de embarque y son igualmente competentes para tratar con las formalidades necesarias conectadas con el embarque y exportación de las mercancías. El fabricante proveedor normalmente desconoce el destino extranjero de las mercancías. Véase SASSON, David M., “*F.O.B. CONTRACTS*”, ed. Stevens & Sons Limited, Londres, 1960, pág. 9.

- El vendedor asume todos los costes y riesgos hasta el momento en que la mercancía se encuentra a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque convenido o proporciona la mercancía así ya entregada.
- La entrega de la mercancía se produce en ese mismo punto (a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque designado).
- El coste del despacho de aduanas de exportación va a cargo del vendedor.
- El comprador, aunque no tiene la obligación de hacerlo, suele encargarse de realizar el seguro del transporte principal.
- Todos los gastos que se produzcan a partir de la entrega de la mercancía corren a cargo del comprador.

12.2 Importancia de la entrega de las mercancías

Antes de nada, conviene recordar que el eje central de los incoterms son la entrega y la transmisión de riesgos, y, aunque la transmisión de la propiedad es la obligación inherente y principal en todo contrato de compraventa, ésta no es objeto de regulación en los términos de la Cámara de Comercio Internacional. Para determinar en qué momento la propiedad de la mercancía se transmite del vendedor al comprador habrá que examinar lo que establezca el derecho nacional aplicable en cada caso.

Como consecuencia de un contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida. El artículo 35 de la Convención de Viena señala que el vendedor debe entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada. Este artículo establece una serie de normas para determinar si las mercaderías entregadas por el vendedor son conformes al contrato en cuanto a tipo, cantidad, calidad y embalaje o envase, definiendo las obligaciones del vendedor respecto a estos aspectos decisivos de la ejecución del contrato. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la falta de entrega por el vendedor de mercaderías que reúnan las condiciones aplicables del artículo 35 constituye un incumplimiento de las obligaciones del vendedor³¹², aunque en caso de que las mercancías no conformes fueran iguales en valor y utilidad a las conformes, podría no ser considerado como incumplimiento³¹³.

Siguiendo con la Convención de Viena, su artículo 30 declara que el vendedor deberá entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la propia Convención. Este artículo declara y sintetiza las principales obligaciones que debe cumplir el vendedor. No obstante, el vendedor está igualmente obligado a cumplir cualquier obligación adicional prevista en el contrato o en virtud de un uso o práctica entre las partes. En lo relativo a la obligación del vendedor de entregar las mercancías, resulta oportuno destacar que en los contratos de compraventa internacional es frecuente que las partes

³¹² Véase, a modo de ejemplo, el caso CLOUT N° 123, en el que se establece que un incumplimiento esencial del contrato de compraventa puede ser causado por la entrega de mercaderías no conformes al contrato.

³¹³ Véase el caso CLOUT N° 251.

especificuen el deber de entregar las mercancías utilizando alguno de los Incoterms, el cual prevalece entonces sobre las reglas de la Convención³¹⁴.

Asimismo, el artículo 30 debe ser confrontado con el artículo 53 de la Convención de Viena, en el que se establece la obligación del comprador de recibir las mercancías en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención, así como de pagar el precio de las mismas³¹⁵. Además, el artículo 60 concreta el contenido del artículo 53 al establecer que la obligación del comprador de proceder a la recepción consiste en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega³¹⁶ y en hacerse cargo de las mercaderías. Así, se establece un deber genérico del comprador de cooperar con el vendedor para que éste pueda realizar la entrega, deber que se verá concretado en las condiciones contractuales, además del deber de hacerse cargo de las mercancías, o lo que es lo mismo, la obligación de recibirlas en el lugar donde el vendedor deba entregarlas³¹⁷.

Como puede verse, la obligación de entrega de las mercancías por parte del vendedor es un efecto esencial del contrato, y sin ella la compraventa no puede cumplir su finalidad económica³¹⁸. El vendedor debe poner a disposición del comprador la mercancía objeto del contrato³¹⁹. Si la compraventa hace referencia a una cosa determinada, debe entregarse ésta

³¹⁴ Véanse los casos CLOUT N° 244 y 340.

³¹⁵ A tenor de lo dicho en este precepto y de lo dispuesto en el art. 6 de la Convención de Viena, se desprende que cuando el contrato estipula que la ejecución se realice de cierta manera distinta de la establecida en la Convención, prevalece el acuerdo de las partes.

³¹⁶ Véase por ejemplo la sentencia del U.S. District Court for the Southern District of New York, de Estados Unidos, del 10 de mayo de 2002, disponible en Internet, en la siguiente dirección: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020510u1.html>>.

³¹⁷ Véase como ejemplo el caso CLOUT, N° 47.

³¹⁸ Como afirma RUBIO GARRIDO, se trata de una obligación de hacer, porque su resultado debido no es el efecto transmisivo, sino simplemente la adquisición de la posesión por parte del *accipiens*. Si bien, ello no se contradice por el hecho de que, cuando la entrega se realiza en ejecución de un contrato transmisivo, a ella normalmente (sistema transmisivo de título y modo) o excepcionalmente (sistema consensual: venta genérica en la que la entrega especifica las cosas) la ley conecte la concesión del efecto transmisivo, puesto que en estos casos, quedando inmutable su concepto, la entrega, además juega como un adicional presupuesto de hecho de tal efecto legal. Pese a que algunos puedan afirmar que la obligación de entrega es la obligación esencial y principal del vendedor, en contraposición a la eventual y secundaria obligación de saneamiento, lo cierto es que la obligación de entrega, aunque esencial en la posición debitoria del vendedor, no es la única que tiene tal valor, y que su principalidad admite matices. A saber: respecto a la principal obligación de dar, la obligación de entrega es una obligación subordinada, en la medida en que existe porque la entrega es necesaria para la completa satisfacción del interés creditorio deducido en la obligación de dar. Al respecto, véase RUBIO GARRIDO, Tomás, “*Contrato de Compraventa y Transmisión de la Propiedad*”, STUDIA ALBORNOTIANA dirigidos por Evelio Verdura y Tuells, LVIII, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, págs. 170 y 171.

³¹⁹ Según BADENES GASSET, entrega quiere decir, en esencia, transmisión de la posesión al comprador. Así como se transmiten los derechos, así también es concebible una transmisión de la posesión, o lo que es lo mismo, la sustitución voluntaria de una persona por otra, de acuerdo con la primera, en el propio poder de hecho sobre la cosa, lo que implica la transmisión de las facultades, que a aquel poder de hecho anexiona la Ley. ALBALADEJO afirma que la entrega consiste en poner con ánimo de pago en poder del comprador la cosa o derecho vendido, y aclara que ese poner en poder se entiende adecuado a la naturaleza de la cosa o derecho de que se trate, debiendo consistir en una *tradición* cuando se trate de transferir un derecho real poseíble. El Código Civil emplea la fórmula de poner en *poder y posesión*, lo que ha dado lugar a controversias acerca del significado de éstos términos. SCAEVOLA supone que tienen éstos significado

y no otra diversa, aún cuando sea semejante. Si se trata de cosas genéricas, algo que ocurre frecuentemente en el caso de mercancías, el vendedor deberá entregar la cantidad, calidad y tipo de aquellas que correspondan a las estipuladas en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma pactada.

De manera complementaria a la obligación de puesta a disposición de la mercancía del vendedor, el comprador se encuentra obligado a la recepción de las mercancías. El comprador debe facilitar la entrega de las mercancías por parte del vendedor haciéndose cargo de ellas³²⁰. El alcance de esta obligación dependerá del momento y lugar de la puesta a disposición de la cosa por parte del vendedor. En nuestro Código de Comercio se dedica una serie de artículos a la puesta a disposición del comprador por parte del vendedor (artículos 333, 337, 338 y 339).

La cosa se considera entregada cuando está en poder y posesión del comprador (véase el artículo 1462 del Código Civil)³²¹. Según el Código de Comercio, se estima que la

distinto y quieren decir que no basta al comprador que se le transmitan los meros derechos posesorios, con los que no podría defenderse suficientemente en lo sucesivo, sino que previamente a la posesión se la ha de conferir el dominio, el pleno goce en propiedad de la cosa vendida. Pero CASTAN afirma que no parece muy claro que la palabra *poder* sea sinónima de la de *dominio*. Lo que hay que entender es que esa entrega no es un simple dar; es algo más: es un dar que tiene en su fondo una sustancia traslativa, ya que es el cauce jurídico a través del cual se verifica la transferencia del dominio. En nuestra legislación, que no se transfiera la propiedad por el simple consentimiento, la entrega es el expediente al que se acude para provocar el traspaso del dominio, si bien ha de ir acompañada de los demás requisitos de la tradición: preexistencia del dominio y *animus transferendi*. Para más información sobre estas opiniones, véase BADENES GASSET, Ramón, “*El Contrato de Compraventa*”, Tomo I, 3ª Edición, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1995, pág. 436.

³²⁰ Véase como ejemplo la STS de 25 de junio de 1999 (RJ 5963).

³²¹ Como afirma RUBIO GARRIDO, las referencias en el Código a la entrega en contratos no transmisivos (arts. 1543 y 1554,1, contrato de arrendamiento; art. 1740, contrato de comodato (el mutuo sí es contrato transmisivo); arts. 1758, 1763 y 1769, contrato de depósito) o en una obligación legal de restituir (art. 1895), hacen que sea necesario concebirla en un sentido amplio. En concreto, se desprende de tales artículos que la adquisición de la posesión por parte de los diferentes *accipientes* es un elemento esencial del concepto de entrega: para que ésta se verifique, es necesaria la creación a favor del accipiens de una situación de hecho, a la que la ley atribuya los efectos posesorios (tutela posesoria, posibilidad de usucapir o de adquirir inmediatamente a título originario *ex art. 464 C. c.*, etc...). Y no sólo se deduce de ellos la necesidad de adquisición posesoria por parte del *accipiens*, sino que también se infiere que es necesario que ésta se conecte a la voluntaria pérdida de posesión, corporal o incorporeal, del *tradens*, o lo que es lo mismo, es necesario que exista una cesión de la posesión (art. 460,2 C. c.). Obsérvese, por ejemplo, que el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor (arts. 1445 y 1461 C. c.) se efectúa justamente mediante la cesión de la posesión (art. 1462 y ss.), y ello con independencia del valor traditorio que pueda o no tener tal entrega, a los efectos de valorar el cumplimiento de la obligación de transmitir (dar). Por tanto, la entrega (o cesión de la posesión, que será un término equivalente a aquella) producirá una sucesión en la posesión. Nótese que la cesión de la posesión se regulada (art. 460,2 C. c.) entre las causas de pérdida de la posesión, lo que presupone la preexistencia de una posesión anterior; y que el art. 1960,1 C. c. permite, para usucapir, unir el tiempo de posesión del actual poseedor y el de su causante (ya en D. 18,1,76,1): si hay sucesión en los efectos de la posesión es porque hay sucesión en ella (y no, por definición, en el derecho subjetivo en cuyo concepto se posee y se pretende usucapir, que, de cumplirse los requisitos legalmente para ello reclamados, se adquirirá a título originario). Ahora bien, así como la adquisición de la posesión no necesariamente sigue a una entrega (también se adquiere la posesión tras el ejercicio exitoso de un interdicto de adquirir, o tras una aprehensión unilateral), la transmisión de la posesión no es un efecto exclusivo de la entrega: también sigue a la adición de la herencia, desde el momento de la muerte del causante (art. 440 C. c.: *possessio civilissima*), sin necesidad de que exista ninguna cesión de posesión o entrega, o puede seguir a una ejecución forzosa de una obligación incumplida, de la cual se pidió, por parte del acreedor insatisfecho, el cumplimiento en forma específica. Toda

obligación del vendedor puede considerarse cumplida, por regla general, cuando tenga la mercancía puesta a disposición del comprador (artículos 337, 338 y 339)³²². A partir de entonces, se considera que el vendedor ha cumplido con su obligación de entrega, la cual habrá de completarse con la obligación del comprador de retirar la mercancía.

El plazo de entrega de las mercaderías normalmente se señala en el contrato, debiendo el vendedor entregar los efectos vendidos en el plazo estipulado. El artículo 329 del Código de Comercio señala que en caso de incumplimiento, el comprador puede optar por pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que les haya provocado la tardanza. Por otra parte, el artículo 337 establece que en caso de no que si no se hubiere establecido plazo para la entrega de las mercancías, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato.

Como ya se estableció en su momento, el eje central de los incoterms gira en torno a la disciplina de la entrega de las mercancías. La entrega consiste en un acto complejo, cuya perfección requiere el concurso del vendedor y del comprador. El primero tiene la obligación de poner las mercancías, debidamente individualizadas a disposición del comprador conforme a las circunstancias establecidas. Por su parte, comprador está obligado a recibirlas y a hacerse cargo de ellas³²³. La disciplina de la entrega de las

entrega implica por fuerza adquisición derivativa de la posesión por parte del *accipiens* (cesión de la posesión), mas no toda adquisición de la posesión por parte de un *accipiens*, ni toda adquisición posesoria a título derivativo, provienen de una entrega. Puede haber posesión sin entrega, pero no entrega sin posesión. Faltando la entrega, así definida, no puede afirmarse que en virtud exclusivamente de la perfección de un contrato transmisivo se adquiera la posesión. Tal contrato será la causa o título que califique la posesión que en su caso se obtenga, a través de los actos o modos de adquirir la posesión, entre los cuales se encuentra justamente la entrega. Si no fuera así, no tendría sentido consagrar, como esencial (art. 1461 C. c.), la obligación de entrega. Al respecto, véase RUBIO GARRIDO, Tomás, op. cit., págs. 154 y 155.

³²² Véase la STS de 29 de octubre de 1996 (RJ 7485)

³²³ Es de suma importancia resaltar que el término “entrega” se usa en los Incoterms en dos sentidos diversos. Por un lado, se emplea para determinar en qué momento el vendedor ha cumplido la obligación de entrega, que está especificada en las cláusulas A4 de todos los Incoterms. Por el otro, el término “entrega” también se utiliza en el contexto de la obligación del comprador de recibir o aceptar la entrega de las mercancías, obligación que aparece en las cláusulas B4 de todos los Incoterms. La entrega es un acto complejo que abarca la transmisión de la posesión de la cosa objeto de compraventa, tanto desde la posición del vendedor como del comprador. Por poner un ejemplo, la palabra “entrega” significa, primero, que el comprador “acepta” conforme a la naturaleza de los términos “C”; que el vendedor cumple sus obligaciones al cargar las mercancías y, segundo, que el comprador está obligado a recibir las mercancías. La última obligación es importante para evitar los costes innecesarios de almacenamiento de las mercancías hasta su recepción por el comprador. Así, en los contratos CFR y CIF, el comprador tiene que aceptar la entrega de las mercancías y recibirlas del porteador y si no lo hace puede resultar obligado a pagar los daños al vendedor que ha concertado el contrato de transporte con el porteador o, en caso contrario, puede tener que pagar los gastos de estadias que gravan las mercancías a fin de que el transportista se las entregue. Cuando se dice en este contexto que el comprador debe “aceptar la entrega”, no significa que el comprador haya aceptado las mercancías como conformes al contrato de compraventa, sino solamente que ha aceptado que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar las mercancías para la expedición de acuerdo con el contrato de transporte, que debía concluir conforme a las cláusulas A3 a) de los términos “C”. Por lo tanto, si el comprador al recibir las mercancías en destino considera que no son conformes a las estipulaciones del contrato de compraventa, podrá oponer al vendedor cualquier defensa que le confieran el contrato de compraventa y la ley aplicable, extremo que, como se ha mencionado, se halla completamente fuera del ámbito de los Incoterms. Donde era conveniente, los Incoterms 2000 utilizaban la expresión “poner la

mercancías aparece ampliamente regulada tanto en la Convención de Viena como en nuestro Derecho interno, como acabamos de ver, principalmente mediante normas de carácter dispositivo, aunque ello no es óbice para que estas normas tengan cierta incidencia en el desarrollo de las compraventas internacionales en las que se usan los Incoterms.

Dependiendo de la obligación del vendedor, los Incoterms pueden clasificarse en dos grandes grupos en función de si la entrega es directa o indirecta. En el primer caso, que se corresponde con los términos de los grupos E y D, el vendedor entrega las mercancías, valga la redundancia, directamente al comprador, de manera que las pone a su disposición en el lugar y en el momento acordados. Esta clase de ventas se caracterizan por la escasa relevancia que el transporte tiene respecto de la entrega de las mercancías. Por ejemplo, en las ventas <<En fábrica>> la entrega se perfecciona en el momento en que el comprador recoge las mercancías en los locales del vendedor y las conduce a su establecimiento. Para estas ventas, el transporte es irrelevante para la relación entre las partes, dado que se produce cuando ya se ha consumado la entrega. Por otra parte, en los términos D la entrega se produce en destino cuando el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador tras haberlas trasladado al punto de entrega. En estos casos, el transporte sería un acto preparatorio a la entrega.

Así pues, en las ventas con entrega directa la puesta a disposición de la mercancía por parte del vendedor al comprador se hace sin la intervención de intermediarios. El vendedor se encarga de que la mercancía objeto de compraventa esté disponible en el momento y en el lugar acordados para que el comprador la recoja y se la lleve. En estos casos, el transporte se produce antes o después de la entrega, y no afecta a la misma, dado que cuando se realiza el transporte, la entrega o bien no se ha producido aún o bien ya ha concluido. Transporte y entrega se producen en momentos distintos, y no se influyen entre sí.

Por otro lado, tenemos las ventas con entrega indirecta. Al contrario de lo que sucedía con las anteriores, en éstas el transporte ejerce un papel fundamental, y se encuentra íntimamente relacionado con la obligación de entrega del vendedor³²⁴. De hecho, el

mercancía a disposición del comprador” cuando las mercaderías se hallan al alcance del comprador en un lugar determinado. A esa expresión se le daba el mismo significado que la frase “entrega de las mercancías” utilizada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Al respecto, véase A.A.V.V., “Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales. Incoterms 2000”, publicado por el Comité Español de la CCI, España, 1999, pág. 12.

³²⁴ Como afirma ALCOVER GARAU, las partes pactan que la entrega al comprador, la entrega <<ex venta>>, se realice mediante la entrega al transportista. En este caso, junto a la venta aparece un contrato de transporte, de tal manera que surge una tercera persona independiente, el transportista, que recibe las mercancías de manos del vendedor y debe trasladarlas al comprador, por lo que la actuación del vendedor queda circunscrita a la entrega de la cosa al transportista. En concreto caben dos posibilidades: a) o bien que el vendedor deba simplemente entregar la mercadería al transportista contratado por el comprador, al que incumbe el contrato de transporte (como sucede en el Grupo F de los Incoterms); b) o bien que pese sobre el vendedor la obligación de expedir, de concertar el contrato de transporte, que es el supuesto de venta con expedición, caracterizado, por tanto, porque el hecho material de la entrega al transportista tiene un doble significado jurídico para el vendedor: por un lado, actúa como vendedor y, por otro, como expedidor (como sucede en el caso del Grupo C de los Incoterms). Por tanto, la compraventa con entrega indirecta estructura de forma diferente la principal obligación del vendedor, ya que éste no realiza la entrega directamente al comprador, sino que entrega las mercaderías a un tercero independiente, el porteador o el transportista, para que las traslade al comprador. Y esta diferente estructura de la obligación de entrega incide en la totalidad de

vendedor cumple su obligación cuando confía el cargamento al porteador (como es el caso de los términos F.C.A., C.P.T. y C.I.P.), cuando las mercancías se depositan al costado del buque (ventas F.A.S.) o cuando pone las mercancías a bordo del buque (términos F.O.B., C.F.R. y C.I.F.)³²⁵.

Existen ciertas singularidades en la obligación del comprador de recibir las mercancías en el caso de las ventas con entrega indirecta en las que conviene detenerse. La cláusula B. 4. de los términos F y C impone la obligación al comprador de aceptar la entrega cuando ésta se produzca conforme a A. 4. De este modo, el comprador asume que el vendedor ha cumplido su obligación de entrega y que él corre con los riesgos del transporte. A pesar de ello, el vendedor no se encuentra totalmente libre de responsabilidad. Puede darse el caso de que éste haya entregado las mercancías defectuosas al porteador o, dicho en otras palabras, si ha incumplido su obligación de proporcionar las mercancías conforme al contrato de compraventa, tal como establece la cláusula A.1. Además, puede ocurrir que éstas sufran desperfectos durante el transporte, con lo que el comprador no estaría obligado a recibir materialmente los efectos transportados, sino que podrá dejarlos por cuenta del porteador, negarse a recibirlas y exigir la indemnización que le corresponda. Esta situación se deriva de la dualidad de obligaciones, la compraventa y el transporte, que convergen en el destinatario, pero que conviene no confundir³²⁶. Si el porteador no cumple con su

la relación contractual. Por ello la situación de poner el vendedor las mercaderías en poder y posesión del comprador o la de tener o poner el vendedor las mercaderías a disposición del comprador no se produce, ya que es el porteador el que realiza tal actuación cuando la mercadería llega al punto de destino. De este modo, se distingue así de la entrega en sentido material como transmisión de la posesión material la entrega en sentido legal como conjunto de actos que debe realizar el vendedor para que su obligación principal se entienda cumplida. Dentro de las ventas marítimas, las ventas con entrega indirecta se corresponden con las ventas al embarque. Y tanto las ventas con entrega indirecta como las ventas a la llegada se engloban en la categoría de ventas de plaza a plaza, categoría que no se puede considerar muy útil en la medida en que engloba dos configuraciones de la venta por completo distintas. Desde el punto de vista económico, las ventas con entrega indirecta ocupan una posición intermedia entre las ventas en plaza y las ventas a la llegada porque siendo más gravosas para el vendedor que las primeras, ya que debe entregar al transportista y no esperar que el comprador reciba, lo son menos que las segundas, ya que no se compromete a entregar la mercadería en el punto de destino. Por último, cabe resaltar que en el ámbito de la actividad empresarial, y de forma especial en el comercio internacional, asume un particular relieve la llamada venta sobre documentos, que es una venta de mercaderías que se caracteriza por la existencia de documentos representativos de las mismas, generalmente, un conocimiento de embarque. La venta sobre documentos puede ser o una venta de una cosa depositada en un almacén, o una venta de mercadería en tránsito, o una venta de plaza a plaza, siendo éste el supuesto más frecuente. Al respecto, véase ALCOVER GARAU, Guillermo, op. cit., págs. 70 a 72.

³²⁵ Y no cuando sobrepasa la cubierta, como ocurría hasta la versión del año 2000.

³²⁶ Véase la STS de 3 de marzo de 1997, en la que se establece lo siguiente: “Denuncia la recurrente (artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la infracción por interpretación errónea de los artículos 338 y 339 del Código de Comercio en relación con la Convención de Viena a la que España se ha adherido por Instrumento publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 30 de enero de 1991 y las reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional, conocidas como “Incoterms” 1953, reelaboradas en 1978, cuyos preceptos regulan modalidades del contrato de compraventa internacional que no son de aplicación al contrato de transporte marítimo que es objeto de dilucidación en el pleito que nos ocupa, por lo que la referencia como argumento de la sentencia recurrida a la cláusula Fob es improcedente. Según establece, en efecto, la sentencia recurrida, las ventas entre “Tana, SA” y “Affiliated Food Corporation” se hicieron, a tenor de la prueba aportada de contrario, en condiciones Fob; forma ésta de venta marítima caracterizada por perfeccionarse con el embarque de las mercancías, momento en el que la propiedad y riesgo de la mercancía pasan al comprador, comenzando desde entonces la obligación de pagar el precio, pudiendo exigir el vendedor al comprador el pago del precio desde que se embarcaron los

obligación de custodia, llegando las mercancías deterioradas a su destino, el comprador, como titular del derecho de entrega, puede negarse a recibirlas y exigir indemnización de daños y perjuicios. Para explicarlo de manera más sencilla, podemos decir que el comprador es titular de un derecho de entrega. Este derecho de entrega se materializa a través de dos relaciones contractuales, la compraventa y el transporte, que aunque están relacionadas y se necesitan mutuamente, se trata de dos contratos diferenciados. Si el vendedor incumple su obligación de entregar la mercancía estipulada al porteador en buenas condiciones, el comprador podrá emprender acciones legales contra el vendedor. Pero si es el porteador el que provoca el daño, el comprador podrá reclamarle la indemnización a éste.

Una vez explicadas estas notas generales, necesarias para contextualizar la obligación de entrega del vendedor, podemos pasar a examinar con más detalle en qué consiste ese deber en el caso de la venta FOB. Como ya mencionamos en páginas anteriores, “Franco a Bordo” significa que el vendedor realiza la entrega cuando coloca la mercancía a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque designado, o proporciona la mercancía así ya entregada.. Esto significa que el comprador debe soportar todos los costes y riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde aquel punto. De este modo, como en el resto de incoterms, la entrega deviene el patrón por el cual se sabe cuándo terminan las obligaciones del vendedor y empiezan las del comprador.

El vendedor, para cumplir con su obligación de entrega, debe realizar todas las operaciones necesarias para que la mercancía llegue al puerto convenido dentro del plazo estipulado. Además, no se considerará entregada ésta hasta que haya sido colocada a bordo del buque

limones, sin tener que esperar a que las mercancías lleguen a su destino. Mas las pretendidas infracciones que se arguyen no resultan atendibles, ya que excluida la invocada Convención de Viena, que no se integró en el ordenamiento jurídico español (artículo 1º.5 del Código Civil) hasta el día 30 de enero de 1991, es decir, con posterioridad al nacimiento de la relación jurídica litigiosa, los artículos 1465 del Código Civil y 338 y 339 del Código de Comercio tienen un contenido dispositivo, de manera que los pactos en contrario o modificativos mantienen su virtualidad como “a sensu contrario” reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1986. Sin duda que la utilización por los contratantes de cláusulas contempladas en los “Incoterms” tiene una trascendental importancia en lo que se refiere al momento de entrega de la mercancía y consiguiente transferencia de su propiedad al comprador, lo que puede conllevar, como de hecho ocurre, trascendentales consecuencias sobre la relación de transporte, tal, por ejemplo, en orden a la determinación de la legitimación activa en materia de reclamaciones sobre la carga. Al respecto esta Sala ha declarado en Sentencia de 17 de octubre de 1984 que “la venta realizada mediante cláusula Fob debe entenderse conforme a los artículos 1462 y 1465 del Código Civil, normas que, aún dentro de su carácter dispositivo, no resultan excluidas por dicha cláusula, por lo que ésta ha de interpretarse conforme a su finalidad de situar la mercancía a bordo para que se entienda cumplida la esencial obligación de entrega del vendedor. Por ello resulta impecable el razonamiento contenido en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida en el sentido de que, concluida la venta de limones entre “Tana, SA” y “Affiliated Food Corporation” en condiciones Fob, el vendedor pudo exigir del comprador el pago del precio desde que se embarcaron los limones, sin tener que esperar a que éstos llegaran a su destino. Evidentemente, el transporte y la entrega no fueron la causa de los supuestos impagos, y no se puede pretender que un transportista sea garante de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa y menos cuando las mismas están documentadas en instrumentos no negociables y cuando la obligación del comprador de pagar el precio surge al embarcarse la mercancía a bordo y no al llegar la misma a destino. De haber habido algún impago, éste se debió exclusivamente a las relaciones entre el vendedor y el comprador y es el comprador, como señala la sentencia, contra quien puede “Tana, SA” dirigir su acción por los supuestos impagos, a los que es ajeno “Sea-Land Service Inc” como simple porteador. En definitiva, perece el motivo”.

que el comprador haya contratado para realizar el transporte de la misma. Así se establece en el punto A.4. de la modalidad FOB:

“*Entrega.* – El vendedor debe entregar la mercancía o poniéndola a bordo del buque designado por el comprador en el punto de carga, si lo hay, indicado por el comprador en el puerto de embarque designado, o proporcionando la mercancía así entregada³²⁷. En cualquiera de los dos casos, el vendedor debe entregar la mercancía en la fecha acordada o dentro del plazo acordado y en la forma acostumbrada en el puerto³²⁸”. Cabe destacar también que si el comprador no especifica un punto de carga específico, el vendedor puede elegir el punto en el puerto de embarque designado que mejor le convenga.

Por otra parte, la cláusula B4 establece que “el comprador debe proceder a la recepción de la mercancía cuando se haya entregado como se prevé en A4”.

³²⁷ Como se explica en la Introducción de los Incoterms 2010, en las ventas de productos básicos, a diferencia de lo que suele ocurrir con las ventas de mercancías manufacturadas, es frecuente que la carga se venda varias veces en ruta, “en cadena”. Cuando este es el caso, el vendedor que se halla en medio de lo cadena no “embarca” la mercancía, porque ya ha sido embarcada por el primer vendedor de la cadena. El vendedor del medio de la cadena cumple pues con sus obligaciones respecto a su comprador no embarcando la mercancía, sino “proporcionando” la mercancía que ha sido embarcada. Con propósitos aclaratorios, las reglas Incoterms 2010 incluyen la obligación de “proporcionar la mercancía embarcada” como alternativa a la obligación de embarcar la mercancía en las reglas Incoterms pertinentes. Por otra parte, los profesores ARROYO y GÓRRIZ han señalado como una de las principales novedades de la versión de 2010 la aparición de un punto crítico de entrega específico para las ventas en tránsito en las reglas FAS, FOB, CFR y CIF. En los casos en que las mercancías se venden durante el transporte, la aplicación de dichos términos suponía en el pasado que el riesgo se había transmitido antes de la perfección del nuevo contrato de compraventa. Para evitar los problemas que generaban la aplicación de dichos términos a las ventas en cadena se ha modificado la cláusula A.4 de los mismos, disponiendo, en el caso de la venta FOB, que el vendedor debe entregar la mercancía poniéndola a bordo del buque o “*procurando la mercancía así entregada*”. En las ventas en tránsito, el vendedor cumplirá con su obligación cuando procure el cargamento al comprador. La falta de definición de la expresión “*procurar*” en los Incoterms plantea dudas acerca del alcance de la obligación de entrega del vendedor en las ventas en tránsito, pero en todo caso los autores sostienen la exigencia de que el vendedor proporcione al comprador acceso a las mercancías. Para más información sobre este tema, véase ARROYO, Ignacio y GÓRRIZ, Carlos, “*Los Efectos de los Nuevos Incoterms en las Ventas Marítimas FOB y CIF*”, en Anuario de Derecho Marítimo, Vol. XXVIII, ed. Alferal, Barcelona, 2011, págs. 180 a 182.

³²⁸ En efecto, los incoterms se centran en la obligación de entrega del vendedor. La distribución exacta de funciones y costes en relación con la entrega de las mercancías por el vendedor no causará problemas normalmente cuando las partes tengan una relación comercial continua. Establecen una práctica entre ellas (“línea de negociación”), que mantendrán en las negociaciones posteriores del mismo modo que hicieron con anterioridad. No obstante, si se establece una nueva relación comercial o si se concluye un contrato a través de un agente – como es normal en la venta de productos primarios –, deberán aplicarse las estipulaciones del contrato de compraventa y, cuando los Incoterms se hayan incorporado al contrato, se aplicará la división de funciones, costes y riesgos consecuente. Habría sido deseable, por supuesto, que los Incoterms hubieran especificado de la manera más detallada posible las obligaciones de las partes en relación con la entrega de las mercancías. Comparado con los Incoterms 1990, en la versión del 2000 se realizaron esfuerzos adicionales en relación con algunos casos específicos (véase por ejemplo FCA A4). Pero no fue posible evitar la referencia a los usos del tráfico en FAS y FOB A4 (“en la forma acostumbrada en el puerto”), debido a que, particularmente en el tráfico de productos primarios, varía la manera exacta en que las mercancías se entregan para el transporte en los contratos FAS y FOB según los diferentes puertos marítimos. Esta referencia a los usos se ha mantenido en los Incoterms de 2010. Al respecto, véase A.A.V.V., “*Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales. Incoterms 2000*”, publicado por el Comité Español de la CCI, España, 1999, pág. 14.

En el epígrafe siguiente examinaremos las implicaciones que el acto de la entrega tiene para la transmisión de riesgos y el reparto de los gastos. Por el momento, y respecto al acto de entrega en sí, conviene puntualizar algunas cosas. Si bien es cierto que la modalidad FOB, como el resto de los incoterms, regula aspectos cruciales de la compraventa, no es menos cierto que no agota todos los aspectos de esta institución jurídica. Básicamente, los problemas objeto de regulación por los incoterms son la entrega de las mercancías, la transmisión de los riesgos, la distribución de los gastos y los trámites documentales. Pero para todo aquello no regulado en estos términos, habrá que acudir al ordenamiento jurídico nacional que en su caso sea de aplicación (incluyendo en el mismo las normas o acuerdos internacionales aprobados a tal efecto). Lo que pretendo decir es que los incoterms no deben verse como unas normas separadas y ajenas a los ordenamientos jurídicos nacionales, sino en relación con esos ordenamientos que, dentro de su sistema de fuentes, permiten la aparición de regulaciones como estos términos de la Cámara de Comercio Internacional.

En el caso de la entrega de las mercancías en compraventas realizadas mediante cláusula FOB, se trata de uno de esos casos en los que los Incoterms deben interpretarse en relación con el ordenamiento nacional sobre el que se apoyan, siendo referencia en el caso de España los artículos 50 del Código de Comercio y 1461 y siguientes del Código Civil³²⁹. Aunque los incoterms sean claros respecto al tema de la entrega, en virtud del artículo 50 del Código de Comercio pueden darse casos en los que, por circunstancias especiales de la venta, sea preciso recurrir a normas del Código Civil para interpretar aspectos de los incoterms.

Una de las sentencias más recurridas para sostener esta afirmación es la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el 17 de octubre de 1984, cuyo ponente era el Excmo. Sr. D. Diego Espín Cánovas. En este caso, la sentencia versaba sobre la precisa determinación de los gastos que han de incluirse en la entrega de la mercancía en la venta conocida internacionalmente como venta FOB (franco a bordo) a efectos de la desgravación por exportación de mercancías como comprendidos en la base de desgravación según se resulta en el artículo 6.º párrafo 1.º del Decreto 3357/1972 de 7 de Diciembre (RCL 1972\ 2312 y NDL 6044 nota), que dio nueva redacción al Decreto 1255/1970 de 16 de abril (RCL 1970\ 799, 1057 y NDL 6044), alegándose por la Administración apelante la no inclusión en la desgravación, de los gastos ocasionados por la colocación o estiba de la mercancía en el buque, mientras que la recurrente-apelada sostenía que dichos gastos formaban parte de la entrega de la mercancía, por lo que debían ser desgravados, gastos que en este caso se derivaban de la exportación de cemento a bordo de un buque en el puerto de Cartagena en el año 1981, origen de la litis. El problema en este caso era que las normas fiscales, para establecer la desgravación, utilizaban un concepto de entrega que difería de la entrega en condiciones FOB anterior a la versión de los Incoterms 2010. El artículo 6 del decreto 3357/1972 precisaba que la mercancía

³²⁹ Según la STS de 17 de octubre de 1984, RJ 1984/4969, “La venta realizada mediante cláusula FOB debe interpretarse conforme a los artículos 1461 y ss. Del Código Civil, de aplicación según el artículo 50 del Código de Comercio, ya que en definitiva se trata de realizar la entrega de la mercancía conforme a los artículos 1462 y 1465 del Código Civil, normas que aún dentro de su carácter dispositivo, no resultan excluidas por dicha cláusula, por lo que ésta ha de interpretarse conforme a su finalidad de situar la mercancía a bordo para que se entienda cumplida la esencial obligación de entrega del vendedor”.

estuviera situada <<sobre el medio de transporte>> para que la entrega se concluyera, expresión que el Tribunal entendió que incluía la descarga sobre el buque, mientras que la entrega en condiciones FOB, según el Tribunal, se realizaba por parte del vendedor cuando la carga se encontraba colgada de la grúa y sobrepasando la borda del buque encargado del transporte (al menos, así era antes de que en la versión del año 2010 de los Incoterms se modificasen las condiciones de entrega FOB, como hemos explicado en páginas anteriores). El Tribunal consideró que la norma administrativa era la básica a interpretar, pudiendo imponerse ésta a lo que establece la cláusula FOB. Por otra parte, el Tribunal consideró que esta cláusula debía interpretarse en relación con los artículos 50 del Código de Comercio y 1462 y 1465 del Código Civil, entendiendo que en aquel caso convenía interpretar la cláusula FOB conforme a su finalidad de situar la mercancía a bordo para que pudiera entenderse como cumplida la esencial obligación de entrega del vendedor.

El artículo 50 del Código de Comercio establece: “los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”. En este artículo se han basado los tribunales para considerar aplicables a la venta FOB los artículos 1462 y 1465 del Código Civil.

El artículo 1462 del Código Civil dice que “se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.

Por su parte, el artículo 1465 del Código Civil afirma lo siguiente: “los gastos para la entrega de la cosa vendida serán a cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial³³⁰”.

Aunque el razonamiento del Tribunal Supremo era correcto y adecuado al caso, conviene hacer algunas matizaciones. Este caso fue resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, dado que fundamentalmente se trataba de un asunto de impuestos. Los Incoterms no se crearon para resolver aspectos de derecho público, sino que abarcan aspectos de derecho privado de la compraventa. Es lógico que al ser el motivo de disputa un asunto de desgravación fiscal, el Tribunal buscara que la cláusula FOB cuadrara con la norma tributaria y no al revés. Pero ello no quiere decir, en mi opinión, que en caso de tener que discutir la entrega desde un punto de vista mercantil no puedan variar estos planteamientos. Las normas del Código Civil y de Comercio citadas en la sentencia son dispositivas, y pueden verse sustituidas por la voluntad de las partes, lo cual es la esencia de la aplicación en nuestro país de los Incoterms. El término FOB (tanto en aquel entonces como ahora) debe interpretarse, según el Tribunal Supremo, conforme a los artículos 1462 y 1465 del Código Civil, o lo que es lo mismo, conforme a su finalidad de situar la

³³⁰ Véase también lo dispuesto en el artículo 338 del Código de Comercio, según el cual “los gastos de la entrega de los géneros en las ventas mercantiles serán de cargo del vendedor hasta ponerlos, pesados o medidos, a disposición del comprador, a no mediar pacto expreso en contrario. Los de su recibo y extracción fuera del lugar de la entrega, serán de cuenta del comprador”.

mercancía a bordo para que pueda entenderse cumplida la esencial obligación de entrega del vendedor. Esto es así dado que estos artículos, aún siendo dispositivos, no resultan excluidos por la cláusula FOB. Este término no contradice ni excluye de manera expresa estos artículos, por lo que debe entenderse que complementan a la cláusula FOB y permiten una mejor interpretación de la misma. Aún así, conviene recordar que las partes pueden añadir sus propias estipulaciones, fruto de su ejercicio de la autonomía de la voluntad, con lo que podría en algún caso concreto excluirse la aplicación de estos artículos, aunque, como ya he expresado anteriormente, hay que ser muy cauto con esta clase de “mejoras”³³¹. Por otra parte, no deja de resultar llamativo que ya en aquella época los tribunales plantearan la entrega en condiciones FOB como un acto en el cual el vendedor necesariamente debía colocar la mercancía a bordo del buque. No hay que olvidar que hasta la versión del año 2000, el punto A.4 del término FOB establecía que el vendedor debía entregar la mercancía *a bordo* del buque designado por el comprador. Tanto el término FOB en sí mismo como el ordenamiento con el que estaba conectado y en base al cual cabía interpretar dicho término, coincidían en que el vendedor debía colocar la mercancía a bordo del buque contratado por el comprador, independientemente de que la transmisión del riesgo se efectuase cuando dicha mercancía se encontrase colgada de la grúa y sobrepasando la borda del barco. La reforma de la entrega en condiciones FOB que se ha llevado a cabo en los Incoterms 2010 parece consecuente con esta tendencia interpretativa³³².

Tenemos que diferenciar entre la entrega y los actos que vendedor y comprador deben hacer cada uno para que la entrega se perfeccione. La entrega es un acto complejo que requiere el concurso del vendedor y del comprador³³³. La cláusula A.4 de la modalidad

³³¹ El punto de entrega en el término FOB, que era el mismo que en CFR y CIF, no fue cambiado en los Incoterms 2000, a pesar de un debate considerable. Aunque la expresión FOB de entregar las mercancías “a bordo de buque” pudiera parecer, ya en aquellos tiempos, inapropiada en muchos casos, los comerciantes la entendían y aplican teniendo en cuenta las mercancías y las instalaciones de carga disponibles. Por aquel entonces se consideró que un cambio en el punto FOB podría crear una confusión innecesaria, en particular respecto de la venta de productos primarios tradicionalmente transportados por mar bajo contratos de fletamento. Desafortunadamente, algunos comerciantes siguen empleando la expresión “FOB” solamente para indicar cualquier punto de entrega – como “FOB fábrica”, “FOB planta”, “FOB En la fábrica del vendedor” y otros puntos en tierra – descuidando de ese modo el significado de la abreviatura: Franco A Bordo. Ese uso del “FOB” tiende a crear confusión y debe ser evitado. A este respecto, véase A.A.V.V., “Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales. Incoterms 2000”, publicado por el Comité Español de la CCI, España, 1999, pág. 16.

³³² Otras sentencias en las que nuestro Tribunal Supremo ha entendido que la entrega en condiciones FOB se producía cuando las mercancías se colocaban a bordo del buque son las de 27 de abril de 1984, 14 de mayo de 1987 y 22 de abril de 1988.

³³³ Como afirma BADENES GASSET, si bien es cierto que en la mayor parte de los casos la entrega supone un concurso de actividades del vendedor y del comprador, es decir, la obra combinada de estos dos sujetos, no pueden, sin embargo, excluirse casos en los cuales la entrega es obra exclusiva del vendedor. Por ejemplo, cuando después del acuerdo con el comprador, el vendedor realice la entrega echando la cosa vendida a través de los barrotes de una verja, de una reja, en el patio, en el jardín, etc., del comprador, aunque se trata de casos raros. Y viceversa, a veces, especialmente en el caso de la venta de inmuebles, donde a duras penas llega a verse una actividad del vendedor: el vendedor debe dejar que el comprador tome posesión; su comportamiento, más que otra cosa, es un comportamiento pasivo salvo algunas eventuales actividades preliminares para dejar libre la cosa. Por tanto, en general, la entrega se trata de una combinación de actividades de los dos sujetos, con preponderancia de la una o de la otra, según la naturaleza de la cosa, las disposiciones legales, las convenciones particulares de los contrayentes, los cuales hayan establecido que la

FOB 2000 indicaba claramente que la obligación del vendedor respecto a la entrega es depositar la mercancía en el buque designado por el comprador en la fecha o dentro del plazo acordado, en el puerto de embarque convenido y en la forma acostumbrada en el puerto³³⁴. Otra cosa es que el traspaso del riesgo del vendedor al comprador se produjera cuando la mercancía, colgada de la grúa, sobrepasaba la borda del buque, aún cuando ésta no hubiera sido todavía depositada sobre el mismo. Por otra parte, la cláusula B.4 del término FOB establecía que el comprador tenía la obligación de recibir la entrega de la mercancía cuando hubiera sido entregada de conformidad con A.4. Si juntamos lo estipulado por ambas cláusulas, teníamos las acciones que tanto el vendedor como el comprador estaban obligados a realizar para que la entrega, un acto complejo que precisa de la participación de ambas partes, se realizase.

Con la nueva redacción que se le ha dado al término FOB en la versión de 2010 se ha clarificado bastante esta situación. Los puntos A4 y B4 siguen siendo los determinantes para establecer las condiciones en las que debe realizarse una entrega (acto complejo que precisa de la participación de ambas partes) en condiciones FOB. Pero ahora el momento de transmisión de riesgos y costes ya no es anterior al momento en que el vendedor cumple con su obligación de entrega, sino que ambos coinciden, como veremos en el siguiente apartado.

12.3 Transmisión de riesgos y costes

El momento en que se transmiten los riesgos y costes de la mercancía constituye un punto importante en todo contrato de compraventa que se precie. Como vimos en el epígrafe anterior, el trámite de la entrega constituye el eje principal de los incoterms, pues determina el instante en que los riesgos y costes de la cosa o cosas objeto de compraventa pasan del vendedor al comprador.

Por riesgo, aplicado al contrato de compraventa, debe entenderse como una situación que se da entre la perfección del contrato y su ejecución, su cumplimiento y su entrega, en la cual la mercancía puede perecer o verse deteriorada de manera fortuita³³⁵ (en caso de que así

entrega tenga lugar de un modo más bien que de otro; prevalecerá, por ejemplo, la actividad del vendedor, si éste debe llevar o mandar la cosa al domicilio o residencia del comprador; prevalecerá la actividad del comprador, si es éste el que debe trasladarse junto al vendedor, para recibir la cosa, o si debe mandar retirarla. Al respecto, véase BADENES GASSET, Ramón, op. cit., Tomo I, pág. 438.

³³⁴ La cláusula FOB se entiende siempre aplicable al punto de embarque o expedición, generalmente a un puerto. Así, “FOB Liverpool”, “FOB Buenos Aires”, se interpretará como franco a bordo de un buque en el puerto de Liverpool o bien de Buenos Aires, y el buque ha de llevar la mercancía a su destino final o a un puerto intermedio para su transbordo, si así se ha acordado. En las ventas FOB, el vendedor fija un precio que representa el valor de la mercancía y todos los gastos hasta que ha sido puesta a bordo del buque transportador, con excepción del seguro. Véase FARIÑA, Francisco, op. cit. pág. 675.

³³⁵ Por riesgo, en sentido técnico-jurídico y aplicada la noción al contrato de compraventa, ha de entenderse la situación que surge cuando entre la perfección del contrato y su ejecución, su cumplimiento o entrega, la cosa vendida perece o se deteriora por caso fortuito. Planteada la hipótesis, hay que decidir cuál de las dos partes ha de sufrir las consecuencias del hecho dañoso fortuito. Si es el vendedor, tendrá que entregar otra cosa que sustituya a la que se perdió o deterioró. De lo contrario perderá el derecho al precio, de forma que si ha recibido parte de él tendrá que devolverlo al comprador (art. 335 Ccom). Si es el comprador, tendrá que pagar

ocurra, hablaríamos propiamente de la consumación del riesgo). Los Incoterms se refieren de manera exclusiva a la pérdida o avería de las mercancías. Es importante insistir en el hecho de que esa pérdida o avería debe producirse de manera fortuita, es decir, que no sean debidas a un acto u omisión del vendedor. En caso de ser así, nos encontraríamos ante un supuesto de incumplimiento contractual por parte del vendedor frente al cual el comprador podría ejercer las acciones legales que le permitiera el ordenamiento jurídico aplicable³³⁶.

Por otra parte, no debemos confundir la transmisión de riesgos con la transmisión de la propiedad de la mercancía objeto de compraventa. En el primer caso, se trata de uno de los principales aspectos de la venta regulados por los Incoterms y se articula fundamentalmente en torno a la entrega. En el segundo caso hablamos de la principal obligación del vendedor en todo contrato de compraventa que se precie, la transmisión de la propiedad. Pero esta obligación no es objeto de regulación en los Incoterms porque, como ya apuntamos anteriormente, resultaba extremadamente complicado armonizar los distintos sistemas de transmisión de la propiedad existentes en la multitud de países dispuestos a permitir la utilización de estos términos. Ante tal situación, la Cámara de Comercio Internacional tuvo que admitir que la transmisión de la propiedad se regulase por el derecho nacional aplicable al contrato en cada caso, lo que, la verdad sea dicha, facilitó en gran medida su aceptación y aplicación, cosechando un gran éxito internacional. En las sucesivas elaboraciones de los Incoterms se ha procurado abarcar la mayor cantidad posible de supuestos de transmisión de riesgo, aunque, a pesar de la variedad de los mismos, de manera general podemos afirmar que los riesgos se transmiten en el punto geográfico y en el momento cronológico

el precio sin recibir la cosa o recibéndola deteriorada. En sentido estricto, el riesgo de la compraventa es el riesgo del precio, de la contraprestación, o lo que es lo mismo, si pese al incumplimiento no culpable del vendedor causado por la pérdida o el deterioro del objeto de su prestación debe o no el comprador pagar en su integridad el precio, aunque no reciba la cosa o la reciba dañada. Si la respuesta es afirmativa se dice que este soporta el riesgo; si es negativa, que lo soporta el vendedor. Los preceptos legales puntualizan el momento a partir del cual la pérdida o el daño fortuito de la cosa no liberan al comprador de la obligación de pagar el precio. Y como a partir de ese instante la pérdida sólo perjudica al comprador, pues el vendedor no pierde su derecho al precio, se dice que el comprador soporta el riesgo desde ese momento, que es el de la transmisión del riesgo de la esfera del vendedor a la del comprador. Es conveniente, sin embargo, subrayar que, dependiendo del momento de la transmisión del riesgo del hecho legalmente tipificado, hay que entender que el mismo se transmite en todo caso una vez producido el hecho que determina la transmisión pero en tanto el concepto de riesgo incluye dentro de su ámbito tan sólo las pérdidas o los deterioros no debidos a un acto u omisión del vendedor, es posible que, transmitido el riesgo, el comprador pueda ejercer las acciones que le correspondan contra las pérdidas o deterioros debidos a la actuación, o a la falta de actuación, del vendedor, ya que tales pérdidas o deterioros no son supuestos de riesgo. El riesgo no abarca la esfera del incumplimiento doloso o culpable del vendedor. Véase GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, op. cit., págs. 225 y 226.

³³⁶ La distribución de riesgos y gastos constituye el segundo gran centro de atención de los *incoterms*. En cuanto a la distribución de riesgos, los *incoterms* se refieren exclusivamente a la pérdida y a la avería de las mercancías (A.5 y B.5). La entrega constituye el único punto crítico, de modo que si las pérdidas y averías se producen antes de la puesta a disposición del comprador o de la consignación al porteador, el vendedor no tendrá derecho al precio convenido; pero sí en caso contrario. Cabe mencionar también que los *incoterms* carecen de una previsión general sobre la distribución del riesgo ante la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de las obligaciones. Tampoco disciplinan la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de entrega, que aparecerá sometida a la legislación aplicable al contrato de compraventa. Véase GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, op. cit., págs. 238 y 239.

que definan el contrato y el incoterm elegido, siempre y cuando la mercancía haya sido debidamente identificada o individualizada como la mercancía objeto del contrato³³⁷.

La transmisión de los riesgos no es la única faceta de los incoterms que se determina en base a la entrega de las mercancías. Además de esta cuestión, la distribución de los gastos también viene influenciada por el momento en que la posesión de las mercancías pasa del vendedor al comprador. La regla general es que el vendedor corra con los costes de las mercancías hasta la puesta a disposición del comprador o la entrega al porteador³³⁸.

Una vez mencionadas estas generalidades acerca de la transmisión de riesgos y la distribución de los gastos a nivel general de los incoterms, podemos pasar a examinar el término FOB en concreto. En primer lugar, respecto a la transmisión del riesgo, tenemos las cláusulas A.5 y B.5, que dicen lo siguiente:

³³⁷ Según ENRÍQUEZ DE DIÓS, la transmisión de los riesgos constituye un aspecto de vital importancia para los Incoterms, el cual no debe confundirse con la transmisión de la propiedad, tema que debe ser tratado en el marco del Derecho que regule el contrato. El concepto fundamental reside en que los riesgos (y en la mayoría de casos los gastos) se transmiten *en el punto geográfico y en el momento cronológico* que definan el contrato y el Incoterm elegido, siempre que la mercancía haya sido debidamente identificada o individualizada como la mercancía objeto del contrato. El punto geográfico puede ser la fábrica, el muelle, el buque, etc., mientras que el momento cronológico se producirá por el comienzo del plazo de entrega, en el marco del cual se va a efectuar ésta. La superposición de ambos requisitos producirá automáticamente la transmisión de los riesgos y de los gastos (estos últimos, como antes dijimos, en la mayoría de casos, ya que los hay en que procede matizar lo referente a los gastos, como ocurre en el caso de los términos C). Así, por ejemplo, en una entrega F.A.S., acordada en el puerto de Valencia entre el 1 y el 15 de abril, si la mercancía ha sido depositada el 27 de marzo y se siniestra el 28, los riesgos serán a cuenta del vendedor, pero si se siniestra el 2 de abril, lo serán del comprador aunque el barco contratado por éste no haya llegado. Aunque este concepto es generalizable a todos los Incoterms, en opinión del autor conviene efectuar algunas matizaciones:

a) Si la mercancía que se entrega no se ajusta a lo establecido en el contrato, el riesgo sigue siendo del comprador salvo que no pueda considerarse bajo ningún aspecto como el objeto del contrato.
b) Si el vendedor no puede realizar la entrega por culpa del comprador, los riesgos se transmiten a este último a partir del momento en que, sin existir culpa del comprador, el vendedor hubiese podido efectuarla.
c) La transmisión de los riesgos sólo puede efectuarse si la mercancía ha sido previamente individualizada o identificada como la del objeto del contrato (por separación de otras análogas, marcado, etc.). Cuando esta individualización no sea posible, debido a la naturaleza especial de la mercancía, bastará con que el vendedor haya realizado todos los actos necesarios para que el comprador pueda hacerse cargo de la mercancía (por ejemplo: líquidos en un tanque dispuestos para su entrega a diversos clientes; bastará con conectar la cisterna al tanque y medir la cantidad adquirida con un contador). Al respecto, véase ENRÍQUEZ DE DIÓS, Juan José, op. cit., págs. 442 y 443.

³³⁸ En lo relativo a la distribución de gastos, los *incoterms* contienen una previsión general en cuanto a los gastos relativos a las mercancías. La regla general es que el vendedor corre con los costes de las mercancías hasta la puesta a disposición del comprador o la entrega al porteador. Los términos C constituyen una excepción, pues, a pesar de ser ventas al embarque, el vendedor debe contratar el transporte a nombre propio y pagar el porte. En esos casos, existe un doble punto crítico, como indica la introducción de los *incoterms*: los riesgos se transmiten con la colocación de la mercancía a bordo del buque (<<C.F.R.>> y <<C.I.F.>>) o con la entrega al porteador (<<C.P.T.>> y <<C.I.P.>>), mientras que los costes se transmiten con la llegada a destino. Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional establecen criterios particulares respecto de ciertos gastos, como los de carga, tránsito y descarga, los de seguro de las mercancías y los derivados de los trámites aduaneros para la exportación y la importación de las mercancías. Al respecto, véase GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, op. cit., pág. 239.

A.5 Transmisión de riesgos. – El vendedor corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía hasta que se haya entregado de acuerdo con A4 con la excepción de la pérdida o daño causados en las circunstancias descritas en B5.

B. 5 Transmisión de riesgos. – El comprador corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía desde el momento en que se haya entregado como se prevé en A4.

Si

a) el comprador no notifica la designación del buque de acuerdo con B7, o

b) el buque designado por el comprador no llega a tiempo para permitir que el vendedor cumpla con A4, no puede hacerse cargo de la mercancía o deja de admitir carga antes del momento notificado de acuerdo con B7;

entonces, el comprador corre con todos los riesgos de pérdida o daño causados a la mercancía:

(i) desde la fecha acordada o, en ausencia de una fecha acordada,

(ii) desde la fecha notificada por el vendedor según A7 dentro del plazo acordado o, si no se ha notificado tal fecha,

(iii) desde la fecha de expiración de cualquier plazo acordado para la entrega,

siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.

Como puede verse, la transmisión del riesgo en el caso de las compraventas FOB aparece descrita con detalle. La norma general de que el riesgo se transmite en el lugar geográfico y en el momento cronológico que definan el contrato y el incoterm elegido se concreta en este término de la siguiente manera: El lugar geográfico será el puerto de embarque convenido (FOB la Coruña, FOB Las Palmas, etc.) y el momento en que el riesgo de pérdida o avería de las mercaderías pasará del vendedor al comprador será cuando éstas se encuentren a bordo del buque contratado por el comprador para realizar el transporte, siendo necesaria además la correcta determinación o identificación de la carga.

En lo que respecta a la carga, cabe mencionar que algunas voces han sugerido que el incoterm FOB debería utilizarse únicamente cuando se trata de transportar carga general³³⁹. Esta afirmación se basa en la ya mencionada existencia de dos grandes grupos o familias de incoterms: los marítimos y los polivalentes.

Como sabemos, los incoterms marítimos sólo deben utilizarse cuando la mercancía se transporta en buque, mientras que los polivalentes pueden utilizarse en cualquier medio de transporte, también marítimo y en la combinación de todos ellos. En el presente caso, el incoterm FOB, es única y exclusivamente marítimo o fluvial.

El punto exacto de cesión del riesgo y la entrega en el incoterm FOB es cuando la mercancía se encuentra a bordo del barco. Si la carga que estamos enviando va en contenedor, debería utilizarse un incoterm polivalente, ya que el contenedor es una UTI (unidad de transporte intermodal) y precisaría la utilización de un término que pueda combinar varios medios de transporte. Si bien es cierto que muchas compañías utilizan el

³³⁹ Véase el artículo “*Los Incoterms FOB deberían utilizarse transportando carga general*”, en la página web www.incoterms.fob.com.

término FOB en operaciones con contenedores, su uso sería, a tenor de este razonamiento, incorrecto.

El FOB debería utilizarse pues con carga general, que es aquella que se coloca directamente en la bodega del barco, como se hacía básicamente desde los principios del transporte marítimo. De este modo, cuando lo que se coloca a bordo del buque sea la mercancía en sí el incoterm utilizado debería ser exclusivamente marítimo, mientras que cuando lo que se coloca a bordo del barco es una UTI, sería mejor utilizar un incoterm polivalente, como puede ser el FCA³⁴⁰.

En mi opinión, si bien esta argumentación es correcta, no puede decirse tampoco que se trate de una verdad absoluta. Puede darse el caso de que las partes acuerden el uso de contenedores simplemente para que la mercancía se encuentre más segura durante el viaje y que, una vez llega ésta a puerto, el comprador contrate, fuera del ámbito de la venta FOB, a cualquier empresa de transporte para que vaya a recoger el contenedor en el puerto de destino y se lo lleve a sus dependencias. Dado que, como se menciona a continuación, el comprador debe correr con los gastos desde que la mercancía se encuentra a bordo del buque, bien podría ser que decidiera organizarse así. Por otra parte, también cabe la posibilidad de que el comprador cuente con medios logísticos propios con los que recoger la mercancía a su llegada a puerto, por lo que el uso de contenedores le resultaría indiferente. Por último, y ya a un nivel más general, conviene recordar que en el incoterm FOB no se prohíbe textualmente la utilización de ningún tipo de carga. El que este término deba usarse exclusivamente con carga general o no obedecería más a razones de conveniencia logística, que variarían según el caso, más que a motivos jurídicos.

Por otra parte, en lo que respecta al reparto de gastos, tenemos las cláusulas A.6 y B.6, que dicen lo siguiente:

A.6 Reparto de costos. – El vendedor debe pagar,

- a) todos los costos relativos a la mercancía hasta que se haya entregado de acuerdo con A4, diferentes de los pagaderos por el comprador como se prevé en B6; y
- b) cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la exportación.

B.6 Reparto de gastos. – El comprador debe pagar:

³⁴⁰ De hecho, la Nota de orientación del incoterm FOB que se ha incluido en la versión 2010 señala que el FOB puede que no sea apropiado cuando la mercancía se pone en poder del porteador antes de que esté a bordo del buque, como ocurre, por ejemplo, con la mercancía en contenedores, que se entrega habitualmente en una terminal. En tales situaciones, la CCI considera que debería utilizarse la regla FCA. Nótese sin embargo la elección de palabras: “*puede no ser apropiado cuando...*” y “*debería utilizarse la regla FCA*”. La CCI desaconseja el uso del término FOB con mercancías almacenadas en contenedores, pero no prohíbe taxativamente su uso. Además, dichas recomendaciones aparecen recogidas en la Nota de orientación que precede al término FOB propiamente dicho. Como la CCI señala en la Introducción general de los Incoterms 2010, dichas Notas de orientación no forman parte propiamente de los Incoterms 2010, sino que cumplen una finalidad meramente aclarativa, que es ayudar a que el usuario llegue con precisión y eficiencia a la regla Incoterms apropiada para una transacción correcta. La no utilización del término FOB con contenedores es más una recomendación que una prohibición.

- a) todos los costos relativos a la mercancía desde el momento en que se haya entregado como se prevé en A4, excepto, cuando sea aplicable, los costos de los trámites aduaneros necesarios para la exportación, así como todos los derechos, impuestos y demás gastos pagaderos en la exportación como se refieren en A6 b);
- b) cualquier costo adicional contraído, bien porque:
 - (i) el comprador no ha dado aviso apropiado de acuerdo con B7, o
 - (ii) el buque designado por el comprador no llega a tiempo, no puede hacerse cargo de la mercancía o deja de admitir carga antes del momento notificado de acuerdo con B7,Siempre que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía del contrato, y
- c) cuando sea aplicable, todos los derechos, impuestos, y demás gastos, así como los costos de llevar a cabo los trámites aduaneros pagaderos en la importación de la mercancía y los costos de transporte a través de cualquier país.

Como ya mencionamos en el apartado anterior, en la versión 2010 de los Incoterms se han realizado una serie de cambios. Uno de los más llamativos ha sido el cambio de las condiciones de entrega en la venta FOB. Pero no sólo la entrega ha sido objeto de una nueva redacción, sino que el reparto de riesgos y costes también ha variado respecto a versiones anteriores. Hasta la versión del año 2000, la transmisión de los riesgos y costes del vendedor al comprador en condiciones FOB se producía cuando la mercancía, colgada de la grúa, sobrepasaba la borda del buque, aunque la obligación de entrega del vendedor no concluyera hasta que dicha mercancía se depositaba a bordo del buque, como indicaba la cláusula A4.

El criterio de la borda del buque ha generado no pocas dudas a lo largo de los años. Este criterio no aparecía determinado por las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, y en la práctica tampoco estaba claro qué debía entenderse por borda del buque. Las costumbres vigentes en cada puerto podían servir de ayuda a la hora de determinar la obligación de entrega³⁴¹. Una de las soluciones más extendidas consistía en identificar la borda con la línea imaginaria perpendicular al costado del buque. Sin embargo, esta interpretación planteaba numerosas dudas, dado que se hacía depender la transmisión de riesgos y costes de un criterio bastante mutable y a menudo difícil de concretar.

En realidad, el problema de fondo es que en las anteriores versiones de los Incoterms, la entrega en condiciones FOB aparecía explicada de manera contradictoria. En los Incoterms, la norma general ha sido y sigue siendo que la entrega es el punto crítico de transmisión de riesgos y costes: los anteriores a la entrega corren por cuenta del vendedor, y los posteriores a cuenta del comprador. Esta regla general presentaba algunas excepciones, como es el caso de las ventas CIF, en las que el vendedor debía contratar un transporte que se desarrollaba con posterioridad al cumplimiento de su obligación de entrega. En el caso de la venta FOB pasaba algo parecido. En la versión 2000, la introducción de dicho término afirmaba que el vendedor realizaba la entrega cuando la mercancía sobrepasaba la borda del buque en el puerto de embarque convenido. Ese momento coincidía con la transmisión de los riesgos y gastos, a tenor de lo expuesto en las cláusulas A5, A6, B5 y B6. El problema radicaba en la

³⁴¹ Cabe destacar que la cláusula A4 del término FOB otorgaba, y otorga todavía, eficacia a la costumbre del puerto de embarque al precisar la obligación de entrega del vendedor.

cláusula A4, en la que, como ya hemos mencionado con anterioridad, se establecía que el vendedor debía entregar la mercancía a bordo del buque designado por el comprador en la fecha o dentro del plazo acordado, en el puerto de embarque convenido y en la forma acostumbrada en el puerto. Así pues, ¿cuándo cumplía el vendedor con su obligación de entrega? ¿Cuando la mercancía sobrepasaba la borda del buque o cuando se colocaba a bordo?

Ciertamente, no parece muy razonable afirmar que en el caso de la venta FOB el vendedor pudiera limitarse a llevar la mercancía hasta el punto de sobrepasar una precaria línea imaginaria perpendicular a la borda del buque para luego desentenderse de dicha mercancía, dejándola ahí colgada de la grúa y sin ocuparse de depositarla en dicho buque. No, la obligación de entrega del vendedor consistía en poner la mercancía a bordo del buque, como ha señalado nuestro Tribunal Supremo y hemos mencionado en páginas anteriores. Lo que de verdad provocaba confusión era que los riesgos y costes se transmitieran al sobrepasar la borda, en un momento anterior al efectivo cumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor, cuando la regla general en los Incoterms es que dicha transmisión no se produce hasta que se realiza la entrega.

En la versión de 2010 del término FOB, en cambio, se ha hecho coincidir el momento en que el vendedor cumple su obligación de entrega con el momento de transmisión de riesgos y costes, la cual cosa debería contribuir a clarificar en gran medida la manera correcta en que deben desarrollarse esta clase de compraventas y evitar confusiones en el futuro³⁴².

12.4 Obligaciones del vendedor

El contrato de compraventa es un negocio jurídico cuyas características principales consisten en ser bilateral, consensual, obligatorio, conmutativo, oneroso y típico³⁴³. La

³⁴² A pesar de que la nueva redacción de la entrega en condiciones FOB resuelva viejas dudas, irónicamente, plantea otras nuevas. Ciertamente, este nuevo criterio no se encuentra exento de incertidumbres. Existe la duda de si es suficiente con que la mercancía se ubique sobre cubierta, o si la entrega precisa que la carga se coloque bajo cubierta, o si es necesario que esté correctamente estibada y trincada. Consecuentemente, también se plantea la duda de si le corresponde al vendedor estibar y trincar la mercancía. La costumbre vigente en el puerto, a la cual se remite la cláusula A.4 del término FOB, puede proporcionar respuesta a dichos interrogantes, pero en caso de que no exista ningún uso sobre el particular, la solución más razonable parece ser que se considere las mercancías entregadas cuando éstas hayan sido ubicadas en el buque de manera segura, de modo que puedan realizarse otras operaciones sin mayores riesgos. Para determinar cuándo ocurre esto habrá que prestar atención a las circunstancias del caso concreto, que variarán en función del tipo de mercancías, de las características del buque, de las condiciones de la operación de carga, etc. En el caso de los contenedores, por ejemplo, el vendedor cumpliría con su obligación cuando la carga se depositase sobre cubierta, mientras que en otros casos sería necesario que los efectos a transportar se hayan ubicado bajo cubierta y estén adecuadamente estabilizados, como en el caso de los cargamentos de cemento. Al respecto, véase ARROYO, Ignacio y GÓRRIZ, Carlos, op. cit., págs. 179 y 180.

³⁴³ Podemos citar como características principales de este tipo de contrato las siguientes:

a) **Bilateral**.- De él surgen las prestaciones recíprocas para las partes (vendedor y comprador). Desde el momento de su perfeccionamiento, las partes intervinientes vienen obligadas a cumplir sus respectivas prestaciones.

b) **Consensual**.- Se perfecciona por el mero consentimiento de las partes (vendedor y comprador), sin que sea necesario la entrega de la cosa; en tal sentido establece el artículo 1450 CC que: <<La venta se perfeccionará

modalidad FOB es un tipo de venta marítima recogido en los Incoterms y que supone una especialidad en el tipo contractual de la compraventa. Esta especialidad se refiere principalmente a la distribución del riesgo de pérdida o daño y de los gastos que se derivan de la mercancía.

Como ya mencionamos anteriormente, los Incoterms no regulan todos los aspectos de la compraventa, sino que dejan en manos de los ordenamientos nacionales aplicables en cada caso el rellenar esas lagunas. Lo que sucede con la transmisión de la propiedad podría considerarse un buen ejemplo de ello. Ciertamente, la primera y principal obligación del vendedor en todo contrato de compraventa que se precie es transmitir la propiedad de las mercancías al comprador. Es una obligación sin la cual la compraventa carecería de sentido, aunque cierto sector de la doctrina considere que la obligación fundamental del vendedor es la de entregar la cosa, no transmitir su propiedad³⁴⁴. A pesar de ello, no es

entre el comprador y vendedor y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la uno ni el otro se hayan entregado.>> Por consiguiente, lo importante de esta clase de contrato es su mero consentimiento de las partes y que, ocasionalmente puede servir de fundamento para la transmisión de la propiedad cuando vaya acompañado de la *traditio* de lo comprado, tal y como lo regula el artículo 1450 CC.

c) **Obligatorio**.- No traslativo, porque por sí mismo no opera la transmisión del derecho vendido, sino que simplemente obliga a transmitirlo y sólo operará la transmisión mediante la entrega de la cosa o derecho; salvo en los supuestos de derecho real poseible, en que la transmisión no es necesaria.

d) **Conmutativo**.- Suele serlo por regla general porque en él no tiene intervención la suerte, pero en el supuesto en que el contrato venga ligado a ésta, estaremos ante un contrato aleatorio. De esta forma las partes intervinientes pueden conocer anticipadamente las ventajas patrimoniales que obtendrían desde el momento de su perfeccionamiento, ya que se trata de un contrato de intercambio de prestaciones.

e) **Oneroso**.- Se fundamenta en el intercambio de prestaciones patrimoniales entre las partes.

f) **Típico**.- También llamado normativo o normado, por cuanto que su nombre, caracteres y funcionalidad vienen determinados por ley.

En cualquier caso, hay que tener presente la división, dentro del ámbito del derecho privado, entre compraventa civil y mercantil; la primera aquella que viene sometida a las normas reguladoras del Derecho Civil y las segundas quedarán dentro del ámbito del Derecho Mercantil y ello tendrá lugar cuando, el negocio jurídico en cuestión, constituye un acto de comercio. Al respecto, véase VAZQUEZ BARROS, Sergio, *“Contratos de Compraventa y Permuta. Comentarios, Formularios, Jurisprudencia. Legislación básica y bibliografía”*, Ed. Tecnos, España, 2003, pág. 54.

³⁴⁴ BADENES GASSET realiza una notable exposición de la doctrina sobre esta cuestión. El problema de si hay obligación de transferir el dominio en la compraventa ha constituido para los juristas españoles una cuestión espinosa. Es importante saber la intensidad y el alcance de los deberes que puede imponerse al vendedor, y los derechos que puede exigir el comprador. DEL MORAL ha dicho que el tema viene eternamente agazapado en la cámara de los tormentos de la doctrina. Los términos en que aparece redactado el art. 1445 – dice MORENO MOCHOLI –, el sentido originario del contrato de compraventa que aquél define, la falta de precepto que sancione con nulidad la venta de cosa ajena, la distinta expresión de otros códigos, y sobre todo la carencia, en el mismo cuerpo legal, de una imposición al vendedor para que tal transferencia opere, son los principios que provocan las dudas. Las diversas posiciones doctrinales que sobre esta cuestión han adoptado los autores españoles, pueden clasificarse, según BADENES GASSET, en los siguientes grupos:

1º Los que sin abordar el problema se limitan a exponer los textos legales refiriéndose únicamente a la obligación de entregar. Entre estos se encuentra MOUTON OCAMPO, ABELLA, PLANAS Y CASALS, ESCOSURA y MATHEU. Parten de la base de que el Código civil sigue los pasos del Derecho romano.

2º Los que de pasada, y sin plantearse expresamente el problema, estiman que existe obligación de transmitir. Así: SANCHEZ ROMAN, FALCON, BURON, ROBLES POZO, BONEL SANCHEZ.

objeto de regulación por parte de los incoterms, dado que los sistemas nacionales de transmisión de la propiedad son muy diversos y resultaba imposible llegar a un acuerdo al respecto, por lo que sus elaboradores prefirieron dejar esta cuestión en manos de la legislación de cada país que en su caso fuera aplicable³⁴⁵. Si es de aplicación el derecho

3º Los que no creen necesariamente obligado al vendedor a transferir el dominio al comprador, admitiendo la subsistencia en nuestro ordenamiento de la venta romana. Son autores que adoptan esta postura DE DIEGO, TRIAS DE BES (JOSÉ M^º), VICENTE GELLA, NAVARRO AMANDI, ALBALADEJO, ROCA SASTRE.

4º Los que decididamente opinan que nuestro Código, con abandono del sistema romano, impone al vendedor la obligación de transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida: GAYOSO ARIAS, PEREZ GONZALES y ALGUER, DE BUEN, MUCIUS SCAEVOLA, MANRESA, MORENO MOCHOLI, DE CASSO, PEIDRO PASTOR.

En definitiva, a modo de resumen, puede afirmarse que quienes niegan la obligación de transmitir el dominio, y en cambio afirman que, según nuestro Código, el comprador sólo queda obligado a entregar la cosa vendida de una manera meramente material, o sea, transfiriendo simplemente su posesión, se basan en los siguientes argumentos:

- a) En que el art. 1445 del Código Civil únicamente habla de la obligación de entregar una cosa determinada.
- b) En que el art. 1461 declara obligado al vendedor a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta.
- c) En que, según el 609, la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.
- d) En que el Código admite la venta de cosa ajena o futura, o sea, de aquellas en las que el vendedor carece de dominio actual y, por tanto, no puede transmitirlo.
- e) En cuanto al proyecto de Código civil de 1851 adoptó el sistema romano, en cuanto a la compraventa, y el Código civil sigue casi lateralmente a aquel proyecto al regular dicho contrato.

En cambio, quienes sostienen la tesis contraria se basan:

- a) En el 1462, que casi esfuma la obligación de entregar materialmente la cosa vendida.
- b) En el 1463, cuyo último inciso entiende entregada la cosa <<por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes>>, en los casos que indica.
- c) En el 1160, que no considera válido el pago de la obligación de dar, cuando sea hecho por quien no tenga <<la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla.>>
- d) En el art. 1258, según el cual, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.
- e) En el 1461, que declara obligado al vendedor a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. Se dice, a este propósito, que el saneamiento a que aquí se alude es principalmente el del caso de evicción, o sea, aquel en que se prive al comprador de sus derechos (total o parcialmente) sobre la cosa, o de la misma cosa; entendiéndolo con el alcance que le dan otros artículos del mismo Código, como los 1474, 1475, 1502 y 1503, para no citar sino los más expresivos.
- f) En el 1468, apartado segundo, que atribuye al comprador todos los frutos de la cosa vendida <<desde el día en que se perfeccionó el contrato>>; y en el 1095, que declara igual derecho a los frutos, en la obligación de dar a favor del acreedor, <<desde que nace la obligación de entregar la cosa>>.
- g) En que el precio de la compraventa es lo *commutativo*, al dominio pleno, sin que el vendedor nada se reserve, ni tampoco se sustraiga ninguna facultad dominical al comprador. Al respecto, véase BADENES GASSET, Ramón, op. cit., Tomo I, págs. 54 a 60.

³⁴⁵ La venta FOB es una venta marítima, las cuales constituyen una especialidad dentro del tipo contractual de la compraventa. La especialidad afecta, en particular, a la distribución del riesgo de pérdida o daño y de los gastos relativos a la mercancía. Por eso, no agotan los derechos y obligaciones de las partes del contrato de compraventa, sino que se centran, sobre todo, en los relacionados con la entrega de las mercancías al porteador, punto crítico de la transmisión del riesgo. Sus disposiciones deberán completarse con el régimen general de la compraventa mercantil y, en su caso, con la Convención de Viena de 1980. Así sucede, por ejemplo, con la obligación de saneamiento por evicción de vicios ocultos. Una vez aclarado esto, procede examinar las obligaciones principales del vendedor y del comprador, atendiendo a la especialidad propia de las ventas marítimas. La primera obligación del vendedor es transmitir la propiedad de las mercancías al comprador. Constituye una obligación inherente a toda compraventa. Sin embargo, los *Incoterms* no la regulan pues, de un lado, el derecho real de propiedad tiene escasa eficacia en el tráfico económico

español, entonces habrá que atenerse a lo establecido por el artículo 30 de la Convención de Viena (que forma parte de nuestro ordenamiento) y los artículos 609 y 1095 del Código Civil.

El artículo 30 de la Convención de Viena afirma que “El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención”.

Como podemos ver, este artículo declara y sintetiza las principales obligaciones que debe cumplir el vendedor en todo contrato de compraventa, que son la entrega de la cosa y la transmisión de su propiedad. Asimismo, en virtud de este precepto el vendedor está igualmente obligado a cumplir cualquier obligación adicional prevista en el contrato o en virtud de un uso o práctica entre las partes.

La obligación de entrega que establece el artículo 30 no es incompatible con los Incoterms, y de hecho no es infrecuente que las partes especifiquen el deber de entregar las mercancías utilizando algún incoterm, los cuales prevalecen entonces sobre las reglas de la Convención³⁴⁶. Por otra parte, aunque la Convención no concierne “a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.” (art. 4, párr. b)), la obligación principal del vendedor es transferir la propiedad de las mercaderías al comprador. Que este efecto se haya producido y que la propiedad se haya transferido, no es una cuestión regulada por la Convención, sino que tiene que determinarse según la ley designada por las normas de competencia del derecho internacional privado.

Si analizamos el tema de la propiedad desde el punto de vista de nuestras normas puramente internas, tenemos el artículo 609 del Código Civil que establece lo siguiente: “La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”³⁴⁷.

internacional y, de otro, los sistemas nacionales sobre la transmisión de la propiedad son muy diversos. Por eso se refieren simplemente al <<suministro>> de las mercancías y reservan la expresión <<entrega>> para referirse al acto en que el vendedor consigna la carga al porteador (A.1 y A.4). Cuando el derecho español resulta aplicable, la transmisión de la propiedad exige el acuerdo de las partes sobre la transmisión de la propiedad y la entrega de las mercancías (arts. 609 y 1095 del Código Civil). El carácter representativo que tiene el conocimiento de embarque comporta que la tradición del dominio sobre los efectos transportados se produzca cuando el comprador deviene titular legítimo del documento, pues en ese momento adquiere su posesión, bien que mediata. Ahora bien, la jurisprudencia española ha vinculado la transmisión de la propiedad con la entrega al porteador, si bien con carácter de *obiter dictum*. Podría cuestionarse la corrección de tal afirmación, dado que no se ha producido la entrega todavía, al no haber acaecido el traspaso de la posesión al comprador, salvo que se considere al porteador como auxiliar del comprador, de modo que sus actos le sean imputables. Véase GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos, “Las ventas marítimas en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol, XVI, 1999 pág. 344 a 346.

³⁴⁶ Véanse por ejemplo los casos CLOUT n° 244 (término EXW) y n° 340 (término DDP)

³⁴⁷ Para el análisis de la cuestión hemos de partir de un precepto clave en nuestro sistema jurídico, el art. 609 CC (LEG 1889, 27) de acuerdo con el cual: “La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”. Como afirma MARTÍNEZ VELENCOSO, el artículo ha sido objeto de severas

Por su parte, el artículo 1095 del Código Civil dice: “El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada”.

De estos y otros artículos de nuestro Código Civil podemos extraer algunas conclusiones. En primer lugar, constatamos que el contrato de compraventa, en sí mismo, no es traslativo de dominio. Para que el vendedor transmita la propiedad de la cosa objeto de compraventa al comprador no basta con que ambos firmen el contrato. El contrato de compraventa no transmite automáticamente el derecho real de propiedad, sino que provoca la obligación por parte del vendedor de transmitir la propiedad. Y esa transmisión de la propiedad la logrará el vendedor mediante el cumplimiento de otra de sus obligaciones, que es la de entregar la cosa. Esta manera de concebir la compraventa es lo que se conoce como teoría del título y el modo.

Aunque pueda parecer redundante, conviene recordar que con el contrato de compraventa no se transmite propiamente un bien, sino que lo que pasa de una parte a otra es un derecho, que es el derecho de propiedad sobre la misma. Para entender mejor el alcance de esta institución, conviene recordar dos preceptos fundamentales, el artículo 348 del Código Civil y al artículo 33 de la Constitución.

El artículo 348 del Código Civil dice lo siguiente: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”. Como podemos ver, en este precepto se define la propiedad por las facultades que proporciona sobre la cosa de la que se es propietario, gozar y disponer, solamente limitadas por otras disposiciones de rango normativo³⁴⁸.

críticas. De él se ha dicho que no tiene condición normativa, porque los modos de adquirir los derechos son los que establezca el ordenamiento, y precisamente porque los establece, no porque los enumere todos, y aún así, ni siquiera los enumera todos. Además, cada <<modo de adquirir>> tiene su regulación en otros artículos del Código, donde es tratado. En opinión de este autor, del precepto sólo merece destacar que proclama la admisión en nuestro ordenamiento de la teoría del título y del modo. No obstante, existen otros comentaristas para los que dichas críticas pueden parecer <<exageradas>> e incluso la norma cuenta con admiradores entusiastas. Un estudio en profundidad del art. 609 CC excede los límites que necesariamente han de trazarse al presente problema, circunscrito al tema de la adquisición derivativa de bienes *inter vivos*, en concreto mediante el contrato de compraventa. Por ello nos centramos en las últimas palabras del párrafo 2º del art. 609 CC <<y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición>>. En estas palabras se ha visto condensada la llamada teoría del título y el modo que ha sido objeto de estudio por numerosos tratadistas. Al respecto, véase MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., “*Adquisición de la Propiedad e Insolvencia del Vendedor*”, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial N° 8, ed. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 25 a 27.

³⁴⁸ DIEZ-PICAZO realiza una amplia exposición sobre este tema. El autor empieza por exponer los dos extremos entre los que suele oscilar el análisis del derecho de propiedad, que oscilan entre un somero comentario del art. 348 CC y una exposición de las doctrinas filosóficas que explican el fundamento de dicha institución. Estas últimas se mueven entre la consideración de la propiedad como un Derecho natural y aquellas otras que sostienen que la propiedad es obra exclusiva del Derecho positivo, porque únicamente la garantía del poder público puede sancionar y obtener la renuncia de todos para permitir el goce de uno solo. Aunque el autor se abstiene de entrar en este tipo de debates, sí que señala que el relativismo histórico, que siempre hay que sostener en todos estos puntos, nos obliga a pensar que, si hay alguna naturalidad, ésta se encuentra en el consumo tácito del grupo social que fundamenta y legitima nuestra institución al mismo tiempo que el orden político y social en que se inserta. Parece claro que, como había señalado JOSSERAND,

Por otra parte, el artículo 33 de la Constitución establece que: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”. Así pues, la importancia de este precepto radica en su reconocimiento del derecho a la propiedad privada, siendo posible la limitación del mismo, siempre de acuerdo con las leyes, por causa justificada de utilidad pública o interés social³⁴⁹ y garantizando una indemnización por las

la codificación había sometido el concepto de propiedad a una fuerte dosis de abstracción que algunos podrían considerar artificiosa. Desde el punto de vista político, se hace evidente que no es lo mismo la propiedad como técnica de acumulación de riqueza (los marxistas dirían de apropiación por el capitalista de la plusvalía del trabajador) que las propiedades que no son otra cosa que instrumentos al servicio de una empresa o de una actividad económica. En este sentido, DIEZ-PICAZO señala que si hay algo cierto es que, al final, la propiedad sólo posee valor como instrumento de esas actividades económicas y que, dentro de ellas, no es seguramente el factor más importante. Las vías de obtención del beneficio tienen hoy poca relación con la propiedad y el beneficio lo crean más bien los contratos, las redes de contratos (entre los cuales se pueden situar los pactos oligárquicos) o las carteras de contratos que toda empresa aspira a poseer y a aumentar. Mas es cierto también que la propiedad constituye un presupuesto de la libertad, y que las personas sólo son enteramente libres cuando poseen algún soporte de propiedad. En un sentido similar, la Encíclica *Mater et Magistra* había dicho que la propiedad condiciona el libre desarrollo del hombre al mismo tiempo que había dicho que no basta con afirmar que es un derecho natural, sino que hay que procurar su extensión a todas las clases sociales, de manera que no se trataría de abolir la propiedad, sino de multiplicarla. El art. 348 del Código Civil, que recoge la ideología liberal francesa, se limita a decir que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes. Se produce, de este modo, una reducción o una síntesis de una definición de la propiedad, realizada descriptivamente sumando las facultades o posibilidades que el contenido del Derecho de propiedad puede suponer: *uti, frui, abutere, disponere*. Sin embargo, el intento de definición del artículo 348 no es neutral, ni aséptico. Gozar significa percibir enteramente los rendimientos económicos y las ventajas que la cosa proporcione. Como es perfectamente claro, el núcleo central de la propiedad es un monopolio del señorío de esa percepción de los rendimientos económicos y, antes que por cualquier otra cosa, la propiedad está definida por lo que algunos han llamado un contenido atributivo. Y también, disponer. Luis Adolfo THIERS, que fue un político de gran relevancia en Francia en la Segunda República y que escribió un opúsculo sobre la propiedad, del que se hizo una traducción española en 1880 dice expresamente – y, en opinión de DIEZ-PICAZO hay que darle la razón – que la propiedad no es completa sino cuando es transmisible tanto *intervivos* como *mortis causa*. Históricamente, se han conocido las variantes de las propiedades amortizadas en las que los sucesivos propietarios carecían de facultades dispositivas, pero la concepción liberal acentuó la libre transmisibilidad de los bienes, no sólo porque a través de ellos se pueden convertir en dinero los bienes que se poseen, sino también, y sobre todo, porque ello es la base del comercio jurídico, que es una rúbrica económica muy importante. Finalmente, el art. 348 menciona las limitaciones. No acoge expresamente la tendencia a la absolutividad que existía en el Código Civil francés y acentúa la existencia de límites y limitaciones, aunque es verdad que la construcción gramatical “sin más limitaciones que” parece denotar alguna dosis de excepcionalidad en tales limitaciones. El artículo 348 menciona sólo las leyes y no alude a los reglamentos que, en cambio estaban aludidos en el artículo 544 del Código Civil francés (la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta siempre que no se haga de ella un uso indebido por las leyes y los reglamentos). Cualquiera que sea el alcance que al precepto se quiera dar, siempre se entendió en el sentido de que las limitaciones pueden surgir también de disposiciones de carácter reglamentario. Tales son las opiniones expresadas por DIEZ-PICAZO, Luis, en su exposición “*Propiedad y Constitución*”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.), “*Propiedad y Derecho Civil*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 13 a 15.

³⁴⁹ Es así como entra en juego la función social del derecho de propiedad, a la que no podemos dejar de referirnos con algún detalle ya que es mencionada expresamente en relación con la propiedad por el artículo 33 de la Constitución. En opinión de MIÑARRO MONTOYA no se consideran suficientes las fórmulas empleadas por los Códigos civiles, o mejor, se desfiguran o se configura la propiedad conscientemente de

expropiaciones³⁵⁰. A pesar de ello, conviene precisar que este principio limitador del derecho de propiedad parece enfocado sobre todo en la propiedad de bienes inmuebles, por lo que no tiene una influencia directa en la compraventa de mercancías que nos ocupa.

forma inexacta, como si se viera reflejada en un espejo deformante, para, de esa manera, atacarla con mayor facilidad. Haciendo ver que el Código considera la propiedad como un derecho absoluto y, por tanto, ilimitado, se quiere hacer creer que las limitaciones del dominio son fruto de la función social de la propiedad, cuando, por el contrario, el artículo 348 del Código civil les da plena habilitación y acogida. Y dando un paso más, se ha tratado de confundir limitaciones con límites internos del derecho de propiedad, de los que hay que inducir el concepto de éste. La naturaleza de la propiedad, dijo León DUGUIT, es de función social, no de derecho subjetivo. Decía DUGUIT que “el detentador de una riqueza no tiene ningún derecho sobre ella; se da una mera situación de hecho que le obliga a realizar una cierta función social; y su apropiación es protegida por en la medida y solamente en la medida en que él la cumpla”. Y más recientemente ha dicho RODOTA que la función social no sólo queda en los límites, sino que modela la propia estructura del derecho de propiedad. En esta línea, la de considerar que la propiedad lleva ante todo consigo deberes frente a la comunidad representada por el Estado, cabría llegar al absurdo de afirmar que el propietario está, en relación con éste, en una relación de sujeción especial. Pero, en opinión de MIÑARRO MONTOYA, esta función – valga la reiteración – de la función social en relación con la propiedad debe ser rechazada. Es evidente que la propiedad, como todos los derechos, desempeña una función, pero ésta no es solamente la social, en cuanto que sirve primordialmente al individuo a quien se atribuye la cosa que constituye su objeto. La propiedad de cada uno tiene que coexistir con la de los demás, y además existe y se ejercita dentro de la comunidad. Aquí es donde confluyen los intereses del titular y de la comunidad, que, desde fuera del derecho, deben ser armonizados por el Estado. Pero, como dice LACRUZ, la actividad del dueño no es función, porque toda función se halla destinada a actuar en interés ajeno (no propio, como el del dueño, que es el que prioritariamente actúa) y además público, cuando el del dueño es privado. En suma, sigue diciendo LACRUZ, “la llamada función social no es una verdadera norma jurídica de conducta si por tal se ha de entender una que dicte al dueño su comportamiento en cada caso, si bien sí lo son aquellos preceptos que, en interés de la comunidad (y añadimos nosotros, desde fuera del derecho) imponen al dueño ciertas obligaciones de hacer u omitir”. Y aún entonces, añade, la función social, entendida como cierta vinculación transindividual no viene desempeñada por el propietario, sino por la institución misma, a la que el legislador encauza mediante normas que tienen en cuenta los intereses de la generalidad. A este respecto, véase MIÑARRO MONTOYA, Ricardo, “*La propiedad desde el punto de vista del derecho civil: limitaciones del derecho del propiedad*”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.), “*Propiedad y Derecho Civil*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 242 a 244.

³⁵⁰ En el artículo 33 de la Constitución se reconoce el derecho a la propiedad privada, se establece que la función social de este derecho delimita su contenido de acuerdo con las leyes, y se proclama la tradicional garantía expropiatoria: “Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”. De este modo se da el reconocimiento de una institución denominada “propiedad privada”, la cual queda remitida al lenguaje de los juristas. En la tradición de la filosofía política y social, se ha reconocido a la propiedad como pieza esencial, que, por una parte, constituye el sustrato necesario para el ejercicio de las libertades individuales y, en especial, para el desarrollo de la personalidad, pero en la que, además, existe una pieza fundamental de lo que puede llamarse constitución económica, que es el reconocimiento de un sistema económico del que la propiedad privada forma parte. Por eso, la opinión de DIEZ PICAZO es que el art. 33 hay que relacionarlo indeclinablemente con el artículo 128. Según éste último artículo, “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general” y, además, “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica” y, “mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y, asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. En este sentido, cuando el art. 33 en relación con el art. 128 dice “propiedad privada” y entendemos ésta última como una pieza de la constitución económica, debe entenderse que está diciendo que se pueden reservar al sector público recursos, pero se está admitiendo un sistema jurídico y económico en el que la propiedad privada se refiere a los bienes de producción, como por lo demás se deduciría igualmente del reconocimiento de la libertad de empresa y de la libertad de iniciativa económica y, en aquella parte en que la propiedad privada es un soporte a la libertad individual, de la dignidad de la persona, proclamada por el art. 10. El art. 33 *reconoce*

Así pues, la propiedad es un derecho amparado por la constitución y que consiste en poder gozar y disponer de una cosa sin más limitación que las que establezcan las leyes. El transmitir ese derecho es una de las principales obligaciones del vendedor, que mediante un contrato de compraventa le transfiere el derecho de propiedad al comprador.

Siendo como es la transmisión de la propiedad de la mercancía la principal obligación del vendedor, conviene que examinemos de qué manera y con qué formalidades se realiza ese traspaso. Como ya mencionamos antes, los redactores de los Incoterms optaron por no regular esta cuestión, ante la dificultad que suponía llegar a un consenso al respecto y para facilitar la difusión de los mismos. De este modo, se remitieron al derecho nacional que en su caso fuera aplicable para determinar de qué manera la propiedad pasaba del vendedor al comprador. Cuando en un contrato de compraventa internacional de mercancías en el que se utilice la modalidad FOB de los Incoterms 2010 (o cualquier otro término) sea aplicable el derecho español, en la cuestión relativa a la transmisión de la propiedad deberemos atenernos a la teoría del título y del modo.

Para entender la teoría del título y del modo conviene diferenciar entre dos momentos clave pero diferenciados del contrato de compraventa, que son el de su perfección y el de su consumación³⁵¹. La perfección se produce cuando se da la coincidencia del consentimiento de las partes sobre la cosa y el precio, mientras que la consumación, que emana de la tradición o entrega de la cosa objeto de compraventa, es cuando se produce el efectivo traspaso del derecho de propiedad del vendedor al comprador³⁵². Se trata de dos momentos

el derecho a la propiedad privada y algunos autores han tratado de poner algún énfasis en esa “a”. Tras ello está la idea de que no es un derecho que tenga una especial contenido desde el punto de vista constitucional, sino que se está preconizando solo un especial derecho a la adquisición de propiedades o, si pudiera decirlo de una forma más rápida, una especie de capitalismo popular. El autor no considera que a la construcción gramatical se le pueda otorgar tal trascendencia. Una cosa es el artículo 33 y otra son los principios rectores de la política social y económica que están regulados en otro lugar y con otro alcance, porque mirando las cosas con esa óptica, estaríamos hablando de un principio rector de la política económica. Por eso, el autor manifiesta que no se puede encontrar ninguna diferencia sensible entre hablar de derecho a la propiedad privada o de derecho de propiedad privada. A este respecto, véase DIEZ PICAZO, Luís, op. cit., págs. 17 y 18.

³⁵¹ Véase como ejemplo la STS de 6 de febrero de 1990 (RJ 1990, 664), que establece que “la compraventa en nuestro derecho viene configurada como un contrato consensual, del que surge la obligación de entregar la cosa vendida y de pagar el precio estipulado, pero debiendo distinguirse el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o ficta de la cosa, que determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re*, mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que, cuando la compraventa no va seguida de la tradición, no puede considerarse como propietario el comprador en tanto esa tradición no se produzca”.

³⁵² La compraventa es un contrato consensual, del cual surge la obligación de entregar la cosa vendida y de pagar el precio estipulado. En dicho contrato debe distinguirse el momento de la perfección del mismo, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o *ficta* de la cosa, mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que cuando la compraventa no va seguida de la tradición, no puede considerarse como propietario al comprador en tanto esa tradición no se produzca. Como afirma VAZQUEZ BARROS, son distintos el momento de perfección del contrato de compraventa, que se produce cuando se acuerda el objeto y el precio, y el de la adquisición de lo comprado, momentos que no deben unificarse. Ahora bien, se puede dilatar la fecha de perfeccionamiento del contrato haciéndola coincidir con la de su consumación. Según el autor, es factible, con arreglo al principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, que los

distintos, pero que se necesitan el uno al otro para que la finalidad de transmisión de la propiedad se produzca. El contrato de compraventa, por sí mismo, no transmite este derecho, sino que es necesario que se produzca la entrega para que el comprador devenga propietario. Igualmente, la entrega no es en sí transmisiva si antes no existe un acuerdo de voluntades entre las partes para transmitir la propiedad a cambio de un precio.

Así pues, por justa causa de la tradición o título debemos entender aquellos contratos que poseen una virtualidad transmisiva de dominio, o dicho en términos más sencillos, un contrato en el que una de las partes se comprometa a transmitir la propiedad de una cosa a favor de otra persona. Pero el título no es suficiente para que se efectúe la transmisión de la propiedad, por lo que necesita del modo, que es la tradición o entrega de la cosa. Sólo cuando se dan ambas cosas podemos decir que el comprador adquiere realmente la cosa³⁵³.

interesados, para mayor seguridad de la efectividad de sus respectivas prestaciones, convengan dilatar la fecha de la perfección de la venta al momento de su consumación, estableciendo, de *facto*, una coincidencia temporal de los sinalagmas genético y funcional, aunque adoptando ya un compromiso vinculatorio con la garantía que estimen oportuna. Ciertamente, la entrega íntegra o de parte del precio afecta a la consumación del contrato, pero no a su perfeccionamiento, por lo que si se otorga la escritura y se paga el precio, el contrato queda perfeccionado y consumado. Asimismo, también cabe recordar que el contrato de compraventa es en el derecho consensual fuente de obligaciones para las partes, no requiriéndose la titularidad dominical del vendedor para entenderse perfeccionado, y productor, desde entonces, de aquellas obligaciones. Por otro lado, hay que tener en cuenta que, en todo caso, habrá de haber simultaneidad de tiempo y lugar, o lo que es lo mismo, el carácter sinalagmático de la compraventa exige que las prestaciones de comprador y vendedor deben realizarse con perfecta simultaneidad e identidad de tiempo y lugar. El ordenamiento jurídico acoge el principio de que para adquirir la propiedad por medio de ciertos contratos deben existir dos elementos, el título o contrato propiamente dicho, y el modo, que es la tradición o entrega material de la cosa (art. 609 CC), por lo que una compraventa puede estar perfeccionada pero no haber producido la transmisión de la propiedad, pues nuestro ordenamiento sigue el sistema romano que exige para la consumación de la compraventa la entrega de la misma. Por lo que a los frutos respecta, tenemos que siendo consensual la compraventa y consumándose mediante la tradición, aplicada al art. 1468.2 CC, viene a significar que desde la perfección del contrato, los frutos que produzca la cosa vendida pertenecerán al comprador, el cual tiene derecho a reclamarlos, pero no adquiere la propiedad de los mismos hasta que le sean entregados, conjunta o separadamente de la tradición real o ficta de la cosa. En lo relativo a la rescisión contractual, cabe indicar que, la compraventa es un contrato que se perfecciona por el mero consentimiento (arts. 1445 y 1450 CC), sin que para tal existencia, y por ende para su rescisión, sea necesario que se haya producido la consumación, esto es, la entrega de la cosa y el pago del precio. Es cierto que en nuestro sistema jurídico la traslación del dominio por vía contractual exige además (del título) la tradición (modo de adquirir) en cualquiera de sus modalidades legales (arts. 1462 a 1464 CC), pero no es dable confundir contrato traslativo de dominio con transmisión del mismo; aquello es una idoneidad, una vocación, disposición o querencia, y lo segundo es un efecto. Para la rescisión por lesión <<*ultra dimidium*>> basta lo primero, no siendo necesaria la entrega de la posesión, o sea, que se haya producido el efecto transmisivo de la propiedad. A este respecto, véase VAZQUEZ BARROS, Sergio, “*Contratos de Compraventa y Permuta. Comentarios, Formularios, Jurisprudencia. Legislación básica y bibliografía*”, Ed. Tecnos, España, 2003, págs. 268 y 269.

³⁵³ Por justa causa de la tradición o título debe entender aquellos contratos que tienen virtualidad transmisiva del dominio. Se trata del fundamento jurídico, de aquel contrato, ya sea típico o atípico, en el que una de las partes se compromete a transmitir una cosa a favor de otra que acepta. Sin embargo, para la adquisición de la propiedad no basta con la celebración del contrato, sino que además es necesaria la existencia de tradición, del modo, así hemos visto que lo establece el 609 CC (LEG 1889, 27) <<por consecuencia de ciertos contratos mediante tradición>> y correlativamente el 1095 CC, dentro del Capítulo II, Título I, Libro IV, relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, establece: <<El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entrega. Sin embargo, *no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada*>>. Modo es el acto que completa el mecanismo transmisivo, sin la existencia del cual no es posible la adquisición de la propiedad. Nuestro sistema de transmisión de la propiedad se caracteriza por la presencia

Así es como se produciría la transmisión de la propiedad en caso de ser aplicable el derecho español. En otros países puede ser que se utilicen sistemas de transmisión de propiedad diferentes, con lo que el momento de transmisión de la misma podría variar en caso de ser aplicables los derechos nacionales de dichos países³⁵⁴.

Una vez tratada esta importante obligación del vendedor que, paradójicamente, no viene regulada por los Incoterms, podemos pasar a examinar las obligaciones del vendedor FOB que si se encuentran reguladas en ese término.

En primer lugar tenemos la obligación del vendedor de suministrar la mercancía de conformidad con el contrato. La cláusula A.1 establece lo siguiente: “El vendedor debe suministrar la mercancía y la factura comercial de conformidad con el contrato de compraventa y cualquier otra prueba de conformidad que pueda exigir el contrato. Cualquier documento al que se haga referencia en A1-A10 puede ser un documento o procedimiento electrónico equivalente si así se acuerda entre las partes o si es habitual”.

Esta obligación consiste, en esencia, en que el vendedor debe proporcionar al comprador la mercancía objeto de compraventa, aquella cosa sobre la cual ambas partes han acordado el traspaso de la propiedad, así como los documentos que acrediten este traspaso. Nótese además la importancia que se da a la autonomía de la voluntad de las partes y a los usos y costumbres relativos al uso de la comunicación electrónica³⁵⁵.

de dos fases diferenciadas: una primera que se ve cumplida con la celebración del contrato con la virtualidad transmisiva, de manera que el futuro adquirente incluye en su patrimonio un derecho de crédito que le faculta para exigir a su contraparte la entrega de la cosa. En esta primera etapa nos movemos en el ámbito propio del derecho de obligaciones. La segunda fase comienza cuando el vendedor cumple con su obligación de entrega de la cosa a favor del comprador, este acto recibe el nombre de *traditio* y con él abandonamos el ámbito de las relaciones obligatorias para adentrarnos en el campo de los derechos reales. Sobre este tema, véase MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., op. cit., págs. 28 a 32.

³⁵⁴ En el Reino Unido, por ejemplo, el criterio fundamental por el que se determina la transmisión de la propiedad es la intención de las partes de hacer tal cosa, normalmente expresada mediante un contrato de compraventa, tal como establece la Sale of Goods Act. En caso de que dicha intención no se exprese, se aplicarían una serie de presunciones especificadas en dicha Ley y, en teoría, la entrega no sería relevante para la cuestión de la transmisión de la propiedad. Al respecto, SASSOON, manifiesta que ninguna de las definiciones propuestas del término f.o.b. qué intencionalmente evitan tratar la cuestión de la transmisión de la propiedad (pero se concentra en cambio en los derechos y deberes de las partes relativos a las varias fases de ejecución de la transacción) es de ninguna ayuda a la hora de clarificar este problema. No cabe duda de que la opinión de que la propiedad pasa al comprador bajo un contrato f.o.b. cuando el género se ha puesto a bordo del buque disfruta de un gran apoyo. También debe añadirse, sin embargo, que la reserva por parte del vendedor de un interés de propiedad en las mercancías, en lugar de un mero derecho a su posesión, antes de pagarse su precio y para el solo propósito de obtener el precio o ejecutar cualquier derecho relacionado, no es necesariamente incoherente con el término f.o.b.. Es más, dado que la cuestión de la transmisión de la propiedad siempre se subordina a la intención de las partes, la cual es una cuestión de hecho, la opinión de que el término f.o.b. en sí mismo proporciona una prueba concluyente acerca de la tal intención, porque es uno de los elementos de la transacción en que el vendedor asume una obligación irrevocable de transferir la propiedad de la mercancía, plantea ciertas dudas. Véase SASSOON, David M, “*C.I.F. and F.O.B. Contracts*”, ed. Sweet and Maxwell, Londres, 1995, 4ª edición, págs. 444 y 445. Para más información, véase del mismo autor “*F.O.B. CONTRACTS*”, ed. Stevens & Sons Limited, Londres, 1960, págs. 33 y ss.

³⁵⁵ Las versiones previas de las reglas Incoterms especificaban los documentos sustituibles por mensajes EDI. Sin embargo, como afirma la Introducción de los Incoterms 2010, los artículos A1/B1 de la nueva versión otorgan ahora a los medios de comunicación electrónicos el mismo efecto que la comunicación en papel, en la

En segundo lugar, la cláusula A.2 establece las obligaciones del vendedor respecto a ciertas licencias, autorizaciones, acreditaciones de seguridad y otras formalidades: “Cuando sea aplicable, el vendedor debe obtener, a su propio riesgo y expensas, cualquier licencia de exportación u otra autorización oficial y llevar a cabo todos los trámites aduaneros necesarios para la exportación de la mercancía”.

Teniendo en cuenta que el vendedor debe asumir todos los costes hasta haber cumplido con sus obligaciones de entrega, parece lógico que le corresponda los gastos derivados de la documentación relativa a la exportación de las mercancías, cuya tramitación se hará normalmente antes del embarque. Una vez más, puede apreciarse cómo el momento de entrega influye en las obligaciones accesorias de las partes.

Sobre el despacho de aduanas también es necesario hacer algunas matizaciones. En los Incoterms, siempre que se hace referencia a una obligación del vendedor o del comprador de asumir obligaciones en relación con el paso de las mercancías a través de las aduanas del país de exportación o de importación, se deja claro que esa obligación no incluye sólo el pago de derechos y de otras cargas, sino también la ejecución y el pago de cualquier formalidad administrativa vinculada con el paso de las mercancías a través de las aduanas y de informar a las autoridades aduaneras. Por otra parte, en algunos lugares se ha considerado inapropiado el uso de términos que versan sobre la obligación de despachar las mercancías de aduanas cuando, como en el interior de la Unión Europea u otras áreas de libre comercio, ya no exista la obligación de pagar aranceles ni existan restricciones relativas a la importación o exportación. A fin de aclarar la situación, en la versión 2000 se añadieron las palabras “*cuando sea aplicable*” a las cláusulas A.2 y B.2, A.6 y B.6 de los incoterms correspondientes para que sean usados sin ambigüedad cuando no se requieran procedimientos aduaneros³⁵⁶, expresión que se ha mantenido en la versión de 2010. Normalmente, es deseable que el despacho de aduanas sea efectuado por la parte domiciliada en el país en que haya de tener lugar tal despacho o, por lo menos, por alguien que actúe allí en su nombre. Así, el exportador debe normalmente despachar las mercancías para la exportación, mientras que el importador debe despacharlas para la importación.

En tercer lugar, tenemos la cláusula A.3, relativa a los gastos de transporte y de seguro, que establece lo siguiente en lo relativo al contrato de transporte: “el vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador de formalizar un contrato de transporte. Sin embargo, si lo solicita el comprador o si es práctica comercial y el comprador no da instrucciones en sentido contrario con la debida antelación, el vendedor puede contratar el transporte en las condiciones usuales a riesgo y expensas del comprador. En cualquiera de los dos casos, el vendedor puede rehusar la formalización del contrato de transporte y, en este caso, deberá comunicarlo rápidamente al comprador”.

Por otra parte, la cláusula A3 también establece, en lo relativo al contrato de seguro, que el vendedor no tiene ninguna obligación ante el comprador de formalizar un contrato de

medida en que las partes así lo acuerden o cuando sea la costumbre. Esta fórmula facilita la evolución de nuevos procedimientos electrónicos durante la vigencia de las reglas Incoterms 2010.

³⁵⁶ A.A.V.V., “*Incoterms 2000. Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales*”, publicado por el Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional de París, pág. 25.

seguro. Sin embargo, el vendedor debe proporcionar al comprador, a petición, riesgo y expensas (si las hay) de este último, la información que el comprador necesite para obtener el seguro.

Conviene que nos detengamos un instante en la expresión “*ninguna obligación*” usada en esta y en otras cláusulas de otros Incoterms. Tal como se deduce de las expresiones “el vendedor debe” y “el comprador debe”, los Incoterms sólo se refieren a las obligaciones que las partes asumen una frente a otra. Por esa razón, se han insertado las palabras “*ninguna obligación*” cuando una parte no ha asumido una obligación frente a la otra. De ese modo, por ejemplo, si conforme a la cláusula A.3 del término respectivo, el vendedor debe concertar y pagar el contrato de transporte, encontramos la expresión “*ninguna obligación*” bajo el encabezamiento “*contrato de transporte*” en B.3 a), mostrando la posición del comprador. Por otro lado, cuando ninguna parte asume una obligación frente a la otra, la expresión “*ninguna obligación*” aparecerá respecto de ambas, por ejemplo, en relación al seguro en la modalidad FOB.

En todo caso, es importante indicar que, aún cuando una parte no tenga “*ninguna obligación*” de realizar alguna actividad frente a la otra, no significa que no tenga interés en realizarla. Así, por ejemplo, aunque un comprador en condiciones CFR no esté obligado a contratar el seguro según B.4 frente al vendedor, puede resultar conveniente que concierte ese contrato. Nuevamente nos encontramos con que la autonomía de la voluntad puede variar el contenido de este contrato de compraventa.

En cuarto lugar, llegamos a la obligación de entrega del vendedor, estipulada en la cláusula A.4, y que ya examinamos con anterioridad. Ciertamente, la entrega de las mercancías constituye el eje central de los Incoterms. Es el momento en el que se transmiten los costes y los riesgos de pérdida o avería de la mercancía del vendedor al comprador. Asimismo, la entrega, producida posteriormente a la firma del contrato de compraventa en modalidad FOB por las partes, determina en nuestro ordenamiento la transmisión de la propiedad de la mercancía. La existencia de un contrato de compraventa de mercancías que expresamente haga referencia a la modalidad FOB de los Incoterms 2010 de la Cámara de Comercio Internacional de París, junto con el cumplimiento, tanto por parte del vendedor como por parte del comprador (no olvidemos que la entrega es un acto complejo que comporta obligaciones para ambas partes, y que para su realización es preciso que ambos cumplan con ellas), de las obligaciones de entrega permite el traspaso de la propiedad de la mercancía.

Siendo la entrega un acto complejo, que requiere la participación de las dos partes, podemos constatar que la cláusula A.4 establece las obligaciones del vendedor respecto de la entrega, que deberán complementarse con la obligación del comprador de recibir las mercancías que establece B.4. Podríamos decir que A.4 regula la parte de la entrega que cae en la esfera de acción del vendedor, mientras que B.4 regula la otra parte, que cae en la esfera de acción del comprador.

Las cláusulas A.5 y A.6, también tratadas con anterioridad, tratan de los riesgos y costes que debe soportar el vendedor, y cuando se transmiten al comprador. Aunque no sea necesario volver a explicar su contenido, sí vale la pena insistir en recordar que, con la

nueva redacción de 2010, la transmisión de riesgos y costes depende de la correcta realización de la entrega según la cláusula A.4. En las anteriores versiones no existía esa remisión a la cláusula que regula la entrega, sino que la transmisión de riesgos y costes se producía en un momento anterior a dicha entrega, con toda la confusión que ello conllevaba. Ahora, sin embargo, dicha transmisión se producirá, en el caso de la venta FOB, cuando las mercancías hayan sido ubicadas en el buque de forma segura, de modo que puedan realizarse otras operaciones sin mayores riesgos. Para determinar cuándo ocurre esto habrá que prestar atención a las circunstancias del caso concreto, que variarán dependiendo del tipo de mercancías, de las características del buque, de las condiciones de la operación de carga, etc.

Resulta oportuno puntualizar que en determinadas situaciones puede no ser posible, en el momento de concluir el contrato de compraventa, precisar con exactitud el punto o lugar exactos en el que debe entregarse la mercancía para su transporte. Puede ser que una de las partes se haya referido meramente a una zona o a un lugar bastante amplio, como un puerto de mar en el caso del término FOB³⁵⁷. Entonces, suele establecerse que el comprador puede tener el derecho o la obligación de especificar posteriormente un punto más concreto dentro de la zona o lugar. Si, el comprador tiene la obligación de designar un punto preciso, el no hacerlo le supondría tener que sufragar los costes adicionales derivados de su incumplimiento (véase las cláusulas B.6 y B.7 del término FOB)³⁵⁸.

El vendedor tiene asimismo una obligación de aportar ciertas notificaciones al comprador, regulada así en la cláusula A.7: “El vendedor debe, a riesgo y expensas del comprador, dar aviso suficiente al comprador o de que la mercancía se ha entregado de acuerdo con A.4 o bien de que el buque no se ha hecho cargo de la mercancía dentro del plazo acordado”.

El vendedor también tiene obligaciones respecto de la documentación de la entrega. Así, en la cláusula A.8 se establece: “El vendedor debe proporcionar al comprador, a expensas del vendedor, prueba usual de que la mercancía se ha entregado de acuerdo con A.4. Salvo que

³⁵⁷ El puerto puede definirse como una superficie en la costa, ya sea construida o natural, cuya función principal es el refugio de los buques y la realización de las tareas de carga, descarga y manipulación de las mercancías. En la actualidad este concepto se ha visto ampliado por un incremento progresivo de las funciones portuarias, ya que los puertos se han convertido en auténticos centros logísticos y enclaves intermodales, producto de la globalización económica. En el puerto se desarrollan actividades tales como: servicios de aduana; servicios de control de carga y de pasajeros; servicios de transitarios, consignatarios y otros operadores del transporte; actividades de transbordo y manipulación de mercancías; transportes terrestres; servicios para el buque, como el *bunquering*, la recogida de basuras, etc. Actualmente, el enfoque de los servicios del puerto hacia el cliente y la apuesta por la calidad continuada, ha devenido en un puerto que, además de prestar sus clásicas funciones, encarna un conjunto de valores añadidos como pueden ser la clasificación de las mercancías, el empaquetado, el etiquetaje, la distribución y el almacenaje temporal, entre otras. En su conjunto, el puerto es un elemento fundamental en la cadena general de transporte, de origen a destino. El puerto ha evolucionado desde una concepción de autoridad portuaria a la de comunidad portuaria, integrada por todos los sectores que intervienen en la gestión de la cadena de suministro. Al respecto, véase LEÓN, Alex, y ROMERO, Rosa, “*Logística del Transporte Marítimo. Manual de procesos para la gestión logística en el transporte marítimo y el entorno portuario*”, Colección “GESTIONA”, ed. Logis BOOK, Valencia, 1ª edición, junio de 2003, pág. 69.

³⁵⁸ De hecho, la Introducción de los Incoterms 2010 recomienda especificar el lugar o el puerto tan precisamente como sea posible, aportando todos los datos necesarios para su correcta identificación. Por ejemplo: FCA 38 Cours Albert 1er, París, Francia Incoterms® 2010.

tal prueba sea un documento de transporte, el vendedor debe prestar ayuda al comprador, a petición, riesgo y expensas de este último, para conseguir un documento de transporte”.

En lo que respecta a la comprobación, embalaje y marcado, la cláusula A.9 establece: “El vendedor debe pagar los costos de las operaciones de verificación (tales como la comprobación de la calidad, medidas, pesos o recuentos) necesarias al objeto de entregar la mercancía de acuerdo con A.4, así como los costos de cualquier inspección previa al embarque ordenada por las autoridades del país de exportación. El vendedor debe, a sus propias expensas, embalar la mercancía, a menos que sea usual para ese comercio en particular el transportar sin embalar el tipo de mercancía vendida. El vendedor puede embalar la mercancía de la manera apropiada para su transporte, a menos que el comprador le haya notificado requisitos específicos de embalaje antes de que haya concluido el contrato de compraventa. El embalaje ha de marcarse adecuadamente”.

Por último, tenemos la cláusula A. 10, que trata la ayuda con la información y otros costos relacionados para el vendedor: “El vendedor debe, cuando sea aplicable, en el momento oportuno, proporcionar o prestar ayuda para obtener para el comprador, a petición, riesgo y expensas de este último, cualquier documento e información, incluyendo la información relacionada con la seguridad, que necesite el comprador para la importación de la mercancía y/o para su transporte hasta el destino final. El vendedor debe reembolsar al comprador todos los costos y gastos en que este último haya incurrido al proporcionar o prestar ayuda para obtener documentos e información como se prevé en B.10.”.

12.5 Obligaciones del comprador

Las obligaciones del comprador FOB aparecen reguladas en las cláusulas B. Hay diez cláusulas B en total, y cada una se corresponde con su homónima en A (obligaciones del vendedor). Las obligaciones del comprador reguladas en la modalidad FOB son las siguientes:

En primer lugar, tenemos la obligación fundamental del pago del precio. Al respecto, B.1 establece lo siguiente: “*El comprador debe pagar el precio según lo dispuesto en el contrato de compraventa*”. Ciertamente, y no sólo en la modalidad FOB, sino en cualquier contrato de compraventa, el pago del precio constituye la principal obligación del comprador³⁵⁹. Sin el pago del precio, toda compraventa deviene imposible. El precio es la

³⁵⁹ <<Sine pretio nulla venditio est>>. Desde los estadios más primitivos, el precio se ha considerado como un elemento esencial en el contrato de compraventa. Este principio ha permanecido inmovible hasta nuestros días a pesar de los enormes cambios económicos que el mundo ha experimentado. De hecho, el precio en sí mismo ha crecido en importancia y complejidad al ritmo de la vida de los negocios y del progreso. Aún más, habría que preguntarse si el desarrollo económico actual no es debido, en gran parte, al papel desempeñado por el <<precio>> en la producción y en el comercio. Alguien ha dicho que el sistema capitalista gira en el eje del diamante que es el <<precio>>. Como afirma BADENES GASSET, el precio es importante porque contiene las garantías del productor, mayorista y detallista, así como el coste del producto; es vital porque fija el nivel de la competencia en el mercado; es indispensable porque establece cuantitativamente lo que el comprador debe pagar para obtener los bienes que necesita. Su importancia misma como factor en la vida económica crea dificultades técnicas al jurista, que intenta definirlo. Sin embargo, es preciso vadear las

contraprestación que el comprador debe prestar para que el vendedor le entregue la mercancía, obteniendo así la propiedad de la misma. El precio ha de reunir las exigencias de ser verdadero, determinado y consistente en dinero o signo que lo represente que establece nuestro Código Civil en su artículo 1445.

La cláusula B.1 obliga al vendedor a pagar el precio según lo establecido en el contrato de compraventa, estableciendo además, de manera análoga a la cláusula A.1, que cualquier documento al que se haga referencia en B.1-B.10 puede ser un documento o procedimiento electrónico equivalente si así se acuerda entre las partes o si es habitual.

De este precepto puede deducirse que, dado que el contrato de compraventa nace del consentimiento de ambas partes, la fijación del precio que aparece en el mismo también será objeto de acuerdo. Esta libertad puede conducir en ocasiones a un alejamiento entre el valor intrínseco de la cosa objeto de compraventa y el precio fijado³⁶⁰. Por otra parte,

implicaciones económicas y confinarlos dentro del marco del aspecto jurídico. Han dado cientos de definiciones del precio la doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia. El problema radica en seleccionar las más representativas. PLANIOL dice que <<el precio es la suma de dinero que el comprador se obliga a dar a cambio de la cosa>>. COLIN y CAPITANT lo consideran como <<la cantidad de dinero que el comprador se obliga a pagar al vendedor>>. RUBINO lo estima como el segundo elemento material de la venta, describiéndolo como <<la compensación equivalente al derecho transferido>>. El *Diccionario de Derecho Privado* enuncia claramente que <<precio es la contraprestación consistente en la suma de dinero que se entrega a cambio de la cosa>>. El argentino GARO, después de explicar que el precio es el valor común de cambio de las cosas traducidas a su equivalencia en dinero, papel moneda o metálico – lo que podría considerarse como el concepto económico –, establece que es la <<contraprestación que efectúa el comprador por la mercadería que recibe o ha de recibir por parte del vendedor>>. Entre los norteamericanos, no encontrándose definición alguna de WILLISTON ni en su obra *Contracts*, ni en la de *Sales*, se puede citar a CORBIN: <<El precio pagado o prometido, es el equivalente dado a cambio de la transmisión de la propiedad de un bien. Son requisitos del precio el de ser verdadero o real, cierto o determinado y consistente en dinero. Al respecto, véase BADENES GASSET, Ramón, op. cit., págs. 189 a 191.

³⁶⁰ Recuérdese los elementos esenciales del contrato de compraventa: los sujetos, el consentimiento, que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y el precio, y la cosa objeto de contrato. Dentro de ellos, el precio es el requisito más peculiar y característico, pues la obligación de pagar sirve de causa a la entrega de la cosa, partiéndose para su fijación de la libertad de los contratantes, que en términos genéricos se consagra en el artículo 1255 CC, la cual cosa, como afirma VAZQUEZ BARROS, puede conducir a un alejamiento entre el valor intrínseco de la cosa y el precio fijado en el contrato. No obstante, si la divergencia es de tal entidad que hace presumir razonablemente que no hay voluntad seria de fijarlo, el contrato carecerá de uno de sus elementos esenciales y se verá afectado de nulidad absoluta. En una compraventa, la causa es para el vendedor el precio estipulado, de manera que negada la existencia de éste tampoco existe el consentimiento, manifestado según el artículo 1262 CC, por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa. Para el comprador la causa es la cosa a cuyo dominio aspira. Por otro lado, y aunque en las compraventas el precio constituye para el vendedor la verdadera causa del contrato, conforme al criterio sustentado por el Tribunal Supremo, y que la ausencia de tal requisito o su ilicitud provoca la declaración de inexistencia de estos negocios jurídicos, sin embargo, aun cuando se estuviese en presencia de un precio vil no se originaría la invalidez radical del contrato, por no ser indispensable en el ordenamiento positivo la existencia de adecuación entre ese elemento integrante del pacto y el verdadero valor de la cosa enajenada, y mucho menos la necesidad de que el vendedor hubiera de obtener lucro alguno. De lo expuesto puede extraerse que el precio de una compraventa puede no existir a pesar de constar en escritura pública, porque cabe demostrar la inexactitud de la declaración de los otorgantes, pero es evidente que constando ante notario la manifestación explícita de que el vendedor recibió el precio, incumbe a quien lo niegue probar los hechos que permitan destruir tal presunción de realidad, y esta prueba ha de basarse en razones contundentes, serias, decisivas, y no en simples indicios o sospechas. Sobre este tema, véase VAZQUEZ BARROS, Sergio, op. cit. págs. 101 y 102.

resulta oportuno recordar que el artículo 1255 de nuestro Código Civil, en líneas generales, también permite que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

De nuestro Código de Comercio, por otra parte, cabe destacar que, puestas las mercancías a disposición del comprador y dándose éste por satisfecho (o depositándose judicialmente en los casos previstos en el artículo 332), empieza la obligación del comprador de pagar el precio al contado o en los plazos convenidos, según lo establecido en el artículo 339³⁶¹. De esta forma, el 339 da a entender que, salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, la prestación del comprador del pago del precio sigue de forma inmediata a la entrega de la cosa por parte del vendedor (de forma semejante se pronuncia el artículo 1500 del Código Civil). Un pago que puede ser al contado o, como dice el propio artículo 339, “en los plazos convenidos con el vendedor”, dándose a entender que el aplazamiento del pago debe ser fruto de un pacto especial entre las partes. Por último, el artículo 53 de la Convención de Viena también afirma que el comprador deberá pagar el precio de las mercancías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la propia Convención.

La siguiente obligación del comprador FOB se refiere a las licencias, autorizaciones y formalidades, establecida la cláusula B.2: “Cuando sea aplicable, compete al comprador obtener, a su propio riesgo y expensas, cualquier licencia de importación u otra autorización oficial y llevar a cabo todos los trámites aduaneros para la importación de la mercancía y para su transporte a través de cualquier país”.

Si comparamos esta obligación con la correspondiente del vendedor en A.2, podemos comprobar que en la modalidad FOB se sigue la tónica general de los Incoterms al respecto de los trámites aduaneros, encargándose el vendedor de los trámites de exportación, mientras que al comprador le corresponden los de importación. La última frase que aparece en la cláusula B.2, “...y para su transporte a través de cualquier país”, tiene bastante sentido si consideramos que es el comprador el encargado de contratar el transporte, según B.3.a). Puesto que el vendedor debe ocuparse de llevar la mercancía hasta el puerto de embarque convenido y colocarla sobre la cubierta del buque contratado por el comprador para transportar la mercancía a su lugar de destino, parece claro que las obligaciones de transporte del vendedor normalmente se limitarán al transporte dentro del país de origen de la mercancía, mientras que el comprador, que debe contratar el transporte por mar, es posible que se vea obligado a obtener documentación y autorizaciones de más de un país.

La siguiente cláusula, B.3, se refiere a los contratos de transporte y seguro. En lo relativo al transporte, “el comprador debe contratar, a sus propias expensas, el transporte de la mercancía desde el puerto de embarque designado, excepto cuando el contrato de transporte lo formalice el vendedor como se dispone en A.3 a)”. En lo relativo al seguro, “el comprador no tiene ninguna obligación ante el vendedor de formalizar un contrato de seguro”.

³⁶¹ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1979, 21 de mayo de 1991 y 11 de mayo de 1999.

Como puede verse, el comprador es el encargado de contratar, por su cuenta, el contrato de transporte marítimo principal necesario para que la mercancía llegue a su destino, pudiendo elegir la forma y las condiciones contractuales que más le convengan para realizar este desplazamiento. Por otra parte, nos encontramos con que, en relación al seguro, y como ya ocurría con el vendedor, el vendedor tampoco tiene obligación alguna de contratarlo.

Anteriormente ya nos referimos a la expresión “*ninguna obligación*” empleada en los Incoterms. En el caso FOB, nos encontramos con que ninguna de las dos partes está obligada a contratar un seguro para el transporte principal de las mercancías por mar, pero eso no significa que no tengan interés en hacerlo. De hecho, lo normal en estos casos es que se asegure la mercancía. Aunque en teoría cualquiera de las partes puede contratar el seguro, lo más lógico sería que fuera el comprador, dado que él es el responsable de contratar el transporte principal.

Posteriormente, la cláusula B.4 establece la obligación del comprador respecto de la recepción: “El comprador debe proceder a la recepción de la mercancía cuando se haya entregado como se prevé en A.4”³⁶².

Las siguientes cláusulas, la B.5 y B.6, tratan sobre la transmisión de riesgos y gastos y fueron expuestas con anterioridad. Baste recordar al respecto, como ya hicimos con A.5 y A.6, que dicha transmisión depende ahora de la correcta realización de la entrega por parte del vendedor, tal y como aparece descrita en A.4, a diferencia de lo que ocurría con las anteriores versiones de la venta FOB, en las que dicha transmisión se producía en un momento anterior.

El riesgo de pérdida o avería de las mercancías, así como la obligación de soportar los gastos relacionados con ellas, se traslada del vendedor al comprador una vez que el vendedor ha cumplido con su obligación de entregar las mercancías. Aún así, los redactores de los Incoterms 2010 no deseaban dar al comprador la posibilidad de demorar injustificadamente la transferencia de riesgos y gastos, por lo que en ciertos casos se admite que dicha transmisión pueda ocurrir incluso antes de la entrega. Tales casos serían, fundamentalmente cuando el comprador no ha dado aviso apropiado de acuerdo con B.7, o cuando el buque designado por el comprador no llega a tiempo, no puede hacerse cargo de la mercancía o deja de admitir carga antes del momento notificado en B.7. La condición para que estas excepciones sean aplicables es que la mercancía se haya identificado claramente como la mercancía objeto del contrato.

La cláusula B.7 establece que “el comprador debe dar aviso suficiente al vendedor sobre el nombre del buque, el punto de carga y, cuando sea necesario, el momento de entrega escogido dentro del plazo acordado”.

³⁶² Como vimos en páginas anteriores, los preceptos legales de nuestro ordenamiento jurídico pueden servir en ocasiones para ayudar a interpretar estas cláusulas. En lo relativo a la obligación del comprador de recibir la mercancía, la cláusula B.4 de la venta FOB convivirá con los artículos 333, 337, 338 y 339 del Código de Comercio, así como con el artículo 60 de la Convención de Viena.

La cláusula B.8 trata la prueba de la entrega, y establece simplemente que “el comprador debe aceptar la prueba de la entrega proporcionado como se prevé en A.8”.

En cuanto a la inspección de la mercancía, B.9 afirma que “el comprador debe pagar los costos de cualquier inspección obligatoria previa al embarque, excepto cuando dicha inspección sea ordenada por las autoridades del país de exportación”.

En último lugar, existe cierta “ayuda con la información y costos relacionados” que el comprador debe prestar, tal como establece B.10: “El comprador debe avisar al vendedor, en el momento oportuno, de cualquier requisito de información sobre seguridad de manera que el vendedor pueda cumplir con A.10.” Asimismo, “el comprador debe reembolsar al vendedor todos los costos y gastos en que este último haya incurrido al proporcionar o prestar ayuda para obtener documentos e información como se prevé en A.10.” Por último, “el comprador debe, cuando sea aplicable, en el momento oportuno, proporcionar o prestar ayuda para obtener para el vendedor, a petición, riesgo y expensas de último, cualquier documento e información, incluyendo la información relacionada con la seguridad, que el vendedor necesite para el transporte y exportación de la mercancía y para su transporte a través de cualquier país”.

CAPÍTULO 13

Contrato de transporte

13.1 Contratos de explotación del buque

El contrato de transporte es uno de los contratos, en cierto modo accesorio de la compraventa, que, dependiendo del incoterm de que se trate, deberá ser concertado por el vendedor o el comprador. Así, en los términos F es el comprador el que está obligado a concertar el contrato de transporte, mientras que en los términos C y D esa obligación corresponde al vendedor. Por último, tenemos el caso especial del término EXW, en el que ninguna de las partes tiene “ninguna obligación” en lo que respecta al transporte (como también ocurre con el contrato de seguro).

Lo cierto es que existe una amplia variedad de medios de transporte que pueden elegirse para hacer que la mercancía llegue a su destino, es decir, a manos del comprador. Puede usarse el transporte aéreo, el transporte terrestre (ya sea por carretera o ferrocarril) o el transporte marítimo. Incluso se puede combinar varios de ellos en un contrato de transporte multimodal. A pesar de ello, hay que decir que el medio de transporte principal en el que se pensaba cuando se redactaron los Incoterms era el marítimo.

Como ya dijimos al principio, la versión 2010 de los Incoterms contiene once términos, siete de los cuales son polivalentes: “En Fábrica” (*Ex Works*, EXW), “Franco Transportista” (*Free Carrier*, FCA), “Transporte Pagado Hasta” (*Carriage Paid To*, CPT), “Transporte y Seguro Pagados Hasta” (*Carriage and Insurance Paid to*, CIP), “Entregada En Terminal” (*Delivered At Terminal*, DAT), “Entregada en Lugar” (*Delivery At Place*, DAP) y “Entregada Derechos Pagados” (*Delivered Duty Paid*, DDP). Los otros cuatro son exclusivamente marítimos: “Franco al Costado del Buque” (*Free Alongside Ship*, FAS), “Franco a Bordo” (*Free On Board*, FOB), “Coste y Flete” (*Cost and Freight*, CFR), “Coste, Seguro y Flete” (*Cost, Insurance and Freight*, CIF).

Dada la importancia que el transporte marítimo tiene en los Incoterms, y el hecho de que el término FOB utilice esta modalidad, centraremos nuestra atención en este tipo de transporte.

Transportar una mercancía no consiste en nada más que en moverla de un sitio a otro, en hacer que cambie su ubicación. El motivo fundamental para hacer tal cosa no es otro que el de transmitir la posesión (y en última instancia, la propiedad) de esa mercancía en el marco de un contrato de compraventa.

Si las partes acuerdan que el transporte de la cosa objeto de la compraventa se haga por mar, se encontrarán con que pueden elegir entre varios tipos de contratos de transporte, los cuales están configurados en base a cómo se utiliza el buque.

El buque es el vehículo que hace efectivo el transporte de la mercancía (en el caso del transporte marítimo, evidentemente). Como ya hemos dicho anteriormente, el buque nace y vive para navegar. Aunque una embarcación pueda emplearse para finalidades diversas, al final todas ellas son reconducibles al fenómeno técnico de la navegación, aunque ello no signifique que la propia navegación, a su vez, no puede responder también a finalidades diversas. Y es que el destino último de la navegación influye en gran medida en la calificación contractual de las distintas formas o modos de utilización del buque. De este modo, la calificación de las distintas formas contractuales o modos de utilización se realiza en función no sólo del objeto, el buque, ni del sujeto, el naviero, sino de la finalidad de esa explotación.

Ciertamente, en la realidad del tráfico marítimo podemos comprobar que existe una pluralidad de contratos de utilización o explotación del buque por parte del naviero, aunque esos contratos no siempre tengan un equivalente en derecho positivo. En nuestro Código de Comercio nos encontramos con una regulación que sigue anclada en una concepción superada, propia de la navegación a vela, y en la que el naviero desarrolla una actividad económica y lucrativa. De este modo, bajo la rúbrica única y general del contrato de fletamento se encuentran comprendidas las principales formas de desarrollar una actividad económica mediante la utilización de un buque, que son el fletamento en sentido propio, el transporte bajo conocimiento y el transporte de personas. Todas ellas responden a una concepción restrictiva según la cual el destino normal del buque es navegar con la finalidad del transporte, olvidándose de otras formas más nuevas de explotación como pueden ser la investigación oceanográfica, el tendido de cables submarinos, la limpieza de puertos, la navegación deportiva, los cruceros turísticos, o la perforación de fondo submarinos, entre otras muchas actividades que poco o nada tienen que ver con el transporte de personas y mercancías de un lugar a otro a cambio del pago de un precio, pero en las que sigue dándose el hecho de la navegación³⁶³.

³⁶³ La rúbrica de “Contratos de utilización del buque” surgió en la doctrina italiana anterior a la promulgación del *Codice della Navigazione* de 1942, como resultado de un intenso esfuerzo dogmático previo a dicha normativa, y goza de cierta difusión en nuestra doctrina. Bajo esta calificación genérica se intenta agrupar todos los contratos que surgen con ocasión de la utilización del buque por parte del naviero o, de otra forma, todos los tipos contractuales a través de los cuales se realiza tal utilización, agrupándose de este modo contratos tan variados como el arrendamiento de buque, el fletamento, el transporte de línea regular, el remolque, etc. A pesar de ello, el valor dogmático y calificador de esta categoría ha sido puesto en duda, argumentando que los contratos que engloba carecen de un verdadero nexo común entre ellos desde una perspectiva que atienda concretamente al tipo y causa contractual. Ciertamente, es difícil encontrar lazos de unión entre contratos tan dispares como el fletamento y el servicio turístico prestado por un buque de crucero, por poner sólo un ejemplo, y los autores de esta crítica acostumbran a afirmar que la rúbrica de “contratos de utilización del buque (o de explotación del mismo)” sólo debería emplearse en un sentido económico empírico, reduciendo su valor jurídico a lo meramente descriptivo y expositivo. Aún así, resulta defendible el agrupar estos contratos bajo una única categoría como la de “Contratos de utilización del Buque” si nos atenemos al hecho de que el nexo común de estos contratos no lo constituyen las prestaciones de las partes, esencialmente dispares, sino el que puedan insertarse en el esquema general de la navegación. De este modo, es la especialidad propia de la materia de la navegación y la inserción en la misma de la utilización del buque como fenómeno básico lo que permitiría agrupar, desde cierto punto de vista, en una categoría general a todos los contratos de explotación del buque. Al respecto, véase RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. y GONZALEZ RODRÍGUEZ, M., “*Manual de Derecho del Transporte Marítimo*”, editado por el Gobierno Vasco, Departamento de Política Territorial y Transportes, Dirección de Puertos y Transportes Marítimos, Vitoria, 1986, págs. 15 y 16.

Si vamos un poco más allá de la regulación positiva y nos fijamos en la práctica del tráfico marítimo, nos encontramos con una mayor variedad de contratos de utilización del buque, entre los que podemos encontrar el arrendamiento a casco desnudo (*bare-boat*) o armado y equipado (*bare-boat by demise*), el fletamento por tiempo (*time charter*), el fletamento por viaje (*voyage charter*), el transporte regular bajo conocimiento de embarque, el transporte de viajeros o contrato de pasaje y sus equipajes, y el contrato de remolque, entre otros. Como puede verse, estas modalidades contractuales se centran en la navegación, pero no se da necesariamente el transporte en todas ellas.

El tema de la unidad o diversidad de los contratos de utilización del buque constituye un asunto particularmente espinoso. La pregunta que debemos plantearnos es si todos estos contratos de utilización del buque responden a una misma causa, (entendida como función económico-social derivada de las obligaciones asumidas por las partes en ellos), o bien nos encontramos ante contratos diversos que solamente pueden conectarse por su relación al buque, pero no por su contenido objetivo.

Dicho de otra forma, siempre que estemos hablando de contratos de utilización del buque, ¿nos referimos a un contrato de transporte por mar (de mercancías o personas), con diversas manifestaciones prácticas, o por el contrario nos encontramos ante diversos contratos (diversos en el sentido de que su causa es distinta), sólo uno de los cuales puede calificarse como contrato de transporte (el transporte en régimen de conocimiento)?

En primer lugar, hay que precisar que, en el caso de arrendamiento de buque (*bareboat charter*), lo que se da es un arrendamiento de cosa (*locatio rei*), diferente del arrendamiento de obra que corresponde a los contratos de fletamento y de transporte³⁶⁴. Por lo tanto, aquí no se daría el dilema del transporte. A pesar de todo, eso no significa que no resulte conveniente el tratar el arrendamiento de buque junto con los demás contratos de utilización, al menos desde un punto de vista sistemático, siempre y cuando se tenga en cuenta la naturaleza jurídica particular de este contrato.

De entre todos estos contratos mencionados, el que mejor se adapta a los términos marítimos de los Incoterms en general, y a la venta FOB en particular, es el contrato de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque. A pesar de que el Código de Comercio no establece un concepto de transporte marítimo³⁶⁵, la doctrina parece coincidir

³⁶⁴ Véase CARLON, “*Naturaleza y disciplina del contrato de arrendamiento de buque*”, Revista de Derecho Mercantil, 1969, págs. 17 y ss.

³⁶⁵ Ciertamente, en nuestro derecho no puede encontrarse una definición de lo que debe entenderse por contrato de transporte marítimo de mercancías, dado que en nuestro Código de Comercio este contrato se encuentra englobado dentro del contrato de fletamento, a la cual cosa debe añadirse que la práctica nos ha demostrado que bajo la denominación de “contrato de fletamento” se encubren diversas modalidades contractuales, algunas de las cuales son ajenas al contrato de transporte. La Ley de Transporte Marítimo de 22 de diciembre de 1949 no solo no habla del contrato de fletamento a la hora de referirse al contrato de transporte marítimo de mercancías, sino que, según se deduce de los artículos 2, 3 y 4, puede decirse que pretende separar el régimen del contrato de fletamento del contrato de transporte. Por otra parte, las Reglas de Hamburgo, en su artículo 1, número 6º declara que “los términos “contrato de transporte marítimo” designan todo contrato por el que el porteador se compromete, mediante el pago de un flete, a transportar mercancías por mar de un puerto a otro”. Como en otros aspectos, la Reglas de Hamburgo presentan una mayor precisión técnica que las Reglas de La Haya, al poner aquellas el acento no en la documentación del contrato, sino en la

en que se trata de un contrato por el cual el porteador marítimo se obliga, a cambio de un precio, a transportar por mar de un puerto a otro mercancías de otra persona, asumiendo a su vez el deber de custodiarlas hasta su entrega en destino³⁶⁶. Este es un contrato que conviene diferenciar de los demás, especialmente del fletamento, respecto del cual presenta ciertas diferencias.

En primer lugar, el transporte marítimo se caracteriza por el traslado por mar de un sitio a otro de personas o mercancías a cambio de un precio (también llamado flete), por lo que el objeto inmediato de este contrato sería la mercancía, mientras que en el caso del arrendamiento sería el buque, y en el caso del fletamento se trataría de la navegación o el viaje. En segundo lugar, la prestación fundamental es el servicio de transporte, en el que se integran las obligaciones de desplazamiento marítimo, custodia y la entrega del cargamento en el puerto de destino. Los otros contratos de utilización del buque pueden celebrarse al margen de la obligación del transporte. En tercer lugar, el transporte de mercancías puede documentarse tanto en póliza de fletamento como en conocimiento de embarque, siendo lo normal que la póliza se use para el tráfico libre, preferentemente cargamentos homogéneos que ocupan la capacidad total del buque en el caso de los fletamentos por tiempo y por viaje, mientras que el conocimiento acostumbra a utilizarse en el tráfico de línea regular, referida a mercancías de diversos tipos que ocupan espacios limitados dentro de una carga general³⁶⁷. Por último, el transporte en régimen de conocimiento de embarque constituye

prestación asumida por el porteador. Para más información, véase SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *“El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías. Reglas de La Haya-Visby”*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 106 y 107.

³⁶⁶ Véase HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *“Contrato de transporte marítimo de mercancías”*, Valencia, 1984, págs. 31 a 33; A.A.V.V., *“Lecciones de Derecho Mercantil”*, ed. Tecnos, 10ª edición, Madrid 2005, pág. 512; EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, op. cit. pág. 44; ÁLVAREZ RUBIO, J.J., *“Las Cláusulas Paramount: autonomía de la voluntad y selección del derecho aplicable en el transporte marítimo internacional”*, ed. Eurolex, Madrid, 1997, p.16.

³⁶⁷ El fletamento y el transporte constituyen dos tipos contractuales diferenciados, incluso en los casos en que se da en ambos un transporte de mercancías. Ciertamente, el Código de Comercio español, al igual que el Código de Comercio francés napoleónico en el que se inspira, no reglamenta ni se refiere más que al contrato de fletamento. Esta ordenación se corresponde con el estado de la navegación y del comercio marítimo en los siglos XVII y XVIII. En aquella época, los buques eran de un tonelaje más reducido que los actuales, y en cada viaje no transportaban más que el cargamento de un comerciante, o el de un conjunto de comerciantes que se habían puesto de acuerdo en fletar el buque y realizar dicho viaje. Es lo que se conocía (y aún se conoce) como buques “tramp”. La regulación del Código de Comercio hacía referencia al contrato de fletamento que surge de este tipo de navegación. Pero en el Siglo XIX las cosas cambian, y frente a los buques “tramp”, que no cubren un trayecto regular sino el que se corresponde con los diferentes contratos de fletamento que se conciertan en relación a ellos, aparecen los “liners”, que recorren de forma periódica una determinada línea. Son buques en los que se embarcan las mercancías de diferentes cargadores que no se han concertado de manera previa para realizar el viaje y fletar el buque. De este modo, surgen dos tráficos marítimos diferentes, el de los buques “tramp” y el de los “liners”, que coexisten en la actualidad. El tráfico de los buques “tramp” se articulan fundamentalmente a través de contratos de fletamento, en los que juega un importante papel la autonomía de la voluntad, mientras que en los buques de línea no se transporta sino mercancías de una pluralidad de cargadores, y en los que el viaje se anuncia públicamente, con una oferta generalizada al público. También se anuncian el itinerario, las fechas y el precio o flete, pero en este caso la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel mucho más limitado (o casi nulo, dado que esas condiciones acostumbran a estar prefijadas por las empresas que sirven la línea, asociadas en las llamadas Conferencias marítimas). El tráfico de línea regular se articula fundamentalmente a través de contratos de transporte documentados, una vez entregadas las mercancías, en conocimientos de embarque o en

una disciplina uniforme, imperativa e internacional, recogida en las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, destinada a proteger a los cargadores o titulares del conocimiento frente a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del porteador marítimo, mientras que en el caso del fletamento no existe esta regulación uniforme e internacional, y se rige por la autonomía de la voluntad³⁶⁸.

Al examinar estos contratos se hace patente la dificultad que supone establecer un criterio o nexo común bajo el cual puedan agruparse en una única categoría objetiva. Por un lado, tenemos el hecho de que cada uno de estos contratos tiene una causa diversa, entendida como su función o finalidad derivada de las obligaciones de las partes, la cual cosa parece alejar toda posibilidad de sistematización. Aún así, es posible encontrar lazos de unión entre estas formas contractuales. Y en ese punto está el *quid* de la cuestión y el origen de tantas discusiones. La pregunta que debemos plantearnos es la siguiente: ¿cuál es el nexo común que une todos estos contratos, el hecho de transportar o el hecho de navegar?

Debemos tener en cuenta que todos estos contratos son de utilización de un buque. ¿Y qué es lo único que puede hacer un buque, aparte de navegar de un sitio a otro? Es cierto que en la mayoría de casos esa navegación tiene como objetivo transportar algo, ya sean cosas o personas, pero no necesariamente tiene que ser así siempre. Puede darse la navegación sin transporte, pero no el transporte sin navegación. La navegación es anterior al transporte, y puede darse de manera independiente, como hemos visto al principio, pero no puede darse el caso contrario, el de transporte sin navegación. Dado que nos estamos refiriendo a los contratos de utilización del buque y que, por muchas vueltas que uno le dé al asunto, lo único que hacen los buques, todos los buques, es navegar de un lugar a otro, parece razonable decantarse por el hecho de la navegación como nexo común y unificador de estos contratos, opinión que se reafirma al constatar que el transporte no se da en todos los casos, mientras que la navegación sí. La navegación es el elemento unificador de estos contratos, y la finalidad que tenga esa navegación y la forma en que se refleje en las obligaciones de las partes será lo que diferencie unos contratos de otros.

Así pues, en la venta FOB se requiere que el comprador contrate, a sus propias expensas, el transporte de las mercancías desde el puerto de embarque convenido. Esta parte tiene la obligación de concertar un contrato específicamente de transporte y específicamente marítimo. Y de entre todas las modalidades vistas, el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque (en el cual el objetivo del contrato es el transporte de la

documentos similares. Al respecto, véase MATILLA ALEGRE, Rafael, “*Contrato de utilización del buque. Lecciones*”, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, págs. 14 a 16.

³⁶⁸ La distinción entre contrato de fletamento y transporte proviene de la moderna doctrina italiana, la cual, desechando la idea de que ambos contratos no eran más que subespecies de un más general contrato de transporte, consiguieron ver recogida en el Codice de 1942 la neta distinción entre estos dos contratos. De este modo, en el fletamento, el fletante promete a su contratante la navegación del buque, su puesta a disposición por tiempo o viaje, pero no asume la obligación de transportar mercancías ni, por tanto, su custodia. Puede ser un contrato instrumental respecto al transporte, dado que posiblemente la finalidad del fletador sea la de transportar, pero esta finalidad permanece en el ámbito de los motivos privados, y no influye en la causa del contrato. Por el contrario, en el contrato de transporte, el porteador asume como básica la obligación de desplazamiento. En este caso, el transporte es la causa del contrato.

mercancía, el cual se realizará mediante el hecho técnico de la navegación) es el que mejor encaja en este perfil.

13.2 Contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque

13.2.1 Marco normativo

El transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque presenta una regulación un tanto peculiar. Cuando antes hemos comparado el contrato de transporte marítimo con el de fletamento ya apuntamos algunas de las características fundamentales de esta regulación. Mientras que el transporte en régimen de conocimiento de embarque constituye una disciplina uniforme, imperativa y marcadamente internacional, recogida en las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, destinada a proteger a los cargadores o titulares del conocimiento frente a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del porteador marítimo, en el caso del fletamento no existe esta regulación uniforme e internacional, y se rige por la autonomía de la voluntad.

En primer lugar, hay que precisar que la regulación del contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque se encuentra regulado tanto de manera nacional como internacional.

El régimen nacional de este contrato viene recogido en el Código de Comercio. A pesar de que en esta norma no se hace referencia específica al transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque existen ciertos preceptos que pueden ser de aplicación a este contrato, siempre y cuando no resulte aplicable el régimen uniforme internacional, como puede ser en el caso del cabotaje nacional (transporte de mercancías entre puertos nacionales). Concretamente, se trataría de aquellos preceptos sobre el fletamento, entendido como transporte y sobre el conocimiento de embarque (arts. 706 a 718). Aún así, estas normas son dispositivas, derogables por las partes, y subsidiarias de la normativa internacional.

En cuanto al régimen internacional, nos encontramos con que España ha ratificado el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, aprobado en Bruselas el 25 de agosto de 1924³⁶⁹ (publicado en la *Gaceta de Madrid*, de 31 de julio de 1930 y conocido como Reglas de La Haya), así como sus dos Protocolos de modificación de 1968 y 1979 (Reglas de Visby)³⁷⁰.

³⁶⁹ Conviene resaltar que el Convenio se aplicará siempre que el documento contractual sea un conocimiento de embarque o un documento similar, pero no una póliza de fletamento. Así pues, el dato documental es de vital importancia, pues el Convenio será aplicable cuando el destinatario de las mercancías funda su derecho en un conocimiento de embarque o documento semejante.

³⁷⁰ El 23 de febrero de 1968 se aprobó el primer Protocolo Modificativo del Convenio, aportando una serie de cambios que abarcaban desde el ámbito de aplicación hasta el cálculo de la indemnización debida por el porteador. La crisis del patrón oro como unidad de cuenta mundialmente aceptada requirió una nueva modificación de esta disciplina uniforme. Es por ello que se preparó un nuevo Protocolo modificativo que fue sancionado a nivel internacional en Bruselas el 21 de diciembre de 1979. Su objetivo era modificar el límite

El Convenio de Bruselas de 1924 ha tenido una aceptación considerable, pues ha sido ratificado por numerosos países además del nuestro. Este texto debe su éxito al acuerdo entre navieros y cargadores dado que, por un lado, impone a los navieros un régimen de responsabilidad mínimo e inderogable por pérdidas o daños en las mercancías. En contrapartida, los porteadores ven limitada su responsabilidad por unidad de carga.

Además de estas normas, también tenemos la Ley de 22 de diciembre de 1949, de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, en cuya exposición de motivos se declara que se incorpora la norma internacional a nuestro derecho interno, prescindiendo de la eficacia de la ratificación del Convenio en 1930. Esta ley ha provocado no pocos quebraderos de cabeza a numerosos juristas, dado que nació para hacer efectiva una norma que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.5 del Código Civil (y posteriormente confirmado por el artículo 96.1 de la Constitución, cuando ésta entró en vigor), ya se encontraba en vigor en nuestro país. Por si fuera poco, el Convenio de Bruselas se ha visto modificado en dos ocasiones en 1968 y 1979, sin que la Ley de 22 de diciembre de 1949 se haya modificado de manera formal. Aún así, ambos protocolos han sido publicados en el Boletín Oficial del Estado de 11 de febrero de 1984, la cual cosa ha provocado la derogación, o al menos la modificación, de los artículos 11, 21, 22 y 24 de la Ley de 1949.

Nuestra Ley de 1949 no se aplica sin más a cualquier transporte de mercancías por mar. Existen una serie de requisitos que deben cumplirse para que esta norma sea de aplicación. El primero de ellos es que debe tratarse de un transporte de mercancías, excluyendo del concepto de mercancías a los animales vivos y la carga sobre cubierta. El transporte de pasajeros y de sus equipajes también queda fuera de su disciplina³⁷¹. El segundo requisito es que el transporte de mercancías debe producirse entre puertos situados entre Estados diferentes, y afectando al menos a un Estado contratante. Queda excluido pues el cabotaje nacional³⁷². Esta Ley sólo se aplica al transporte internacional. El tercer requisito es que debe emitirse un conocimiento de embarque o un documento similar por parte de una parte que pertenezca a un Estado contratante. Quedan excluidos los transportes documentados exclusivamente en póliza de fletamento.

La siguiente norma a tener en cuenta es el Convenio de Hamburgo, aprobado el 13 de marzo de 1978, sobre transporte marítimo de mercancías, también conocido como Reglas de Hamburgo. Se trata de un Convenio de las Naciones Unidas cuya entrada en vigor en el ámbito internacional se produjo el 11 de noviembre de 1992, al ser ratificado por más de veinte estados, en conformidad con los requisitos de su artículo 30. En los países que sí lo

de indemnización, aumentando la cifra fijada y estableciendo una unidad de cuenta nueva: los derechos especiales de giro, con una fórmula alternativa para los Estados que no eran miembros del Fondo Monetario Internacional. Para más información véase GÓRRIZ LOPEZ, Carlos, “*Contrato de Transporte Marítimo Internacional bajo conocimiento de embarque (Reglas de La Haya, Reglas de Hamburgo y Reglas de Rotterdam)*”, en Anuario de Derecho Marítimo, vol. XXVI, Barcelona, 2009, págs. 27 y ss.

³⁷¹ Este tipo de transporte viene regulado por el Convenio de Atenas de 1974.

³⁷² El cabotaje nacional en particular y todo transporte marítimo excluido de la normativa internacional y de la Ley de 1949 se encuentra sometido a las disposiciones del Código de Comercio. Concretamente, a las normas que regulan con carácter dispositivo el contrato de fletamento (arts. 652 y ss.) y las que establecen el régimen de responsabilidad del capitán y del naviero por la custodia de las mercancías (arts. 618 a 620).

han ratificado, este texto viene a sustituir al Convenio de Bruselas y a sus dos Protocolos de modificación, las Reglas de La Haya-Visby. A pesar de que este Convenio se ha encontrado con la resistencia de los países miembros de la OCDE, que la Unión Europea no ha adoptado posición alguna al respecto y de que no ha sido ratificado por España, no se le puede negar cierta eficacia. Eso se debe a que las Reglas de Hamburgo pueden ser de aplicación a portadores o cargadores de nacionalidad española y ser eventualmente aplicadas por tribunales españoles, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 2 del Convenio³⁷³.

Si quisiéramos resumir en pocas palabras la disciplina del Convenio de Hamburgo, podríamos destacar tres notas principales. En primer lugar, que el porteador responde por culpa o negligencia con inversión de la carga de la prueba, que pesa sobre él si desea exonerarse de responsabilidad. En segundo lugar, se reduce la lista de las cláusulas de exoneración, siendo responsable por los daños causados por incendio cuando el demandante prueba la culpa o negligencia del porteador, sus empleados o agentes. Finalmente, se aumentan los límites máximos de responsabilidad.

No deja de resultar llamativo que una norma cuya principal característica sea la de aumentar la responsabilidad del porteador haya tenido tantos problemas para ser aceptada en tantos países (entre ellos el nuestro). Esto demuestra hasta qué punto los portadores pueden ejercer presión para favorecer sus propios intereses, y lo adecuado de que en organismos internacionales como las Naciones Unidas se busquen maneras para compensar este desequilibrio.

Por si todo este engranaje normativo no fuera ya bastante confuso, parece ser que en el futuro la situación será aún más compleja, por lo menos en nuestro país. Por una parte, el 23 de septiembre de 2009 se aprobó en la ciudad holandesa de Rotterdam el Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte marítimo, total o parcialmente, de mercancías, también conocido como las Reglas de Rotterdam. Se trata de un texto extenso y complejo, de 18 capítulos desgranados en 96 artículos, que regula el contrato de transporte marítimo de mercancías, aunque sólo de manera parcial, ya que no agota todas las cuestiones³⁷⁴. Este Convenio exige la ratificación de 20 estados para su entrada en vigor, cosa que de momento aún no se ha producido³⁷⁵.

³⁷³ Según este artículo, las disposiciones del Convenio se aplicarán a todos los contratos de transporte marítimo entre dos Estados diferentes, siempre que: el puerto de carga o de descarga esté en un Estado Contratante, o el conocimiento de embarque u otro documento que haga prueba del contrato se emita en un Estado contratante.

³⁷⁴ Ciertamente, la redacción de este Convenio plantea no pocas dudas. El Profesor Arroyo, en un artículo publicado en el Anuario de Derecho Marítimo (volumen XXVII, págs. 25 a 43) y que llevaba el significativo título de "*Las Reglas de Rotterdam ¿para qué?*", ha planteado los numerosos inconvenientes que presenta esta norma, entre los que cabe destacar la extraña sistemática y ubicación de ciertas disposiciones, el hecho de que este texto contenga más de doscientas remisiones, así como su complejidad, la cual se debería a una deficiente redacción, al elevado índice de soluciones adoptadas por puro compromiso político y al deseo de concretar en exceso aspectos irrelevantes, entre otros factores.

³⁷⁵ Es cierto que ya son veinte países los que han firmado este Convenio, entre ellos el nuestro. La lista completa la forman Congo, Dinamarca, Francia, Gabón, Gana, Grecia, Guinea, Nigeria, Países Bajos, Noruega, Polonia, Senegal, España, Suiza, Togo, Estados Unidos, Armenia, Camerún, Madagascar y Níger.

Además de esta norma internacional cuya entrada en vigor aún no se ha producido, tenemos una norma nacional que se encuentra todavía en tramitación parlamentaria, el Proyecto de Ley General de navegación Marítima, del cual ya hemos hablado en páginas precedentes. La posible complicación que plantea esta norma se encontraría en su artículo 314.2, en el cual se remite al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, y a los Protocolos que lo modifican (las Reglas de La Haya-Visby). Dicha normativa internacional, en vigor en España, es el antecedente de las Reglas de Rotterdam. El problema es que cuando las Reglas de Rotterdam finalmente entren en vigor (la cual cosa ocurrirá cuando al menos 20 Estados firmantes la ratifiquen), en virtud de su artículo 89, los Estados que fueren partes de las Reglas de la Haya-Visby estarán obligados a denunciarlas. Aún así, todo parece indicar que las reglas de Rotterdam y el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima serían compatibles, dado que las últimas se aplican exclusivamente a los supuestos internacionales que entren en su ámbito de aplicación y priman sobre las normas nacionales. El artículo 314.2 nacionaliza las Reglas de la Haya-Visby, en el sentido de que ordena su aplicación a supuestos exclusivamente internos. En caso de que las dos normas estuvieran en vigor en España, las Reglas de Rotterdam regirían los contratos internacionales que entraran en su ámbito de aplicación, mientras que las Reglas de la Haya-Visby, por medio del Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima, a todos los contratos de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque sometidos al derecho español a los cuales no se aplicarían aquellas³⁷⁶.

Para acabar este apartado, y ya dejando a un lado esta compleja situación legislativa, debemos mencionar el documento conocido como conocimiento de embarque. A pesar de que ya hemos hecho referencia al mismo en capítulos anteriores, conviene recordar y matizar algunos aspectos.

En primer lugar, el conocimiento de embarque es el elemento documental más importante del contrato de transporte marítimo. De hecho, es uno de los elementos que lo separa del fletamento por viaje, el cual se documenta en póliza de fletamento. Asimismo, la emisión de un conocimiento de embarque (o documento similar) es uno de los requisitos esenciales para la aplicación de la Ley de Transporte Marítimo. Este requisito también aparece en las

Sin embargo, la entrada en vigor sólo se producirá a los 12 meses de además que dichos Estados lo ratifiquen, cosa que no parece que vaya a ocurrir dentro de poco.

³⁷⁶ Tal es la opinión sostenida por Carlos GÓRRIZ en su artículo “*Estudio comparado de la responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam y en el PLGNM*”, publicado en el Anuario de Derecho Marítimo, vol. XXVII, pág. 202. Asimismo, y para más información, pueden consultarse los siguientes artículos sobre el tema: LOPEZ RUEDA, Francisco Carlos, “*La limitación de la responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam y en el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima*”; SALINAS ADELANTADO, Carlos, “*Armonías y desarmonías entre Rotterdam y el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima*”; DUCH, Mercedes, “*Las Reglas de Rotterdam y el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima*”; PELETEIRO, Francisco, “*Ventajas y desventajas de las Reglas de Rotterdam para porteadores y cargadores. El punto de vista de armadores*”; GONZÁLEZ, Bernardo, “*La posición de los aseguradores de la carga*”; MESTRE, Anna, “*La posición de los aseguradores de responsabilidad civil (P&I) ante las reglas de Rotterdam*”; QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, “*Posibles soluciones en el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima*”; VIGIL TOLEDO, Ricardo “*Las Reglas de Rotterdam y el UNASUR*”; ROCA MARCOS, Jaime, “*Las Reglas de Rotterdam: ¿Conviene al Ecuador? Punto de vista de un abogado maritimista ecuatoriano*”, todos ellos publicados en el Anuario de Derecho Marítimo, volumen XXVII.

Reglas de La Haya-Visby (arts. 1.b y 3.3) y se mantiene en el Convenio de Hamburgo (art. 2°.d).

Como ya expusimos en páginas anteriores, el conocimiento cumple tres funciones esenciales, que son la prueba del contrato, el recibo de la entrega y el hecho de constituir un título representativo de las mercancías. En caso de la venta FOB, nos encontramos pues con que el comprador está obligado a concertar un contrato de transporte de mercancías por mar que se documentará y se probará a través de un conocimiento de embarque.

De las normas que regulan su contenido³⁷⁷ podemos establecer que en este documento deberá constar, básicamente, el nombre, matrícula y porte del buque (aunque se admiten cláusulas de sustitución o incluso de buque indeterminado); el nombre del capitán y su domicilio; los puertos de carga y descarga (que no necesariamente coinciden con los de origen y destino); el nombre del cargador o del consignatario y de su domicilio; la clase de conocimiento de que se trata (nominativo, a la orden o al portador); el flete o contraprestación económica que paga el cargador a cambio del transporte y, en su caso, la capa (que ha caído en desuso y que consiste en una retribución complementaria del capitán); la descripción de las mercancías; y cualquier otro pacto que las partes estimen conveniente (si son beneficiosas para el cargador y no contradicen las normas imperativas de la Ley de Transporte Marítimo), como pueden ser acuerdos de jurisdicción, arbitraje, limitación de responsabilidad, etcétera.

La segunda función que cumple el conocimiento es la de recibo de la entrega de las mercancías al porteador. Es una función importante, dado que como documento probatorio de la carga a bordo del buque, el porteador está obligado a transportar la mercancía que aparece descrita en el conocimiento de embarque, a custodiarla durante el transporte y a entregarla en el puerto de destino en las mismas condiciones en que le fueron entregadas³⁷⁸. Se trata de un título probatorio de las relaciones entre porteador y cargador que admite prueba en contrario; esto significa que se da la presunción a favor de lo estipulado en el conocimiento, aunque se puede probar la inexactitud del mismo respecto del hecho de la entrega y de la condición de las mercancías (art. 21 de la Ley de Transporte Marítimo) A pesar de ello, el conocimiento no admite prueba en contra cuando ha sido transmitido a un tercero de buena fe (art. 3°.4 de las Reglas de La Haya-Visby, redactado según el Protocolo de 1968).

El porteador está obligado a entregar una copia del conocimiento al cargador, una vez recibidas las mercancías a bordo, que deberá estar firmada por el mismo porteador, por su agente o por el capitán (art. 5.4 de la Ley de Transporte Marítimo). En el caso de la venta FOB, es el comprador el que debe contratar el transporte, pero el que realiza la entrega de las mercancías al porteador es el vendedor. Como puede verse, las circunstancias de entrega varían respecto de lo normal, que suele ser que el cargador le entregue la cosa objeto de transporte al porteador. Si nos atenemos a lo que establece el punto A.4. del término FOB

³⁷⁷ Concretamente, los arts. 706 del Código de Comercio, 3.3 de las Reglas de La Haya-Visby y 18 de la Ley de Transporte Marítimo.

³⁷⁸ Véase STS de 26 de abril de 1995.

de los Incoterms 2010³⁷⁹, en este caso podría considerarse en cierto modo que el vendedor actúa por cuenta del comprador, dado que debe entregar la mercancía en el buque y en el puerto que le indique el comprador, siguiendo las instrucciones de éste. Estas particularidades deberán reflejarse en el conocimiento de embarque. Nuevamente podemos comprobar que, a pesar de la autonomía jurídica que existe entre los contratos de compraventa y transporte, es el contrato de compraventa el que motiva la aparición del contrato de transporte. Aunque ambos mantienen su autonomía jurídica, el contrato de transporte es una consecuencia del contrato de compraventa, nace para hacer posible esa transmisión de la propiedad, por lo que es lógico que el transporte se adapte a las particularidades de la compraventa.

Finalmente, el conocimiento de embarque es también un título valor, en el sentido de que incorpora un derecho de crédito. Tal derecho se fundamenta en la promesa del capitán de entregar la mercancía al final del viaje, por lo que el legítimo poseedor del conocimiento tendrá derecho a exigir dicha entrega en el puerto de destino. Este documento constituye además un título representativo de las mercancías. Su tenencia equivale a la posesión jurídica de las mercancías, con lo que se facilita la venta o el depósito de las mismas durante el viaje.

De este modo, en la compraventa FOB, el comprador estará obligado a contratar un transporte marítimo, asumiendo el papel de cargador en esa relación contractual. El porteador o encargado de transportar la mercancía deberá emitir el conocimiento de embarque y entregar una copia del mismo al cargador (en este caso también destinatario), el cual tendrá derecho a exigir la entrega de las mercancías en el puerto de destino gracias al conocimiento. Por otra parte, si resulta aplicable el derecho español, nos encontraremos con que será aplicable la teoría del título y el modo, por la cual para transmitir la propiedad de un bien serán necesarios un contrato en el que se especifique la voluntad de las dos partes de transmitir la propiedad y la entrega de esa cosa (o lo que es lo mismo, el traspaso de su posesión) por parte del vendedor al comprador³⁸⁰. El comprador FOB, una vez la mercancía

³⁷⁹ Concretamente que “El vendedor debe entregar la mercancía o poniéndola a bordo del buque designado por el comprador en el punto de carga, si lo hay, indicado por el comprador en el puerto de embarque designado, o proporcionando la mercancía así entregada. En cualquiera de los dos casos, el vendedor debe entregar la mercancía en la fecha acordada o dentro del plazo acordado y en la forma acostumbrada en el puerto. Si el comprador no ha indicado un punto de carga específico, el vendedor puede elegir el punto en el puerto de embarque designado que más le convenga”.

³⁸⁰ Por ejemplo, véase el fundamento de derecho segundo de la STS 1121/2004 de 18 de noviembre (RJ 2004/7653), en el que se dice lo siguiente: “Ha de tenerse en cuenta respecto a la tesis que hemos resumido que la sentencia impugnada no basa su decisión en la circunstancia de que la propiedad de «Simsa» sobre la mercancía transportada por la recurrente derive de los conocimientos de embarque aportados con la demanda, sino en el hecho –que considera acreditado por abrumadora prueba– de la existencia de un contrato de compraventa en que aparece Simsa como compradora y de que fuera esta entidad la que había concertado el seguro de daños de las mercancías objeto de transporte y a la que éstas fueron entregadas a la llegada del buque a su puerto de destino. A partir de estos datos, que revelan la existencia del título y el modo necesarios en nuestro derecho para la transmisión del dominio, la Audiencia ha entendido que la propiedad de la mercancía correspondía a Simsa y dado que la aseguradora accionante había indemnizado a ésta los daños y perjuicios sufridos en el transporte, ha considerado que se hallaba legitimada para reintegrarse de la cantidad por dicho concepto abonada. El planteamiento, que precisamente coincide con el desarrollado por esta Sala para un caso semejante en sentencia de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10403) , ha de considerarse correcto”.

esté depositada sobre la cubierta del barco (recordemos que la entrega es un acto complejo que precisa de la participación tanto del vendedor como del comprador), mediante el conocimiento de embarque tendrá la posesión de las mercancías, aunque sea mediata. Si a eso le unimos la preexistencia de un contrato de compraventa, tendremos el momento en que se transmite la propiedad de la mercancía.

13.2.2 Elementos personales y obligaciones de las partes

13.2.2.1 Elementos personales

En el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque existen elementos personales que presentan una problemática particular. La singularidad del asunto deriva tanto de la dificultad para identificar al porteador como de la identidad o no entre cargador y destinatario.

El porteador es la persona que asume la obligación principal de la realización del transporte. Asumir esa obligación no significa necesariamente lo mismo que ejecutar el transporte, algo que ocurre con frecuencia en el transporte marítimo. Además, la habitual superposición de contratos de utilización del buque contribuye también a remarcar el hecho de que, por lo menos en el tráfico de línea regular, no siempre existe identidad entre empresa de navegación y empresa de transporte, dándose a menudo el caso de que naviero y porteador no son la misma persona. Existe un elevado grado de subcontratación en este tipo de operaciones que en muchos casos complica en gran medida la identificación del porteador³⁸¹.

Este fenómeno de subcontratación permite que en ciertos casos podamos distinguir entre porteador contractual y porteador efectivo o de hecho. El porteador contractual es aquel que contrae la obligación de desplazar las mercancías, independientemente de que dicho transporte lo realice él u otra persona. Este sería el caso del fletador que contrata el

³⁸¹ Ciertamente, ni la identificación del cargador que ha contratado el transporte ni la de la persona a la que van dirigidas las mercancías, es decir, el destinatario o receptor de las mismas, plantea dificultades prácticas relevantes. No ocurre así con la figura del porteador o, lo que es lo mismo, con el deudor de la prestación de transportar, dado que el transporte puede realizarlo directamente el naviero que explote un buque determinado, el cual contratará con los cargadores y emitirá y firmará los conocimientos de embarque, o bien el transporte puede ser contratado por el fletador de un buque, ya sea por tiempo o por viaje, con los cargadores. En este caso, dado que el fletador tiene la total capacidad de carga del buque contrata con los cargadores el transporte o transportes de mercancías determinadas, convirtiéndose, por tanto, en porteador frente a dichos cargadores. De este modo, cuando es el naviero el que contrata el transporte emitiendo los conocimientos de embarque no existen problemas de identificación, pues en éste consta su nombre comercial en el encabezamiento y van firmados por el capitán. Aquí, naviero y porteador son la misma persona. Pero cuando el buque ha sido fletado, principalmente cuando el fletador embarca mercancías de terceros cargadores y emite el correspondiente conocimiento de embarque, surgen los problemas. En este supuesto, puede ser responsable del transporte el fletador o el naviero fletante. Para determinar cuál de los dos asume la obligación del transporte frente a los cargadores, habrá que mirar quién ha emitido el conocimiento de embarque. Si esta persona no aparece identificada claramente en el encabezamiento de dicho documento, entonces habrá que tratar de deducirlo de la firma del mismo. Al respecto, véase FONTESTAD PORTALES, Leticia, *“Conocimiento de Embarque como título ejecutivo”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 89 a 93.

transporte pero, realmente, el que realiza el transporte es el naviero fletante siendo éste el porteador efectivo.

El porteador efectivo es la persona, o el empresario, que realiza el transporte de mercancías o de pasajeros independientemente de que el obligado contractualmente sea otra empresa o persona frente a la cual responderán de la realización de dicho transporte. En estos supuestos es cuando hay que distinguir entre porteador contractual y porteador efectivo, ambos responsables solidarios ante el acreedor del desplazamiento de la carga o de los pasajeros³⁸².

La otra parte contractual, el cargador, es la persona que celebra el contrato de transporte, estando obligado a entregar las mercancías en origen y a pagar el precio convenido.

En lo que respecta a los elementos personales, hay discrepancia de opiniones a la hora de señalar a las partes. Para algunos sólo son dos, el porteador y el cargador, mientras que para otros las partes contractuales son tres, dado que añaden a los dos anteriores la figura del destinatario o receptor de las mercancías. Es cierto que a veces se da el caso de que cargador y destinatario no son la misma persona, aunque la posición de ese tercero parece poder explicarse mejor no desde la perspectiva de la existencia de tres partes contractuales, sino desde el reconocimiento de un pacto a favor de tercero, teniendo en cuenta también la naturaleza del conocimiento de embarque como título representativo de las mercancías³⁸³.

El quid de la cuestión consiste en determinar si cargador y destinatario son la misma persona. Hay casos en los que esto es así y hay casos en los que no. Por ejemplo, en el caso de la venta FOB es el comprador el que se encarga de contratar el transporte de la mercancía y el que asume la posición de cargador, por lo que normalmente también será el destinatario de la misma. Pero en otros incoterms en los que sea el vendedor el que esté obligado a contratar el transporte, y por tanto asuma la posición de cargador, no existirá esa identidad dado que el destinatario será el comprador. Nos encontraremos entonces ante un pacto a favor de un tercero, el comprador destinatario, realizado por una de las partes del contrato de transporte, el vendedor cargador.

³⁸² Reglas de Hamburgo (arts. 1.2 y 10) para el transporte marítimo de mercancías y art. 1.1b) del Convenio de Atenas para el transporte marítimo de pasajeros.

³⁸³ El contrato de transporte marítimo de mercancías es oneroso y bilateral. A pesar de ello, una de sus características normales, aunque no esenciales, es la de ser un contrato a favor de un tercero. Las mercancías pueden entregarse por el cargador al porteador para que las traslade a un lugar diverso, pero a favor del propio cargador, o bien el cargador puede entregar las mercancías al porteador para que las transporte y las entregue a una persona distinta, surgiendo de este modo la figura del destinatario. El derecho de éste a la recepción de las mercancías surge del contrato que se ha estipulado a su favor, a condición de que lleguen a su destino y que declare su interés por recibirlas. El destinatario irrumpe en la relación jurídica del transporte cuando llegadas las mercancías al puerto de destino, o vencido el término para la entrega de las mismas, pide que le sean entregadas. Cuando se emite un conocimiento como título-valor, éste incorpora el derecho a la entrega de las mercancías en el puerto de destino. El tenedor del conocimiento, al adquirir el título se encuentra legitimado para el ejercicio de ese derecho, el cual naturalmente no podrá ejercer hasta que las mercancías lleguen al puerto de destino o se haya cumplido el término del transporte. Pero la legitimación para el ejercicio de ese derecho, el cual trae consigo la posibilidad de disponer de las mercancías transportadas, se produce desde el momento de la adquisición del documento. Sobre este tema, véase SANCHEZ CALERO, Fernando, op cit., págs. 111 y 112.

13.2.2.2 Obligaciones de las partes

13.2.2.2.1 Obligaciones del porteador

El porteador es aquella parte que se compromete frente al cargador a realizar la prestación característica del contrato, que es el traslado de mercancías por vía marítima de un lugar a otro. Esta prestación fundamental tiene tres vertientes o facetas, que son el traslado puntual entre los puertos convenidos, el cuidado de las mercancías transportadas y su devolución o entrega en las mismas condiciones que las recibió en el puerto de destino³⁸⁴. Aparte de estas obligaciones, existen otras de carácter autónomo que se integran o desarrollan en las anteriores. Normalmente, se clasifican las obligaciones del porteador dependiendo de si se dan antes, durante o después del viaje.

Antes del viaje podemos encontrar la obligación de navegabilidad, por la que el porteador debe procurar poner el buque en condiciones de navegar en relación a un cargamento determinado. Se trata que el buque mantenga unas condiciones de navegabilidad relativa y concreta (*cargoworthiness*), y no solamente genérica o absoluta. Esto es así porque no sólo se exige al porteador que el buque flote y que este convenientemente equipado y aprovisionado, sino que además la embarcación debe ser capaz de recibir y transportar las mercancías. El buque debe ser capaz de transportar la carga de un puerto a otro, y debe poder hacerlo de manera segura durante todo el viaje³⁸⁵. También entrarían en este grupo

³⁸⁴ El porteador asume la obligación de trasladar unas mercancías de un lugar a otro, las cuales recibe en el momento que le son entregadas y que debe devolver en el destino pactado en las mismas condiciones en que las ha recibido. El porteador debe custodiar las mercancías que le son entregadas, pero su obligación característica es el transporte o el traslado al destino convenido de dichas mercancías. El porteador asume pues una obligación de resultado, que es la de efectuar el traslado de las mercancías y entregarlas en el mismo estado en que las recibió. Se trata de un hacer del porteador que lleva consigo la promesa de ese resultado, cuyo riesgo acepta, tanto cuando ejecuta directamente el transporte, como cuando lo hace con la ayuda de otros porteadores a los que subcontrata, poniéndose el acento en que el porteador asume el riesgo no solo de la imposibilidad de alcanzar el resultado prometido, sino también de las dificultades que ese resultado implica. Ese riesgo no comprende los supuestos de daños producidos por los peligros exceptuados en los convenios. Al respecto, véase SÁNCHEZ CALERO, Fernando, op cit., pág. 108.

³⁸⁵ La obligación de navegabilidad del porteador se refiere al estado de la nave, y al hecho de que ésta se encuentre en condiciones de desarrollar, de manera segura para la carga, el viaje por mar. También es necesario que el buque cuente con espacios de carga adecuados para la mercancía en concreto que el porteador se ha comprometido a transportar. Podría decirse pues que el porteador tiene dos obligaciones relacionadas con el estado del buque: que éste se encuentre en condiciones de navegar (*seaworthiness*) y que cumpla las condiciones necesarias para transportar las mercancías en concreto que el cargador le ha encomendado transportar (*cargoworthiness*). Así pues, el buen estado de navegabilidad y aptitud para los usos convenidos se concreta en que la nave debe estar en condiciones para el servicio pactado, o lo que es lo mismo, que la nave en que el porteador vaya a recibir las mercancías sirva para los efectos de transportarlas por vía marítima, sin riesgo de daño para las mismas, durante toda la travesía. El buen estado de la navegabilidad comprende una serie de aspectos, como el estado general de la nave, el hecho de que el buque se encuentre armado, equipado y aprovisionado convenientemente, así como que la nave esté preparada para recibir el cargamento concreto de que se trate, de manera que pueda trasladarlo de manera segura. En resumen, la obligación de navegabilidad del porteador comprende tanto la capacidad general del buque para mantenerse a flote y desplazarse como para transportar en su interior la mercancía concreta que el cargador le ha confiado. Es una obligación pensada en primer lugar para aportar seguridad al viaje en sí, y en última instancia a las mercancías transportadas. Al respecto, véase LOO GUTIÉRREZ, Martín, op. cit., págs. 59 y 60.

las obligaciones de cargar y estibar las mercancías y la emisión del conocimiento de embarque, así como la entrega de un ejemplar del mismo al cargador³⁸⁶.

En lo que respecta a la carga y estiba de las mercancías, conviene puntualizar que, aunque normalmente son obligaciones que recaen en el porteador, también puede darse la posibilidad de que si éste no asume contractualmente esas obligaciones, éstas recaigan en el cargador. En ambos casos, lo habitual es que estas operaciones sean realizadas por empresas que se dedican a la carga y descarga de mercancías en los puertos, así como a la estiba de las mismas³⁸⁷.

Durante el viaje nos encontramos con que el porteador está obligado a salir del puerto de origen y a llegar al puerto de destino siguiendo la ruta prevista en el contrato. Las desviaciones de ruta injustificadas constituyen infracciones contractuales³⁸⁸. Por otra parte,

³⁸⁶ Ciertamente, la obligación de cargar cuidadosamente las mercancías que el buque debe transportar se encuentra prevista tanto en el artículo 5.3 de la Ley de Transporte Marítimo como en las Reglas de La Haya-Visby (art. 3.2 del Convenio de Bruselas). En ambas normas se exige una conducta “apropiada y cuidadosa” en lo relativo a la carga de las mercancías, entendida como la serie de operaciones materiales para embarcar las mercancías en el buque que tiene que transportarlas. A esta operación habrá de unírsele la de estiba, la cual deberá tener en cuenta la naturaleza de las mercancías y los usos y costumbres del puerto. Las operaciones de estiba son necesarias para colocar adecuadamente las mercancías en el buque, en sus bodegas o en los espacios del buque destinados a la carga. Por otra parte, aunque normalmente es el porteador el encargado de realizar las operaciones de carga, también se admite la posibilidad de que, cuando el porteador no asuma contractualmente la obligación de carga, dicha obligación recaiga en el cargador, o incluso en un tercero por cuenta de éstos. Esta obligación puede resultar algo confusa cuando el transporte se debe a una compraventa FOB, dado que el comprador es el que asume la posición de cargador, pero en lo que respecta a la entrega, es el vendedor el que debe entregar la mercancía a bordo del buque designado y contratado por el comprador en la fecha o dentro del plazo acordado, en el puerto de embarque convenido y en la forma acostumbrada en el puerto. Además, el vendedor también debe soportar todos los gastos relacionados con la mercancía hasta el momento en que haya sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque convenido, por lo que es razonable pensar que recaerá en esta tercera parte, ajena en principio al contrato de transporte, la obligación de cargar las mercancías, así como su estiba. Por último, el porteador, antes de iniciar el viaje, tiene la obligación de entregar el conocimiento de embarque al cargador, tal y como establecen las Reglas de La Haya-Visby (art. 3.3) y la Ley de Transporte Marítimo (art. 5). Hay que puntualizar de que, a pesar de que para el Código de Comercio la falta de emisión del conocimiento de embarque no afecta a la validez del contrato sino únicamente a su ejecución, esa ausencia provocará la inaplicación tanto de las Reglas de la Haya-Visby como de la Ley de Transporte Marítimo. Al respecto, véase FONTESTAD PORTALES, op. cit., págs. 118 y ss.

³⁸⁷ El transporte de mercancías por mar requiere de una serie de tareas realizadas en el ámbito del puerto tales como la carga y descarga de lo transportado por el buque, así como la estiba. En el caso del transporte marítimo, las operaciones necesarias previas y posteriores al traslado no acostumbran a ser realizadas por las partes contractuales de dicho transporte, sino que las desarrollan empresarios especializados, con frecuencia denominados operadores (portuarios, de terminales o de manipulación portuaria), que son contratados por una de las partes del contrato de transporte. El alcance de las prestaciones asumidas por el operador puede variar mucho y depende de numerosos factores, pero se le suele considerar como un participante necesario en la operación material del transporte marítimo, interviniendo en ella a instancia de alguna de sus partes contractuales. Por lo tanto, la contratación de los servicios de esos operadores se encuentra vinculada al transporte pactado y se asume o bien por el porteador, o bien por su contraparte, según los acuerdos particulares de esa relación jurídica. Véase la Introducción en ARIAS VARONA, Francisco Javier, “Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario”, ed. Comares, Granada 2006.

³⁸⁸ La Ley de Transporte Marítimo exige de manera implícita al porteador que respete la ruta convenida por las partes a menos que se pretenda salvar vidas o bienes en el mar. En tales casos, tanto la Ley de Transporte

está asimismo obligado a cuidar de la mercancía, desde que la recibe hasta que la entrega al destinatario en el puerto de destino. El porteador debe custodiar las mercancías que transporta su buque durante el tiempo que dura el viaje, aunque lo cierto es que esa obligación de custodia empieza desde el momento en que el cargador pone a su disposición las mercancías, y termina cuando las entrega al destinatario en el puerto de destino. Así pues, el porteador no sólo está obligado a transportar las mercancías por mar, sino que debe llevarlas al puerto de destino acordado, evitando en la medida de lo posible desvíos injustificados y procurar que las mercancías no sufran desperfectos.

Por último, al finalizar el viaje, el porteador debe descargar las mercancías y entregarlas al destinatario, en idénticas condiciones en las que las recibió. Como ocurría con la carga de las mismas antes de iniciar el viaje, la operación material de descarga suele realizarla un operador portuario.

13.2.2.2 Especial referencia al régimen de responsabilidad del porteador

De manera sencilla, podemos definir la responsabilidad como la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado³⁸⁹. El tema de la responsabilidad, desde un punto de vista jurídico, se centra en determinar quién asume la obligación de reparar un daño proferido. Se trata de un sistema de reparar daños basado en principios de equidad. En el caso concreto del transporte marítimo de mercancías, se puede hablar de daños causados por pérdidas, averías o retrasos en la entrega.

Dentro de este tema, la responsabilidad del porteador constituye un asunto de especial importancia en el comercio exterior, dado que el transporte se encuentra en el centro de las transacciones comerciales, principalmente las internacionales, y de ahí que una buena parte de la labor realizada para la armonización del derecho comercial ha girado alrededor de la formulación de convenciones internacionales sobre el transporte marítimo, aéreo y terrestre³⁹⁰.

En el transporte marítimo de mercancías, la responsabilidad del porteador es de tipo contractual, dado que deriva de un acuerdo de voluntades entre aquel y el dueño de la carga, y deriva del hecho de que el porteador no ejecute el contrato de transporte marítimo

Marítimo como el Convenio de Bruselas permiten cambios de ruta razonables. Al no precisar qué es lo que se entiende por razonable, habrá que examinar las circunstancias de cada caso concreto. Algunos ejemplos de excepciones o circunstancias razonables que permitirían cambios de ruta serían los derivados de evitar algún peligro grave y efectivo, como pueden ser una tempestad o la piratería.

³⁸⁹ Véase CABANELLAS, Guillermo, “*Diccionario enciclopédico de derecho usual*”, Tomo VII, Ed. Eliasta, Buenos Aires, pág. 191.

³⁹⁰ En tales términos se pronunciaba el profesor RAY, José Domingo, en el marco de su conferencia “*Responsabilidad de los porteadores en las convenciones internacionales sobre conocimientos de embarque*”, pronunciada en la Universidad de Lima en octubre de 1993 y publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el anticipo de <<Anales>>, año XXXVIII, segunda época, núm. 31, pág. 7.

o de que, en caso de ejecutarlo, lo haga de manera deficiente³⁹¹. La responsabilidad del porteador no puede ser sino contractual, lo cual quiere decir que el transportista o porteador responde de los hechos resultantes de ese incumplimiento frente al cargador o destinatario³⁹². Este tipo de responsabilidad se encuentra regulado en normas internacionales imperativas y coercitivas.

De este modo, en el caso de la venta FOB, dado que es el comprador el que asume la posición de cargador y destinatario en el contrato de transporte marítimo, este comprador estará facultado para exigir una compensación de tipo contractual si la mercancía que ha comprado llega dañada o no llega al puerto de destino. Por contra, en los incoterms en los que la obligación de contratar el transporte recaiga en el vendedor, ya no se dará la coincidencia entre cargador y destinatario. Anteriormente hemos asumido que en estos casos existen dos partes contractuales, el porteador y el cargador, las cuales realizan un pacto a favor de un tercero, el comprador destinatario. De acuerdo con esta postura, si el porteador incumple con su obligación de transporte o lo hace de manera deficiente, con el resultado de la pérdida o el daño de las mercancías, nos encontraríamos entonces con que el comprador/destinatario podría exigirle responsabilidad al vendedor/cargador en el marco del contrato de compraventa, y que el vendedor/cargador puede exigir a su vez responsabilidad al porteador en el marco del contrato de transporte.

A pesar de que se trata de una argumentación defendible, no creo que se pueda afirmar de manera absoluta que en un caso así el destinatario carezca de legitimación para exigir responsabilidad al porteador en el marco del contrato de transporte. Aún si asumimos que sólo existen dos partes contractuales, el cargador y el porteador, el destinatario (que no coincide con el cargador), si se encuentra designado como tal en el conocimiento de embarque, tiene legitimación para exigir la entrega de las mercancías en destino y, en su defecto, ejercer las acciones de responsabilidad que le competan contra el porteador³⁹³. Su legitimación es una consecuencia de la emisión y circulación del conocimiento de embarque.

El hecho de que la responsabilidad del porteador sea eminentemente contractual no impide que se le pueda aplicar en determinados casos las normas de responsabilidad extracontractual del ordenamiento jurídico que sea aplicable. En nuestro Código Civil el artículo 1902 establece que el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo

³⁹¹ Véase PEJOVÉS MACEDO, José Antonio, “*El sistema de responsabilidad aplicable al porteador en el transporte marítimo de mercancías y su tratamiento en el ordenamiento marítimo peruano*”, en Anuario de Derecho Marítimo, vol XXIII, 2006, pág. 170.

³⁹² GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo, “*Curso de Derecho de la Navegación*”, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria Gasteiz, 1998, págs. 437 y 438.

³⁹³ De hecho, la STS de 29 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10403) reconoce la legitimación del destinatario de la mercancía, designado en el conocimiento de embarque por el cargador-vendedor, para reclamar al porteador los daños y perjuicios causados a la mercancía. En un sentido similar se pronuncia la STS 10 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8980). En el contrato de transporte, si bien aparecen nítidas las figuras del cargador o contratante del transporte y del porteador, como encargado de su realización, la figura del destinatario no puede ser soslayada ni desvinculada de aquel contrato y es por ello que nuestra doctrina jurisprudencial viene afirmando reiteradamente la legitimación del destinatario de la mercancía transportada para reclamar frente a los intervinientes en el transporte, tanto más cuando aparezca como comprador de la mercancía transportada.

culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Este precepto es el punto de partida del sistema de responsabilidad extracontractual español y podría llegar a aplicarse a un porteador marítimo. Por ejemplo, si este porteador, en el transcurso del viaje que está obligado a realizar por contrato comete un error de navegación y colisiona con otro barco, el cual no tiene nada que ver con la relación contractual del porteador, pero que ha sufrido daños a causa de éste, entonces el tercero propietario de ese barco podría reclamarle una compensación de tipo extracontractual basándose en ese artículo, siempre y cuando fuera aplicable el ordenamiento jurídico español.

Cuando hablamos de responsabilidad contractual del porteador marítimo, y más concretamente del porteador en régimen de conocimiento de embarque, debemos tener en cuenta algunas peculiaridades de la misma. En primer lugar, el porteador está sometido a un régimen de responsabilidad imperativo y coercitivo, el cual puede ser aumentado por el cargador mediante las cláusulas del conocimiento de embarque. En segundo lugar, en la Ley de Transporte Marítimo se admiten cláusulas de exoneración de responsabilidad, aunque se regula de manera estricta su número y condiciones de aplicación. Por último, el porteador, en caso de responder, lo hace de manera limitada. Esto quiere decir que el importe de la indemnización no se corresponde con el daño efectivamente causado, sino con una cantidad establecida en la propia Ley, siempre y cuando no se incurra en uno de los casos excepcionales en los que el porteador pierde el beneficio de dicha limitación.

El régimen de responsabilidad del porteador, como ya hemos dicho, es internacional, imperativo y coercitivo, aunque ello no significa que sea necesariamente uniforme. Esto es así porque en determinados países se aplicarán las Reglas de La Haya (y eventualmente sus protocolos de modificación) mientras que en otros será de aplicación las Reglas de Hamburgo. Ello dependerá del estado de las ratificaciones en el país en cuestión.

En ambos instrumentos se establece un sistema de responsabilidad más o menos subjetivo para el porteador. Es un sistema que se contrapone al sistema de responsabilidad objetiva, en el cual el porteador respondería cuando las mercancías no llegasen al puerto de destino en el mismo estado en el que le fueron entregadas, aunque pudiendo exonerarse del caso fortuito y de la fuerza mayor, y recayendo sobre el porteador la carga de la prueba. El sistema subjetivo, en cambio, se basa en la culpa o negligencia del porteador, que no responde del caso fortuito ni de la fuerza mayor, y aquí le corresponde al cargador demostrar que el daño en las mercancías se debe a la culpa o negligencia del porteador o de sus empleados. Este es el sistema seguido en las Reglas de La Haya-Visby. En las Reglas de Hamburgo, la responsabilidad del porteador se plantea en términos similares, basándose también en el principio de culpa o negligencia, pero con la particularidad de que se reducen aún más los supuestos exceptuados, limitando el *quantum* de la indemnización, a no ser que se pruebe que el motivo del daño se debiera a una acción u omisión intencionada (dolo) o temeridad (dolo eventual o culpa grave) del porteador.

Para concluir el tema de la responsabilidad, resulta conveniente mencionar la posibilidad de que, en determinadas ocasiones, los colaboradores del porteador pueden verse sometidos al mismo régimen de responsabilidad imperativo e internacional que rige para el porteador. Eso significa que si, por ejemplo, un empresario de manipulación portuaria provoca un daño a la mercancía objeto del contrato de compraventa, si se dan ciertos requisitos podrá

acogerse a la mismas limitaciones de responsabilidad que el porteador. Esto es así porque el propio Convenio de Bruselas admite esa posibilidad³⁹⁴.

Por otra parte, al consignatario también se le ha querido atribuir en ocasiones la responsabilidad por los daños sufridos por la carga en la ejecución del contrato de transporte, siendo entonces responsable frente al cargador o destinatario. A pesar de ello, la jurisprudencia no ha terminado de ponerse de acuerdo sobre la responsabilidad del consignatario frente al cargador o el destinatario y su inclusión en el régimen de responsabilidad especial del porteador (en virtud de los arts. 586 del C. Com. y 2º y 3º de la Ley de Transporte Marítimo de 1949)³⁹⁵.

³⁹⁴ Es posible que la responsabilidad extracontractual del empresario de manipulación portuaria quede sometida a dicho régimen especial por efecto de lo dispuesto en el artículo IVbis del Convenio de Bruselas, en su redacción posterior a la reforma derivada del Protocolo de 1968 (Reglas de Visby). De este modo, el régimen de responsabilidad de los colaboradores del porteador se ve alterado, para quedar sometido a las normas sobre responsabilidad de éste último. El régimen de responsabilidad general de esos colaboradores queda sustituido por el propio del porteador. Así pues, si se ejercita una acción por daños a las mercancías objeto de un contrato de transporte “contra un encargado del porteador” (que no fuere contratista por su cuenta), dicho encargado podrá acogerse a las exoneraciones y limitaciones que el porteador pudiera invocar en virtud del Convenio. El resultado de dicha disposición, de plena aplicación en nuestro derecho, es que, dentro del ámbito previsto por ella, el empresario encargado de la manipulación portuaria podría evitar el régimen dispuesto en el Código Civil y su responsabilidad se resolvería según las reglas específicas del porteador marítimo. Si tenemos en cuenta que no existe relación contractual con la contraparte del transporte, la aplicación de ese régimen especial debe predicarse para las relaciones extracontractuales, con lo que finalmente ese tipo de responsabilidad no se regiría por el artículo. 1902 y ss. del Código Civil, sino por la normativa aplicable al porteador. Aún así, no podrá aplicarse ese régimen a cualquier tarea de manipulación, dado que el ámbito de aplicación del Convenio no es general. Solamente será posible aplicar la previsión del art. IVbis a las actividades de manipulación desarrolladas en el curso de los transportes marítimos sometidos al régimen del Convenio. Al respecto, véase ARIAS VARONA, Francisco. Javier, op. cit., págs. 58 y ss.

³⁹⁵ Tal vez para poner fin a esta situación el Tribunal Supremo dictó el 26 de noviembre de 2007 una extensa sentencia en la que recogía la jurisprudencia tanto favorable como no favorable a la responsabilidad del consignatario. Al respecto, en su fundamento de derecho quinto establece que “La tesis favorable a la responsabilidad del consignatario tiene su apoyo en el art. 586 CCom (LEG 1885, 21) y en el art. 3º LTM (RCL 1949, 1500) . Sus dificultades no derivan de que ésta última Ley pueda considerarse derogada, como ha sostenido una parte de la doctrina, fundándose en la remisión de las Reglas de La Haya-Visby al Convenio de Bruselas de 1924 (RCL 1930, 1105), pues, como declara la última de nuestras sentencias en que se aborda la materia: a) Estas Reglas, en los casos en que resultan de aplicación, no excluyen la aplicación del CCom en cuanto no sea contradictorio con ellas (según se desprende implícitamente de la STS de 18 de junio de 1996 [RJ 1996, 5074]); b) La LTM ha venido siendo aplicada de forma reiterada y pacífica por nuestra jurisprudencia bajo la vigencia de las nuevas Reglas (SSTS de 7 de abril de 1994 , 17 de julio de 1995 [RJ 1995, 5586] , 18 de junio de 1996 [RJ 1996, 5074] , 28 de julio de 2000 [RJ 2000, 6204] , 19 de abril de 2001 [RJ 2001, 6884] , 21 de julio de 2004 [RJ 2004, 6628] , 18 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7654] y 30 de marzo de 2006 [RJ 2006, 5290] , entre otras); y c) El art. 3º del Protocolo de 1968 (RCL 1984, 430) , en la redacción que introduce en el art. 4 bis 2, se refiere a la acción por responsabilidad contractual o extracontractual entablada contra un encargado del porteador -que no fuera contratista por su cuenta- diciendo que «dicho encargado podrá acogerse a las exoneraciones y limitaciones de responsabilidad que el porteador pudiere invocar en virtud del convenio». (...) Los notables obstáculos que, ciertamente, pueden oponerse a la doctrina en cuestión radican en la dificultad que comporta la identificación del consignatario como representante del naviero - explicadas en la STS de 22 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2315) - atendiendo a la realidad económica actual, y, en relación con ella, desde la perspectiva jurídico-formal, a la procedencia de encuadrar la relación jurídica que vincula al consignatario con el porteador en el contrato de comisión (de acuerdo con una prolongada línea jurisprudencial, de la que son expresión, además de las ya citadas, las SSTS de 8 de octubre de 1966 [RJ 1966, 4396] , 27 de junio de 1991 [RJ 1991, 4632] y 8 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3781]) o en el de agencia, que sólo determinan la responsabilidad del consignatario cuando actúa en

13.2.2.2.3 Obligaciones del cargador

A pesar de que las normas legales guardan silencio en lo que a las obligaciones de esta parte se refiere, de la definición y naturaleza del contrato de transporte se pueden deducir las obligaciones del cargador. La más evidente y representativa es el pago del flete o precio convenido. El importe de dicho flete suele calcularse en función del peso o volumen de las mercancías, salvo en el caso de los contenedores, en los que se fija en base al tipo de contenedor, convertido en la unidad de transporte. Generalmente, el flete se paga por anticipado.

La segunda obligación consiste en que el cargador debe entregar las mercancías y colaborar con el porteador en dicha entrega³⁹⁶, que se realizará al costado o a bordo del buque, a no ser que el conocimiento diga otra cosa, y en la retirada de las mismas cuando éstas llegan al puerto de destino, aunque según las circunstancias esa retirada puede hacerla una persona distinta del cargador, como puede ser en ocasiones destinatario o el consignatario o agente del cargador. La entrega de las mercancías por el cargador al porteador es un presupuesto esencial para la ejecución del transporte por parte de éste. En virtud de esa entrega, además, nace la obligación de custodia de las mercancías por parte del porteador, la cual es fundamental en el contrato de transporte.

A pesar de ello, en el caso de la venta FOB, al ser el comprador el que contrata el transporte y el que asume la posición de cargador, a este le resultará imposible hacer la entrega, dado que hasta que la mercancía no se encuentre a bordo del buque no tendrá ni la propiedad ni la posesión (aunque sea mediata, a través del porteador contratado por él) de las mercancías. La entrega deberá realizarla el vendedor, entregando la cosa objeto de compraventa al porteador contratado por el comprador. En este caso las circunstancias de la entrega difieren de lo habitual, que sería que el cargador realizara la entrega. Esta peculiaridad deberá constar en el conocimiento de embarque. Por último, mencionar que en

nombre propio, supuesto en que resulta aplicable el art. 246 CCom (LEG 1885, 21) o el art. 1 LCA (RCL 1992, 1216) , siempre, especialmente respecto de este último, que no se reconozca la existencia de una regulación especial de la actuación del consignatario en los arts. 586 CCom y 3 LTM (RCL 1949, 1500)", para posteriormente concluir de manera pretendidamente clarificadora con la afirmación de que "A efectos de unificación jurisprudencial, se fija como doctrina que la responsabilidad atribuida al representante del porteador que actúa en nombre de éste, según resulta de los arts. 586 CCom y 3 LTM, es aplicable al consignatario, en cuanto representante de aquél, en relación con la mercancía transportada. Es una responsabilidad legal y directa que legitima al titular de la mercancía dañada, con independencia de la relación interna entre representante y representado, y de su carácter ocasional o permanente."

³⁹⁶ Dado que es el porteador el que ha de trasladar la cosa, surge como una condición necesaria la entrega de las mercancías por parte del cargador al porteador, el cual una vez recibidas adquiere su posesión. Dado que el porteador debe transportar la cosa que ha recibido hasta el lugar de entrega y devolverla en las mismas condiciones en que la recibió, esa entrega por parte del cargador al porteador conlleva que éste deba custodiar la mercancía durante el transporte. El porteador, al asumir el riesgo de trasladar la cosa al lugar pactado y en las condiciones recibidas, se compromete a realizar una obra que implica la superación de las dificultades que puedan oponerse a ello. Por ello, teniendo en cuenta que el acreedor del transporte o cargador se encuentra privado de la posesión directa de la mercancía transportada y al carecer, por tanto, de la posibilidad de preservarla de las eventuales causas de hipotéticos daños, corresponde entonces al porteador desarrollar una actividad de custodia, lo cual es coherente con la obligación que éste asume de entregar la mercancía en las mismas condiciones en que la recibió. Al respecto, véase SÁNCHEZ CALERO, Fernando, op. cit., pág. 109.

los casos en que el incoterm en cuestión designe al vendedor como el obligado a contratar el transporte, entonces sí que será el cargador el que efectúe la entrega de las mercancías.

CAPÍTULO 14

Contrato de seguro

14.1 Antecedentes

El seguro surge como necesidad de dar cobertura a determinados sucesos de carácter perjudicial e incierto, los cuales nacen del mar y de la aventura marítima³⁹⁷. Es una afirmación pacífica que el seguro marítimo es el más antiguo, no siendo dudoso que las primeras manifestaciones del seguro a prima fija cubrieron riesgos marítimos. También es conocido que fueron los numerosos y graves peligros de la navegación, junto con el valor de los buques y las mercancías, los dieron origen de manera muy temprana a instituciones jurídicas como el seguro marítimo y a otras afines, como el préstamo de la gruesa³⁹⁸.

³⁹⁷ En opinión de HILL PRADOS, el seguro marítimo es una institución sin la cual el comercio y la aventura marítimas son prácticamente inconcebibles. Es más, puede que de no existir el seguro, la propiedad de los buques y su explotación fueran palabras vacías. Viendo los valores puestos en riesgo por los participantes en una expedición marítima y de la frecuencia, así como de la gravedad de los riesgos del mar, el riesgo sigue siendo el elemento esencial del contrato de seguro. La industria naviera y las exportaciones por mar se verían irremediablemente mermadas si los interesados se sintiesen amenazados, sin compensación, por la pérdida del buque y de su cargamento. Son cuantiosos los intereses ligados a toda expedición marítima (el valor del buque y el valor del cargamento), y si el riesgo es una contingencia natural en toda industria, lo es en la comercial mucho más que en cualquier otra. De ahí que naciese la institución del seguro, que si bien no suprime los riesgos, porque ello es imposible, atenúa los daños que puedan resultar del accidente, repartiéndolos de una u otra forma. Así pues, en todos los tiempos se ha podido apreciar claramente que el comerciante (protagonista o sujeto de la aventura marítima) iría casi con toda seguridad a la ruina si debiera correr con todos los riesgos del mar y los considerables intereses ligados a la expedición. Esta constante evidencia llevó a los pueblos antiguos que practicaban el comercio marítimo a inventar el seguro como medio de procurarse una seguridad indispensable para el desarrollo del comercio. Por otra parte, también resulta interesante la relación que establece la autora entre los contratos de seguro y de fletamento. Según ella, el Derecho Marítimo nace y se desarrolla en torno a un contrato sin el cual carecería de razón de ser: el de transporte por mar. El fletamento, en su más amplio sentido, como acto jurídico central. De ahí el estrecho lazo que une el fletamento y el seguro. Ambos se encuentran estrechamente ligados, tanto desde el punto de vista de su objeto como de su funcionamiento. Ambos contratos forman en el ámbito de las instituciones el punto central alrededor del cual se desarrolla el Derecho Marítimo. Y digo que es interesante porque, en cierta medida, se corresponde con lo que hemos venido defendiendo hasta ahora: el comercio como principal motor del Derecho Marítimo, cuya máxima expresión jurídica es el contrato de compraventa; el contrato de transporte, para permitir la entrega de la cosa que se vende cuando vendedor y comprador se encuentran en lugares distantes; y el contrato de seguro, que aporta un cierto grado de seguridad necesaria para que las personas se atrevan a emprender la aventura marítima. No deja de resultar llamativo que el eje de los Incoterms gire en torno a la compraventa y que, asimismo, se haga referencia a los contratos de transporte y seguro como obligaciones de las partes para que esa compraventa se pueda hacer efectiva. Es como si en los Incoterms se concentrasen las más importantes instituciones del Derecho Marítimo. Al respecto, véase HILL PRADOS, M^a Concepción, *“Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del Seguro Marítimo”*, J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, págs. 21 y 22.

³⁹⁸ La diferencia entre ambas instituciones, según el Profesor ARROYO, radica en el carácter condicional de la prestación en el préstamo a la gruesa, en el sentido que la indemnización quedaba sometida a la contingencia de la pérdida del buque, de manera que tanto el reembolso de la suma prestada como el premio convenido dependían de la feliz llegada del buque al puerto de destino. En el seguro, por el contrario, no se da tal condición, dado que el tomador está obligado a pagar la prima en todo caso, precisamente porque el asegurador da cobertura frente a un hecho incierto; además, en el seguro la indemnización se efectúa una vez

Podría decirse, pues, que el seguro marítimo es mucho más antiguo que cualquier otro contrato de seguro, y es considerado como un fruto del extraordinario tráfico marítimo que tuvo lugar entre las ciudades del Mediterráneo durante la Edad Media. Generalmente, suele fijarse su origen en cualquiera de las ciudades-estado de la actual Italia, tales como Génova, Pisa o Venecia, en el siglo XIV. Posteriormente, se extendería a las ciudades españolas que gozaban de un tráfico mercantil floreciente, tales como Barcelona y Valencia³⁹⁹.

De forma paralela a nuestras fuentes, también son abundantes los antecedentes históricos del seguro marítimo en los países nórdicos que conformaron la Liga hanseática. Asimismo, merece una especial mención las reuniones informales que tuvieron lugar hacia el 1688 en el café londinense de Eduardo Lloyd, adonde acudían navieros, comerciantes, financieros y aseguradores en busca de noticias sobre aventuras marítimas, y que posteriormente se convertiría en el centro de contratación de seguros marítimos más importante del mundo. El Lloyd's de Londres sigue siendo en la actualidad el centro asegurador por excelencia, y un punto de referencia en todo lo que respecta al ámbito del seguro marítimo.

14.2 Concepto y objeto: el interés asegurable

El contrato de seguro marítimo es una relación contractual que se integra dentro del cuadro más general de los contratos de seguro de intereses o contra daños⁴⁰⁰. Consiste en que una

producido el siniestro, mientras que en el préstamo a la gruesa el prestamista entrega el capital al propietario del buque o de la mercancía anticipadamente, obligándose éstos a devolver el préstamo si no se produce el siniestro (feliz arribo al puerto de destino). Los intereses de los usurarios y el recelo eclesiástico frente a actividades lucrativas fueron factores que influyeron en el progresivo abandono del préstamo a la gruesa y su paulatina sustitución por el seguro. La prima del seguro vino a sustituir la prohibición canónica de la usura y a convertir el riesgo en un elemento del contrato. Al respecto, véase ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, “*Curso de Derecho Marítimo*”, ed. Thomson Civitas, España, 2005, pág. 601.

³⁹⁹ En opinión de Rodríguez CARRIÓN, José Luis, puede afirmarse que, en relación a su origen, el criterio más acertado consiste en atribuir a Italia la paternidad de la práctica del seguro marítimo, y a España la prioridad en la codificación de las leyes que lo regulan. A título ilustrativo, también resulta interesante reproducir la evolución del seguro marítimo en España que el autor hace a través de las expresiones más relevantes de su codificación, lo cual queda reflejado en la siguiente relación: Siglo XV: *Ordenanzas de Barcelona, de 1435, 1458 y 1484; Privilegio Valenciano de Fernando II, de 1493*. Siglo XVI: *Declaración de Póliza de Seguros de Burgos, de 1514; Ordenanzas de Bilbao, de 1520; Ordenanzas de los seguros marítimos, que formaron el Prior y Cónsules de la Universidad de mercaderes de Burgos, de 1537; Formulario de Contrato de Seguro Marítimo de Burgos, de 1546; Ordenanzas de Carlos V y de Felipe II, para los Países Bajos, d 1549, 1563 y 1570; Ordenanzas de Sevilla, de 1556, y Pólizas de Ida y Vuelta; Ordenanzas de Bilbao, d 1560, y Ordenanzas de Burgos, de 1572*. Siglo XVII: *Ordenanzas de la Casa de Contratación de San Sebastián, de 1682*. Siglo XVIII: *Póliza Gaditana de Buques, de Cádiz a Veracruz, de 1732; Ordenanzas de Bilbao, de 173, con la Primera Póliza de Mercancías y Segunda Póliza de Navíos; Póliza Barcelonesa, de 1786*. Siglo XIX: *Ordenanzas de San Sebastián, de 1814; Ordenanzas de Málaga, de 1824; Códigos de Comercio de 1829 y 1885 y, limitadamente, Código Civil de 1889*. Siglo XX: *Ley de Contrato de Seguro de 1980 y el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro*. Al respecto, ver GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, (coord.), “*Tratado de Derecho Mercantil*”, vol. 5, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 23 a 25.

⁴⁰⁰ La Ley nº 50/1980, de 8 de octubre de contrato de seguro define este contrato en su artículo 1 de la siguiente manera: “El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones

de las partes, el asegurador, se obligue mediante el pago de una prima a indemnizar a la otra parte, el asegurado, dentro del marco de las condiciones pactadas⁴⁰¹, los daños o perjuicios que pueda sufrir por un acontecimiento futuro e incierto que afecte algún interés como consecuencia de un riesgo marítimo. El objeto del contrato no es el bien que está expuesto a los riesgos marítimos, sino el interés que el asegurado tiene sobre ese bien⁴⁰².

convenidas.” En opinión del Profesor EMBID IRUJO, José Miguel, todo estudio sobre el contrato de seguro debe iniciarse, necesariamente, destacando la utilidad de la institución como técnica de cobertura patrimonial frente a los numerosísimos riesgos que acechan a las personas y a sus bienes. El contrato de seguro se erige pues como uno de los instrumentos más depurados para compensar las consecuencias lesivas derivadas de la actualización de tales riesgos o, en otras palabras, de la producción del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. A diferencia de lo que ocurre con otras fórmulas de previsión, como puede ser el ahorro, las cuales, en última instancia arrojan sobre el patrimonio del sujeto afectado por la producción de dicho evento las consecuencias dañosas que de éste se deriven, el seguro se caracteriza por desplazar o transferir el riesgo, total o parcialmente, hacia otro sujeto merced a la conclusión del oportuno contrato. Es esta visión “individual” del seguro, como desplazamiento a un tercero del singular riesgo al que está expuesto un determinado sujeto, es lo que permite comprender la caracterización básica del contrato, y sólo así se cumple con plenitud la idea de aleatoriedad que se predica de tal contrato como un dato esencial o distintivo del mismo. Aún así, esta visión individual no puede ocultar que el funcionamiento del seguro, como institución, sólo resulta posible por la existencia simultánea de un conjunto de personas expuestas a los mismos riesgos. Al respecto, véase BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J., OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coordinadores), “*Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 49 y 50.

⁴⁰¹ Es importante remarcar que existen dos tipos de condiciones en lo que respecta al contrato de seguro: las condiciones generales y las particulares. Por condiciones generales deben entenderse aquellas cláusulas o conjunto de cláusulas contractuales que suelen estar impresas, que son idénticas para todos los contratos de un ramo o modalidad, y que contienen las reglas fundamentales aplicables a la modalidad de que se trate, aunque predispuestas e impuestas unilateralmente por una de las partes, en este caso la entidad aseguradora. Su nota definitoria es que en la redacción de estas condiciones no interviene en modo alguno y bajo ningún concepto el asegurado. Por otra parte, también están las condiciones particulares, que son aquellas que normalmente se reproducen mecanográficamente, y en algunos casos incluso manuscritamente, y que cumplen la misión fundamental de individualizar el contrato, por lo que no están preparadas con un carácter genérico, sino que son redactadas para el seguro concreto y las circunstancias específicas de ese contrato de seguro de común acuerdo entre el asegurador y el asegurado. Su finalidad esencial es pues regular elementos personales o especiales del contrato. La posición de estas condiciones particulares frente a las generales es de absoluta primacía, en tanto que las generales están redactadas previamente por la entidad aseguradora, y las particulares, en las ocasiones en que alteran o modifican alguna de las generales, demuestran que en realidad ha habido un sometimiento al resto de las propuestas por la aseguradora y una supresión de la modificada. Al respecto, véase VEIGA COPO, Abel B., “*Condiciones en el contrato de seguro*”, ed. Comares, Granada, 2005, págs. 65 a 69.

⁴⁰² En opinión de GONZALEZ LEBRERO, el objeto del contrato de seguro en general, y desde luego del marítimo, no es el bien asegurado, sino el interés que respecto de él debe necesariamente tener el asegurado. Dicho interés asegurable debe existir como condición de la existencia misma del contrato, ya que de lo contrario nos hallaríamos ante alguna forma de juego o apuesta, mientras que el contrato de seguro es siempre un contrato de indemnización. Por otra parte, el autor define el interés asegurable como la relación existente entre el asegurado y el bien cuyos riesgos se aseguran, de manera que aquel sufra un perjuicio si el bien se pierde o sufre una avería, o resulte comprometida su responsabilidad de alguna manera en conexión con él, u obtenga algún beneficio con su preservación o llegada a destino. Normalmente no hay un interés asegurable único, o lo que es lo mismo, que varias personas pueden tener tal interés sobre el mismo bien, sin que unos y otras entren en conflicto. Por ejemplo, el propietario de las mercancías transportadas en un buque tiene interés en que su carga llegue a destino, y al mismo tiempo, el transportista tiene interés en proteger su responsabilidad como tal frente al titular de dichas mercancías. También hay que añadir que el interés asegurable puede no existir cuando se formaliza el contrato, dado que, por poner un ejemplo, los comerciantes, importadores o exportadores de mercancías tienden a cubrir con anticipación sus operaciones comerciales futuras; por ello no resulta imprescindible cuando se lleva a cabo la contratación del seguro, siempre que éste se haya hecho bajo la condición de que el asegurado llegará a tener con posterioridad un

El interés asegurable supone una relación económica y debe ser lícito⁴⁰³. En caso de no existir este interés en el momento de producirse el siniestro o que éste no sea legítimo, el contrato sería nulo⁴⁰⁴. Este segundo aspecto resulta a veces difícil de precisar debido a los conceptos tan subjetivos y variables en materia de moral y orden público. Algunos intereses, como pueden ser el tráfico de drogas, generalmente estarían aceptados ilegítimos, otros varían según las épocas y los países.

Así pues, este tipo de contratos de seguro se utiliza para que mediante el cobro de una prima el asegurador resulte obligado a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, en el caso de se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. La esencial función indemnizatoria de los contratos de seguro hace que sea necesario determinar cuál es la realidad económica, integrada en el patrimonio del asegurado, que puede resultar dañada por el siniestro, y cuyo valor, de encontrarse cubierta

interés en la cosa asegurada. Sin embargo, sí debe existir a partir del mismo momento en que corren los riesgos, pero particularmente al tiempo de ocurrir el siniestro. Así pues, el interés asegurable supone una relación económica y debe ser lícito. Si no existiera interés asegurable o éste no fuera legítimo, el contrato sería nulo. Al respecto, véase GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo A., op. cit., págs. 653 y 654.

⁴⁰³ La moderna teoría jurídica del seguro ha ido depurando de manera progresiva la exacta determinación de cuál es el objeto del contrato de seguro, poniendo de manifiesto que dicho objeto no lo constituyen las cosas mismas sobre las que aparentemente recae (y que en términos coloquiales y por motivos de utilidad práctica se consideran objeto del contrato, como el buque, las mercancías, el flete, etc.), sino más bien el interés que una persona ostenta sobre esas cosas. Se entiende por interés la relación de contenido económico que media entre una persona y una cosa y en fuerza de la cual sufre un perjuicio en caso de daño en la cosa. El punto esencial de tal relación es su contenido o valoración económica: aunque normalmente tenga una plasmación jurídica (propiedad, posesión, obligación de custodia, etc.), el dato crucial no se encuentra en su carácter jurídico, sino económico valuable. Para ser asegurable, el interés debe reunir varias notas características: en primer lugar, debe tener un contenido económico valorable en dinero, y en segundo lugar, tratarse de un interés legítimo, o lo que es lo mismo, jurídicamente reconocido como digno de protección en atención a su causa. Véase RUIZ SOROA, José María, ARRANZ DE DIEGO, Ángel y ZABALETA SARASUA, Santiago, *“Manual de Derecho del Seguro Marítimo”*, editado por el Gobierno Vasco, Vitoria, 1993, págs. 51 a 53.

⁴⁰⁴ Al respecto, resulta interesante lo establecido por el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 224/2006 de 18 octubre AC 2007\1046: “Así mismo, para la resolución del litigio resulta de gran trascendencia el problema del interés asegurado. Se parte de la base de que el objeto del contrato de seguro marítimo no lo constituye el buque, las mercancías, el flete, el beneficio esperado, etc., sino el interés que una persona pueda tener sobre los mismos; de modo tal que lo que se asegura es el interés que se tiene sobre la cosa y no la cosa en sí (sobre este particular, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 10253]). A su vez, el asegurado ha de tener, interés asegurable”, entendiéndose por tal una relación jurídica entre dicho asegurado y el bien objeto del seguro. En relación con lo cual, ha de determinarse en qué momento ha de tenerse la titularidad del interés asegurable, puesto que ello será determinante para la percepción o no de la indemnización por parte del asegurador. Aunque el artículo 25 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295) (sólo aplicable supletoriamente) expresa que el contrato de seguro será nulo si al momento de su conclusión no existía un interés asegurable, sin embargo, la doctrina considera que dicha previsión no es directamente aplicable a los seguros marítimos, sino que en línea con lo previsto en la Cláusula 11.1 del Instituto de Aseguradores de Londres, de 1982, para cargamentos, se difiere la exigibilidad del interés asegurable al momento de ocurrir el siniestro. Es decir, no sería necesario que existiera el interés asegurado en el momento de firmar el contrato, sino que el que será preciso es que el asegurado tenga interés en la cosa en el momento de producirse el siniestro; recayendo sobre el asegurado la carga de la prueba de la existencia del interés asegurable (téngase presente que las normas sobre carga de la prueba en las pólizas flotantes o de abono que contiene el artículo 741.2 del Código de Comercio [LEG 1885, 21] son de derecho necesario, y por tanto indisponibles por las partes).”

por un contrato de seguro, la aseguradora deberá restituir el patrimonio del asegurado. Es lo que llamamos interés.

De este modo, podemos definir el interés como la relación susceptible de ser dañada por la realización del riesgo, realización que implica la conversión del riesgo en siniestro⁴⁰⁵.

Pueden ser objeto de intereses asegurables diversos elementos materiales sometidos a los riesgos marítimos. El artículo 743 del Código de Comercio contiene una enumeración, a modo de ejemplo, de ellos, aunque de marcado arcaísmo: el casco del buque, su aparejo, máquina, pertrechos, víveres y combustible, cantidades prestadas a la gruesa ventura, los fletes y beneficios esperados y, en general, todos los objetos comerciales valuosos sujetos al riesgo de la navegación.

Varias personas pueden tener un interés asegurable, pudiendo por consiguiente contratar seguros marítimos⁴⁰⁶: los propietarios de los buques y los de las mercancías, los acreedores hipotecarios del propietario del buque y los acreedores prendarios de las mercancías, el transportista respecto de las mercancías cuya custodia ha asumido, etc.

El seguro del interés que se posea en el buque (generalmente el de su propiedad) es el denominado en la práctica “seguro de cascos” (Hull Insurance, en inglés).

Respecto del buque (*hull interests*), tiene un interés asegurable su propietario, y en caso de tratarse de copropietarios, también lo tienen cada uno de éstos en proporción a sus respectivas participaciones en el valor del buque. El acreedor hipotecario tiene un interés asegurable sobre el buque hasta la cantidad del capital prestado que ha quedado garantizado con hipoteca naval, más los intereses y las demás sumas previstas en el contrato de préstamo. También tiene tal interés asegurable el arrendador a casco desnudo de un buque (*bare-boat charterer*) en la medida en que sea responsable de la pérdida del buque o de los daños que sufra éste.

Conviene puntualizar que, puesto que nos estamos refiriendo a buques, también es relevante aquí la noción de buque, la cual viene expresada en el artículo 745 del Código de Comercio: “*Si se expresare genéricamente en la póliza que el seguro se hacía sobre el buque, se entenderán comprendidos en él las máquinas, aparejo, pertrechos, y cuanto esté adscrito al buque; pero no su cargamento, aunque pertenezca al mismo naviero*”.

⁴⁰⁵ A este concepto, un tanto difuso, que en la tradición jurídica del contrato de seguro se denomina interés, hace referencia el art. 25 de la Ley de Contrato de Seguro, exigiendo su necesidad en el momento de la conclusión y conectándolo con lo dispuesto en el art. 4. En dicho artículo se establece la nulidad del contrato de seguro, salvo en los casos previstos en la ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o si ya había ocurrido el siniestro.

⁴⁰⁶ Precisamente, debido a la circunstancia de que el objeto del seguro sea el interés y no la cosa misma, es por lo que caben distintos seguros sobre una misma cosa efectuados por titulares diversos intereses en relación a ella, sin por ello entrar en el campo prohibido del doble o múltiple seguro. De este modo, el buque puede asegurarlo su propietario, pero también simultáneamente el acreedor que cuenta con él como garantía de su crédito, el astillero en cuya posesión se encuentra para reparación, etc. Y ello no supone un cúmulo de seguros prohibido, pues el objeto real de cada uno de ellos es diverso. Al respecto, véase RUIZ SOROA, José María, ARRANZ DE DIEGO, Ángel y ZABALETA SARASUA, Santiago, op. cit., pág. 52.

Es importante subrayar que en la práctica aseguradora se utiliza un concepto de buque muy amplio, que abarca prácticamente todos los artefactos flotantes, con independencia de su capacidad de dirección y desplazamiento propio. De este modo, podemos encontrarnos con pólizas de cascos que cubren tanto las embarcaciones de transporte, pesca o deporte como los artefactos flotantes adscritos a la industria marítima, como dragas, pontonas, gabarras o grúas flotantes, e incluso las plataformas móviles para la exploración o explotación de los fondos marinos. De todas formas, los Incoterms, cuando establecen obligaciones de seguro para una de las partes, se refieren al seguro de la carga, no al seguro del buque.

Respecto de la carga (*cargo interests*), detenta un interés asegurable el propietario de las mercancías mientras conserve la titularidad de tal derecho sobre ellas; el propietario vendedor de las mercancías deja de tener ese interés a partir del instante en que dicha titularidad pasa al comprador, quien se convierte en el propietario de las mismas.

El contrato de seguro que surge de los Incoterms se refiere fundamentalmente al seguro de la carga. El seguro, en estos casos, sirve para complementar, para aportar más seguridad a un contrato de compraventa, aunque siempre conservando su autonomía contractual. Puede concertarse un seguro sobre la carga en cualquier incoterm si las partes así lo desean, pero existen casos en los que es el propio término en cuestión el que impone la obligación de concertar el seguro. Nos referimos a los términos CIF⁴⁰⁷ y CIP, concretamente en el punto A.3.b de ambos. En ambos puntos se establece que el vendedor está obligado a obtener, a sus propias expensas, un seguro de la carga que faculte al comprador, o a cualquier otra persona que tenga un interés asegurable sobre la mercancía, para reclamar directamente al asegurador, y proporcionar al comprador la póliza de seguro u otra prueba de la cobertura del seguro⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Resulta particularmente importante que las mercancías que se envíen bajo un término c.i.f. se encuentren cubiertas por un seguro de pérdidas, y que la póliza de seguro o documento equivalente debe ser ofrecida por el vendedor al comprador como uno de los documentos de embarque. Es en virtud de este documento de seguro que el comprador, en caso de que las mercancías resulten perdidas o dañadas, tiene derecho a recuperar el valor de su pérdida de los subscriptores. Es el deber del vendedor procurar dicha cobertura de seguro, como se requiere expresamente en el contrato de compraventa y ofrecer al comprador el documento de dicho seguro, tal como manda el contrato. En la ausencia de cualquier previsión especial en el contrato de compraventa, el deber de un vendedor bajo un término c.i.f., en lo relativo al seguro, es efectuar a su propio coste una póliza válida de seguro marítimo con aseguradores honrados en beneficio del comprador, cubriendo el viaje contemplado en el contrato, en las condiciones habituales en el comercio, y por una suma que represente de manera razonable el valor de las mercancías. Habiendo procurado tal seguro, es el deber del vendedor ofrecer al comprador una póliza de seguro respecto a las mercancías. Al respect, véase THOMPSON, Dennis C., “*Kennedy’s C.I.F. Contracts*”, ed. Stevens & Sons Limited, 3ª edición, Londres, 1959, págs. 74 y 75.

⁴⁰⁸ Al respecto, cabe puntualizar que el seguro debe cubrir la totalidad del transporte marítimo, o lo que es lo mismo, desde la puesta a bordo de las mercancías hasta su desembarque en el puerto de destino. Ello se desprende no sólo de la consideración del contenido peculiar del seguro marítimo, sino también de finalidad propia de la obligación de asegurar en el caso de la venta CIF. Los riesgos se transmiten al comprador desde el momento del embarque de la mercancía, pero a condición de que desde ese momento aquellos riesgos se encuentren cubiertos, en mayor o en menor medida, por una póliza de seguro. En la práctica, el seguro marítimo generalmente extiende su radio de acción a algunos riesgos terrestres, especialmente a los que se originan durante las operaciones de carga y descarga, comprendiendo incluso los que puedan tener lugar mientras las mercancías permanecen en los muelles o almacenasen espera de su embarque o entrega al consignatario después de ser desembarcadas. La contratación del seguro en estos términos no resulta obligatoria para el vendedor, aunque resulta conveniente para cubrir los riesgos a los que está expuesta la

Como podemos ver, estos términos establecen la obligación del vendedor de contratar un seguro a favor del comprador o, de una forma genérica, de cualquier persona que tenga un interés asegurable sobre la carga. Como hemos dicho antes, el interés asegurable sobre la carga lo ostenta el propietario. La razón de ser del contrato de compraventa es la transmisión del derecho de propiedad, del vendedor al comprador. En los casos en los que el incoterm en cuestión no establezca la obligación de una de las partes de concertar un seguro, para determinar quien tiene un interés asegurable y, por tanto, puede contratar ese seguro, será necesario determinar quién es el titular del derecho de propiedad sobre la carga. Como hemos visto, el traspaso del derecho de propiedad depende de lo que establezca el derecho nacional en cada caso concreto, puesto que no es objeto de regulación en los Incoterms. En el caso de España, habrá que atenerse a la teoría del título y el modo, que establece que, además de la necesidad de acuerdo de las partes sobre la traslación de dominio materializado en un contrato, es preciso que también se produzca la entrega de la cosa objeto de compraventa para que se transmita la propiedad. Y el momento y la forma en que se produzca esa entrega dependerá del incoterm de que se trate.

En el caso de la venta FOB, ninguna de las partes está obligada a contratar un seguro, aunque es muy frecuente que la mercancía se asegure. Como ya mencionamos en páginas anteriores, normalmente será el comprador el que se encargue de contratar el seguro en el caso de las ventas FOB. Esto es así porque, al ser él quien contrata el transporte marítimo, es la parte que soporta un mayor riesgo de pérdida de la mercancía. Al vendedor no le resulta muy rentable contratar un seguro sólo para llevar la mercancía hasta el puerto y depositarla en el buque contratado por el comprador (aunque no hay norma que se lo impida si desea hacerlo). Mientras, al comprador, que sufre el riesgo de pérdida o deterioro desde que la carga se encuentra a bordo del buque, aún le queda un largo viaje por mar hasta que la mercancía llegue a su destino, por lo que es la parte más interesada en contratar un seguro para dicha carga⁴⁰⁹.

14.3 Riesgo

Los aseguradores marítimos, después de todo, son operadores financieros que reciben fondos de una serie de personas, los administran y, llegado el caso, los distribuyen. A pesar de ello, en esta operación se introduce un elemento novedoso con respecto a otros operadores, y que es una noción fundamental en el seguro: el riesgo.

El riesgo es un hecho que puede producirse u ocurrir, pero cuya producción u ocurrencia no es segura, aunque sí posible o probable. Es la posibilidad de que se produzca un evento o

mercancía hasta el desplazamiento de los mismos al comprador en el momento de la puesta a bordo. Al respecto, véase MENÉNDEZ, Aurelio, “*La venta C.I.F.*”, ed. Edersa, Madrid, 1955, págs. 144 y 145.

⁴⁰⁹ Dado que el comprador soporta el riesgo de destrucción de las mercancías (desde el momento de entrega f.o.b.), éste normalmente buscará protegerse contra su pérdida o daño por vía del seguro. Normalmente este seguro cubrirá - aparte del precio del contrato - el cargamento y un margen de beneficio, así como la prima del seguro. Frecuentemente se prevén otros peligros aparte de los marítimos (guerras, embargos, huelgas, etc.) que las mercancías pueden padecer en su viaje por mar. Sin embargo, a menos que se acuerde lo contrario, el comprador no puede verse sometido a ninguna obligación legal de procurar tal cobertura. Véase SASSOON, David M., “*C.I.F. and F.O.B. Contracts*”, ed. Sweet and Maxwell, Londres, 1995, 4ª edición, pág. 511.

suceso que genere un daño o provoque una necesidad, la cual cosa conlleva la lesión de un interés⁴¹⁰. Se trata de un hecho aleatorio, una característica de la que se desprenden una serie de notas propias del contrato de seguro, como son la incertidumbre, la inquietud y el deseo de seguridad.

En su sentido jurídico más extendido, el riesgo constituye un evento incierto que modifica una situación preexistente, ya sea de manera favorable o desfavorable. Aún así, en el Derecho del seguro, el riesgo suele consistir en la posibilidad de que se produzca un evento desfavorable. Esa “incertidumbre” es, además, indispensable para que el contrato de seguro sea válido⁴¹¹.

Por otra parte, es importante distinguir el “riesgo” del “siniestro” y del “daño”, dado que esos conceptos acostumbran a usarse en un sentido análogo, la cual cosa no es muy correcta.

El siniestro consiste en la realización del evento o suceso que provoca el daño o la necesidad, y contra los cuales se busca protección en mediante el contrato de seguro, dado que esa es precisamente su finalidad; prevenir o reparar las consecuencias patrimoniales desfavorables, o las necesidades que un riesgo desencadena. El riesgo y el siniestro se encuentran unidos por una relación de causa y efecto. El siniestro es, en definitiva, el riesgo producido o la materialización del riesgo, la cual cosa no debe confundirse con el daño. El siniestro es la materialización de un evento que genera un daño. El daño es una consecuencia creada por la realización del siniestro.

⁴¹⁰ En efecto, el riesgo es el elemento central del fenómeno asegurativo, y se encuentra presente en todos los aspectos técnicos, estructurales y funcionales del seguro, dado que, por un lado, es el presupuesto fundamental del contrato, y por el otro, es un elemento especialmente relevante en cuanto al objeto y en cuanto a la causa del contrato de seguro. Del mismo modo, también es el elemento determinante de las prestaciones de las partes, pues sirve para fijar la obligación principal del asegurado (pago de la prima), así como condiciona también la fundamental del asegurador (pago de la indemnización). Por último, determina la naturaleza del contrato al calificarlo de aleatorio, así como al prestarle sus características esenciales.

⁴¹¹ Como ya hemos mencionado antes, el artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro establece la nulidad de este contrato en caso de que en el momento de su conclusión no existiese riesgo o hubiera ocurrido el siniestro. El riesgo es el elemento esencial, y a la vez causal, del contrato de seguro. Aún así, la fórmula legal que determina su nulidad en caso de no existir aquel, debe interpretarse de manera cuidadosa. Resultaría exagerado afirmar que la inexistencia del riesgo en el momento temporal de la conclusión del contrato de seguro conllevaría de modo inexorable su nulidad. Hay que distinguir la duración formal del contrato, que se inicia con su conclusión, de su duración esencial, que se postula a partir del momento en que se producen sus efectos. Así como las partes, en el legítimo uso de su autonomía contractual, pueden acordar que el riesgo se entienda iniciado con posterioridad a la conclusión del contrato, también existen seguros para los cuales la constatación de la existencia del riesgo únicamente resulta posible si se produce una real exposición al mismo. Por poner un ejemplo, la conclusión de un contrato de seguro de transporte de mercancías no supone una efectiva exposición al riesgo si no se da comienzo a la actividad de transporte de mercancías; entender que, de lo contrario, no existe el riesgo y es nulo el contrato de seguro concluido constituiría una afirmación incongruente. Por otra parte, el contrato de seguro también es nulo cuando ya se ha producido el siniestro. Esto se debe a que la producción del siniestro hace desaparecer el riesgo, la incertidumbre, la aleatoriedad necesarios en este contrato y cancela toda posibilidad de que una entidad aseguradora cubra un riesgo, dado que éste ya no existe. La producción del siniestro excluye pues la existencia misma del riesgo. Al respecto, véase el capítulo que EMBID IRUJO, José Miguel, le dedica a este asunto en BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J., OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coordinadores), op. cit., págs. 87 a 89.

La presencia del riesgo es indispensable para la existencia de la aleatoriedad propia del contrato de seguro, y la del interés para la posibilidad de llegar a ser indemnizado, esto es repuesto en el valor que ha podido resultar afectado por la conversión del riesgo en siniestro.

Así pues, nos encontramos con que uno de los elementos que determina con mayor claridad la naturaleza del contrato de seguro es el azar. En cierto sentido, los contratos de seguro guardan ciertas similitudes con los juegos de apuestas: el buque llega a su destino o no lo hace, la mercancía se pierde o llega intacta, blanco o negro, pares o impares. Ese concepto de azar sigue estando presente en la actividad aseguradora, aunque el contrato de seguro marítimo, el primero de los contratos de seguro, que nace y se desarrolla por ser el negocio marítimo internacional la primera fuente de acumulación de capital, cobra cuerpo cuando el compromiso asegurativo toma en consideración el valor efectivo del bien “a riesgo” y el azar comienza a ser calculable y calculado.

Lo que diferencia al contrato de seguro marítimo de los contratos de seguro ordinarios son los riesgos asegurados⁴¹², que están formados por los riesgos del mar (que el derecho anglosajón identifica como *perils of sea*), aunque también por otros riesgos que sin acaecer a causa del mar tienen lugar “sobre el mar” (incendios, derrames, hechos de guerra, etc.) o incluso en tierra (daños a las mercancías en los casos de contratos de transporte acordados con las condiciones *door-to-door* (puerta a puerta) o *warehouse-to-warehouse* (depósito a depósito)⁴¹³. Desde una perspectiva finalista, podemos decir que el propósito del contrato

⁴¹² Así pues, dentro del grupo de los seguros con función indemnizatoria o seguros de daños, la especialidad del seguro marítimo deriva de los riesgos específicos a los que hace referencia la cobertura. Es decir, que el elemento que individualiza y distingue el seguro marítimo de otros seguros consiste precisamente en el riesgo asegurado; el seguro marítimo cubre una serie de intereses patrimoniales (buque, cargamento, flete, etc.) contra un conjunto de riesgos, la característica principal de los cuales es la de tratarse de riesgos de la navegación marítima, es decir, accidentes que pueden acaecer en el mar (provengan o no del mar) a los bienes en riesgo en una expedición marítima. Por tanto, es correcta la usual definición del contrato de seguro marítimo como aquel por el cual el asegurador se obliga, a cambio de una prima, a indemnizar al asegurado los perjuicios patrimoniales que sufran los intereses asegurados durante una expedición marítima o en los momentos de quietud que, en dependencia directa con ella, la precedan, interrumpen o subsigan. Al respecto, véase RUIZ SOROA, José María, ARRANZ DE DIEGO, Ángel y ZABALETA SARASUA, Santiago, op. cit., págs. 13 y 14.

⁴¹³ Al respecto, véase el fundamento de derecho primero de la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 224/2006 de 18 octubre AC 2007\1046: “Para una correcta inteligencia y comprensión del recurso y de la resolución del mismo, deben hacerse inicialmente una serie de consideraciones sobre el seguro marítimo y los problemas de interpretación y prueba de las pólizas de esta modalidad de seguro. Como regla general, el seguro marítimo cubre los riesgos de los bienes asegurados no sólo durante la navegación, sino que se extiende también a las operaciones terrestres anteriores y posteriores en conexión directa con dicha navegación; lo que en la práctica contractual se denomina, de almacén a almacén (“warehouse to warehouse”). El propio artículo 743 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) , pese a hacer una relación enumerativa de las cosas susceptibles de aseguramiento marítimo, contiene en su número 8º, como cláusula general o de cierre, que extiende el objeto del seguro marítimo a, todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de la navegación, cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada”. De ahí que la doctrina mayoritaria considere que la cobertura proporcionada por el seguro marítimo abarca no sólo la navegación marítima propiamente dicha, sino también los riesgos que se produzcan con ocasión de tal navegación. Así mismo, el artículo 755 del Código de Comercio, al precisar determinados extremos de la obligación indemnizatoria de los aseguradores, presupone que normalmente los riesgos cubiertos por el seguro marítimo se refieren a la mar o a la navegación, pero también contempla algunas causas no directamente relacionadas con el mar o que son

de seguro marítimo consiste en dar seguridad jurídica y económica a la aventura marítima mediante la cobertura de determinados riesgos específicos, y del pago de la correspondiente indemnización en caso de que el acaecimiento de tales riesgos produzca daños y perjuicios patrimoniales en los intereses asegurados⁴¹⁴.

Este contrato es consensual, bilateral, oneroso y aleatorio⁴¹⁵. También se trata de un contrato de buena fe y, aunque es indudable que esta característica existe en todos los regímenes obligacionales, no es menos cierto que en este contrato la presencia del concepto es más rigurosa e impone una actuación leal de ambas partes.

14.4 Marco normativo del contrato de seguro marítimo

En la actualidad existe cierta dispersión normativa y confusión en lo que respecta a la regulación del seguro marítimo y a la jerarquía normativa de esas disposiciones⁴¹⁶. En

debidas a actuaciones humanas. En esa misma línea, la práctica ha consagrado la extensión de la cobertura de los seguros marítimos a operaciones que no forman parte técnicamente de la navegación, pero sin las cuales ésta no se produciría (por ejemplo, las operaciones terrestres de carga y descarga de las mercancías).”

⁴¹⁴ En opinión del profesor ARROYO, los seguros marítimos constituyen una especialidad que se escapa del régimen común del contrato de seguro establecido en la Ley 50/1980. A pesar de que su origen precede al seguro general, el contrato de seguro nace en la actividad marítima, lo cierto es que la evolución posterior hasta nuestros días se ha caracterizado porque los riesgos de la navegación o riesgos de mar exigen una cobertura distinta, en contraposición al seguro terrestre. Por otra parte, aunque el seguro marítimo deba ser encuadrado en la categoría de los seguros de indemnización, lo cierto es que engloba tres modalidades distintas, por lo que puede hablarse varios tipos de seguros marítimos: el seguro de cascos o el de interés sobre el buque, el seguro de facultades o del interés sobre las mercancías y el seguro de protección e indemnización (*P&I insurance*) o seguro de responsabilidad civil del naviero. Al respecto, véase ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, op. cit., págs. 599 y 600.

⁴¹⁵ Véase por ejemplo lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1924 (CL Núm. 73, T. 162 de 1924): “Que con arreglo a las disposiciones de los artículos 737 y siguientes del Código de Comercio, en el contrato comercial bilateral aleatorio de seguro marítimo, por virtud del cual una persona, mediante determinada recompensa, se obliga a correr con el riesgo que por causas fortuitas, consecuencia de accidentes de mar se produzca a cosas que estén expuestas al peligro de la navegación, indemnizando, en su caso, los daños y perjuicios que éstas sufran, pueden comprenderse, tanto el buque como su carga, con tener la póliza correspondiente las condiciones que libremente consignan los interesados y fijarse las excepciones que ellas tengan por conveniente, mencionándolas de manera expresa en dicho documento”. También resulta interesante la sentencia del mismo Tribunal de 24 de abril de 1926 (CL Núm. 149, T. 170 de 1926), que dice: “Considerando que en el contrato de seguro por su naturaleza de aleatorio depende el resultado de la obligación pactada por el asegurador en beneficio del asegurado, para compensar a éste de la que contrae de pagar el precio convenido, de un acontecimiento incierto que constituye el riesgo establecido por las partes; y cuando el seguro es marítimo el acontecimiento incierto, la suerte o azar, características y que dan nombre a la especie de contrato, consiste en algún suceso de los que enumera el artículo 755 del Código de Comercio o cualesquiera otros incidentes o riesgos de la navegación, estipulados por las partes.

⁴¹⁶ Ciertamente, la práctica del seguro marítimo en nuestro país ha sido motivo de una generalizada insatisfacción entre los juristas, tanto si nos referimos al marco legal, como al conjunto de condiciones generales o a las cláusulas que integran el contrato. En opinión de RODRIGUEZ CARRIÓN, el régimen jurídico español que preside el contrato de seguro marítimo sólo puede calificarse de inadecuado y falto de actualidad. Por otra parte, el régimen “pactado” del contrato, o lo que es lo mismo, las condiciones generales que figuran en la póliza, ofrece el inconveniente de estar fundamentado en tal régimen jurídico inadecuado y arcaico, tal es nuestro Código de Comercio. Por último, a ambos se superponen unas condiciones generales foráneas; las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres. Ello da lugar a la superposición de dos tipos de condiciones generales totalmente distintos, y en muchos casos, contrapuestos. Al respecto, véase

primer lugar, los seguros marítimos se encuentran regulados en el Código de Comercio vigente de 1885, y se integran, pues, en el sistema de fuentes del Derecho mercantil (arts. 2º y 50). A pesar de ello, la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro ha planteado el problema de su posible aplicación al seguro marítimo, y, de ser así, en qué medida serían aplicables los preceptos de una ley general a una modalidad tan especial como es la del seguro marítimo. A pesar de que el Tribunal Supremo no termina de establecer una doctrina clara al respecto, la orientación más reciente parece inclinarse por una aplicación restrictiva de la Ley de contrato de seguro, que comprende únicamente las disposiciones de carácter general.

Así pues, nos encontramos con que el sistema de fuentes del contrato de seguro marítimo es pluralista, siendo ordenado por el principio de jerarquía normativa, el cual se encuentra sancionado en los artículos 1 y 6 del Título Preliminar del Código Civil y 2 del Código de Comercio, los cuales, además de enumerar las fuentes del ordenamiento jurídico español, también establecen un orden de prelación entre ellas. Dicho orden de prelación es necesario que quede claramente establecido, dada la existencia de múltiples normas que regulan este contrato, y que permite al juzgador, dentro del sistema de fuentes establecido, obtener la solución para cualquier laguna legal que necesariamente deba colmarse.

A pesar de la aparente claridad de los citados artículos del Código Civil y de Comercio, lo cierto es que la ingente cantidad de normas aplicables al contrato de seguro marítimo hace que no sea tarea fácil establecer su orden de prelación de fuentes. A pesar de ello, creemos que se puede establecer el siguiente orden: 1) Legislación comunitaria; 2) Normas de Derecho necesario del Código de Comercio; 3) Condiciones particulares de la póliza de seguro marítimo; 4) Condiciones generales de la póliza de seguro marítimo; 5) Normas de Derecho dispositivo del Código de Comercio; 6) Extensión analógica de las normas del Código de Comercio referidas al seguro terrestre; 7) Ley de Contrato de Seguro; 8) Usos del comercio; 9) Derecho común y 10) Principios Generales del Derecho, todo ello sin desdeñar el papel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dada la función complementaria del ordenamiento que tiene su doctrina⁴¹⁷.

En primer lugar conviene que nos refiramos a la póliza del seguro marítimo, dado que éste se trata de un contrato formal. La póliza es el documento más importante del contrato de seguro marítimo (y del seguro en general), puesto que justifica, acredita y documenta la relación jurídica aseguradora. Es el mecanismo principal a través del cual las partes pueden expresar su voluntad, y en su caso o en su defecto, generar la imposición de una de las partes a la otra, más débil y necesitada de obtener cobertura para un riesgo concreto⁴¹⁸.

RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis, “*Derecho de la Navegación*”, Tomo XLVIII, vol. 5º, ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003, págs. 29 y 30.

⁴¹⁷ RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis, en GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, (coord.), “*Tratado de Derecho Mercantil*”, vol. 5, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 29.

⁴¹⁸ Puede decirse que el derecho de seguros, contractualmente hablando, ha tenido y tiene un enorme efecto democratizador a la hora de extender y ampliar los ámbitos de cobertura. Se habla incluso de socialización del daño. Ciertamente, si el derecho de los seguros nace pensando en los riesgos marítimos, en la actualidad su ámbito de actuación se ha ampliado a todo tipo de riesgos terrestres, así como los riesgos relacionados con la vida humana y la persona, para abarcar finalmente todos los eventos que repercutan o puedan repercutir en el patrimonio del asegurado. Ante esta realidad, las pólizas se han adaptado a las nuevas demandas y exigencias,

Dado que el seguro marítimo es un contrato formal, la póliza es un requisito esencial para la validez del contrato. Antes de que ésta se firme sólo existe un proyecto de contrato, el cual no genera los derechos y obligaciones que emanan del seguro marítimo. A pesar de ello, podrían derivarse obligaciones de un precontrato, contrato preparatorio o promesa de contrato.

En lo que respecta al Código de Comercio, éste dedica los artículos 737 a 805, los cuales se integran en la Sección tercera, llamada “De los seguros marítimos”, del Título III, “De los contratos especiales del comercio marítimo”⁴¹⁹, el cual pertenece a su vez al Libro Tercero, “Del comercio marítimo”⁴²⁰. Además, hay que añadir a dichos preceptos el artículo 954 sobre prescripción de acciones en el seguro marítimo. Las normas del Código de Comercio son fundamentalmente dispositivas, y por tanto, derogables por la voluntad de las partes⁴²¹, cosa que también es de aplicación al contrato de seguro. Ello se debe al artículo 738, que establece una serie de requisitos que debe contener la póliza de seguro, “*además de las*

a la vez que se han ido más complejas, incluso farragosas a veces. A pesar de ello, nunca han perdido su función, que es la de ser un documento privado suscrito por los contratantes, denominados asegurador y tomador del seguro o asegurado, y que es justificativo y probatorio de la existencia misma del contrato. Aunque no por ello es la póliza el único documento que existe en relación al seguro, pues son muchos a los que da lugar la misma, si bien no de la importancia de aquella. Por otra parte, desde siempre la forma del contrato de seguro ha tenido una importancia sustancial, y esta forma se ceñía y se ceñe a la forma escrita. Al respecto, véase VEIGA COPO, Abel B., op. cit., pág. 73.

⁴¹⁹ Aunque pueda parecer anecdótico, llama bastante la atención el lugar en que se encuadra el contrato de seguro marítimo: en el Título III, también llamado “De los contratos especiales del comercio marítimo”. Podemos ver aquí cómo una norma tan añeja como nuestro Código de Comercio ya en su día consideró el contrato de seguro marítimo como un contrato especial, distinto del seguro general, y que por tanto merecía una regulación propia y diferenciada.

⁴²⁰ Una regulación que se basaba en el Código de 1829, el cual a su vez se basaba en el Código francés de 1807. J. GARRIGUES no dudaba en afirmar que “la sistematización de la materia es idéntica en ambos Códigos y las innovaciones del vigente respecto del antiguo son bien escasas. Siendo, pues, pequeño el avance que significó ya en su época el Código vigente, no es extraño que en la nuestra se manifieste como un documento legal retrasado y arcaico, en irremediable desarmonía con las exigencias del moderno tráfico marítimo”, en “*Curso de Derecho mercantil*”, 1ª ed., Madrid, 1940, pág. 589.

⁴²¹ A pesar de ello, también resulta defendible la existencia de normas de derecho necesario en el Código de Comercio y en lo que respecta a la regulación del seguro marítimo. En total se trata de 21 artículos en los que la propia ley establecería de manera expresa el carácter imperativo de la norma, sancionando específicamente la ley, en algunos de ellos, con la invalidez o la nulidad del pacto en contrario, por lo que cualquier disposición de carácter legal o contractual debería ceder ante el carácter imperativo de las mismas. Dichos artículos serían los siguientes: art. 737.1º., referido a la exigencia *ad solemnitatem* de la forma escrita en el contrato; art. 741.2º., relativo a la carga de la prueba en determinados tipos de pólizas; art. 746, sobre el seguro del anticipo del flete *a riesgo y a todo evento*; art. 747, que versa sobre la cuantía máxima que puede ser objeto del seguro del flete; art. 748.2º., relativo a la obligación de reducción del seguro del beneficio probable en determinados supuestos; art. 752.1º., referido a la evaluación del interés asegurado, o póliza estimada; art. 756, que versa sobre las exclusiones legales del riesgo; art. 765, sobre el deber de comunicación del asegurado; art. 769, sobre la prueba del siniestro; art. 770, sobre una medida de carácter procesal cautelar; art. 773, sobre referido a la pérdida total económica, por inhabilitación del buque para navegar, con el consiguiente derecho de abandono; art. 775, sobre el límite de la indemnización; art. 778, sobre la venta del objeto asegurado para fijar su valor; art. 781, referido a la nulidad del contrato por tratarse de intereses ilícitos no asegurables; arts. 784.1º y 785, en relación a la nulidad del seguro efectuado con posterioridad a la pérdida o feliz arribo del objeto asegurado, en determinados casos; arts. 791, 792 y 795, referidos a la obligación del asegurado de aminorar el daño; y para terminar, los arts. 904 y 805, ambos en relación al abandono. Al respecto, véase RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis, op. cit. pág. 30.

*condiciones que libremente consignen los interesados*⁴²². Se trata de una aplicación directa del principio consensualista que se recoge de manera general en el artículo 1255 del Código Civil.

De este modo, los principios de libertad de contratación que inspiraron el Código de Comercio aún vigente y la consideración de sus normas como derecho dispositivo favorecieron, en gran medida, el desarrollo del seguro marítimo, y que su régimen se completara por una disciplina convencional contenida en las condiciones generales y especiales de las pólizas. Así pues, en cualquier contrato de seguro el derecho aplicable será el que las partes consagren en la póliza.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, aunque las partes en el seguro marítimo suelen estar en una situación equilibrada a la hora de contratar, es normal que el contrato se documente en pólizas ya impresas, al menos en lo que respecta al apartado de las condiciones generales. En nuestro país existen desde 1934 varias pólizas tipo, pero la presencia de los formularios ha tenido como consecuencia la incorporación de las cláusulas inglesas del Instituto de Aseguradores de Londres, tanto en lo que respecta a buques (*Marine Policy Form, Institute Hull Clauses*) como para mercancías (*Marine Policy Form, Institute Cargo Clauses*), al igual que con el seguro de responsabilidad (*P&I Rules of Association*). En la práctica, lo que se hace es reservar la póliza tipo española de 1934 para las condiciones generales y redactar las condiciones particulares siguiendo las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, que se incorporan materialmente siguiendo el sistema de “grapado”. De todas formas, la verdad sea dicha, estas prácticas plantean numerosos problemas interpretativos, dado que se trata de armonizar un contrato español con unas cláusulas ajenas a nuestro ordenamiento, las cuales son, sin embargo, aplicables por la voluntad expresa de las partes. Por no hablar del hecho de que una buena parte de las cuestiones litigiosas son resueltas por árbitros o ante la jurisdicción inglesa, dadas las cláusulas de sumisión contenidas en las pólizas de seguro⁴²³.

⁴²² Aún así, existen ciertas restricciones a esta libertad, reconocidas por la jurisprudencia. Véase por ejemplo lo establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1988 (RJ 1988/1118): “En cuanto a la comunicación extemporánea del siniestro según el contenido del artículo 54 de las Condiciones generales de la póliza que fija como límite el de las 48 horas de conocido, debe estarse a lo que dispone con carácter de derecho necesario el artículo 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, a tenor del cual dicho plazo se extiende a los siete días de haber conocido el siniestro el tomador del seguro o el beneficiario, salvo que se haya fijado la póliza un plazo más amplio, con el efecto, caso de incumplimiento, de que el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración y no, como aquí se pretende, de exoneración de la Aseguradora de su deber de indemnizar. Ciertamente existen razonables dudas acerca de que si las condiciones que libremente consignen los interesados acogiéndose a la libertad de contratación que les reconoce el artículo 738 del Código de Comercio han de prevalecer sobre la citada Ley; pero debe entenderse, todo bien ponderado, que al menos las disposiciones de su Título I, con la generalidad y el carácter de derecho necesario que les atribuye el artículo segundo, han de aplicarse también en principio al seguro marítimo en evitación en el presente caso de una sanción al asegurado a todas luces excesiva y expresamente rechazada por el legislador al derogar el artículo 1796 del Código Civil.”

⁴²³ Ciertamente, la inclusión de estas cláusulas inglesas en el articulado de nuestras pólizas, así como el tratar de coordinarlas no sólo con las normas de nuestro Código de Comercio, sino también con nuestro sistema jurídico en general, han dado lugar a graves problemas en su aplicación, que se han manifestado con especial intensidad cuando nuestros tribunales han debido interpretarlas. Esto es así porque estas cláusulas tienen como presupuesto la Ley de Seguro Marítimo de 1906 inglesa, así como determinadas resoluciones de los tribunales de ese país. Por tanto, cuando faltan esos presupuestos, la justificación de esas cláusulas resulta

Además del Código de Comercio debemos prestar atención a algunos problemas que ha planteado la aplicación de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 en el campo de los seguros marítimos, un tema en el que el propio Tribunal Supremo no termina de establecer una postura clara⁴²⁴. En primer lugar, su artículo 2º establece un principio imperativo que choca abiertamente con el carácter dispositivo de las normas del Código de

difícil de encontrar. Por otra parte, a estas consideraciones sobre las dificultades de interpretación de esas cláusulas inglesas, desde una perspectiva de juristas continentales, han de añadirse las críticas que por distintas razones han surgido respecto a ellas en el ámbito internacional, especialmente por la labor de la UNCTAD, que ha movido a importantes cambios en ese clausulado en las pasadas décadas. Al respecto, véase SANCHEZ CALERO, Fernando, “Sobre la regulación del contrato de seguro marítimo”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXIV, Barcelona, 2007, pág. 24

⁴²⁴ Por ejemplo, la sentencia de este Tribunal de 2 de diciembre de 1991, en su fundamento de derecho cuarto establece que “la Ley reguladora del Contrato de Seguro de 8-10-1980 no es aplicable, según doctrina de esta Sala, al contrato de seguro marítimo regulado por los arts. 737 a 805 del Código de Comercio, por lo que al no ser aplicables al caso de autos los arts. 7 y 26 de la citada Ley, no puede haber incurrido la sentencia de instancia en la infracción que se le achaca”. Otro ejemplo de esta tendencia lo tenemos el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 18 de julio de 2002, que dice lo siguiente: “El motivo segundo se formula al amparo del artículo 1692. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por cuanto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, contra la que se recurre, no aplicó en la forma establecida el artículo 10.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984) y el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 (RCL 1980, 2295; ApNDL 12928). (...) Como ya dictaminó el Ministerio Fiscal en trámite de admisión del recurso, el motivo tiene que ser desestimado, porque la sociedad recurrente no tiene la condición de consumidor protegido por la Ley 26/1984, dado lo dispuesto en su artículo primero y por la inaplicabilidad de la Ley de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro, al Seguro Marítimo, que sigue rigiéndose por la normativa del Código de Comercio, al no hallarse incluido en las previsiones derogatorias de la disposición final, párrafo 2º de la mencionada Ley, el articulado del Código de Comercio del Seguro Marítimo, es decir, los artículos 737 a 805, que permanecen subsistentes. En términos parecidos se expresa el mismo Tribunal en el fundamento de derecho segundo de su sentencia de 20 de febrero de 1995, al decir que “no obstante la inaplicabilidad de la Ley de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro, al seguro marítimo, que sigue rigiéndose por la normativa del Código de Comercio, según han declarado, entre otras, las Sentencias de 21 julio 1989 (RJ 1989\5771), 22 junio 1992 (RJ 1992\5463) y 16 febrero 1994 (RJ 1994\1617), aquélla puede ser aplicable con carácter supletorio, pero sin que ello suponga que requisitos formales establecidos para la póliza en dicha Ley de 1980 resulten exigibles en el seguro marítimo”. Como vemos, en esta sentencia ya se admite la posibilidad de aplicar la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo, aunque de manera muy limitada y con matices. Otro caso en el que se admite su aplicación lo podemos encontrar en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 19 de febrero de 1988 en el que se dice que “En cuanto a la comunicación extemporánea del siniestro según el contenido del artículo 54 de las Condiciones generales de la póliza que fija como límite el de las 48 horas de conocido, debe estarse a lo que dispone con carácter de derecho necesario el artículo 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, a tener del cual dicho plazo se extiende a los siete días de haber conocido el siniestro el tomador del seguro o el beneficiario, salvo que se haya fijado en la póliza un plazo más amplio, con el efecto, caso de incumplimiento, de que el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración y no, como aquí se pretende, de exoneración de la Aseguradora de su deber de indemnizar. Cierto que existen razonables dudas acerca de que si las condiciones que libremente consignan los interesados acogiéndose a la libertad de contratación que les reconoce el artículo 738 del Código de Comercio han de prevalecer sobre la citada Ley; pero debe entenderse, todo bien ponderado, que al menos las disposiciones de su Título I, con la generalidad y el carácter de derecho necesario que les atribuye el artículo segundo, han de aplicarse también en principio al seguro marítimo en evitación en el presente caso de una sanción al asegurado a todas luces excesiva y expresamente rechazada por el legislador al derogar el artículo 1796 del Código Civil”. En nuestra opinión, de estas y otras sentencias del Tribunal Supremo puede desprenderse que la Ley de Contrato de Seguro es aplicable al seguro marítimo, aunque siempre teniendo en cuenta que se trata de una ley general cuya aplicación puede verse postergada por la existencia de normas más específicas, algo que hay que comprobar caso por caso.

Comercio. En un principio, parecía que una interpretación sistemática del artículo 2º y de la disposición final de la ley (“*quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de esta Ley*”) podía conllevar una derogación de las normas del Código de Comercio relativas al seguro marítimo. En relación a este aspecto, hay que tener en cuenta en primer lugar que la propia disposición derogatoria omite entre los artículos derogados los referidos precisamente al seguro marítimo y, en segundo lugar, la nueva redacción de los artículos 44 y 107.2 de la Ley de Contrato de Seguro, los cuales siguen la Directiva Comunitaria 88/357. En virtud de esta Directiva, los seguros denominados de “grandes riesgos” quedan sometidos a la autonomía de la voluntad, excluidos, por tanto, del carácter imperativo que impone para todo seguro el artículo 2º de la mencionada Ley. Concretamente, se definen como grandes riesgos los seguros de vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendiendo los equipajes y demás bienes transportados), y la responsabilidad de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista). La doctrina ha considerado que esta definición abarca la totalidad de las modalidades del seguro marítimo (buques, mercancías y responsabilidad civil), aunque persiste la duda de si esa interpretación debe aplicarse únicamente en supuestos que contengan al menos un elemento extranjero (el artículo 107 se encuentra incluido en el Título IV “Normas de derecho internacional privado”).

Así pues, cuando nos referimos a la aplicabilidad de la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo, hemos de tener presente que se trata de una ley de carácter general, ordenadora de todos los contratos de seguro privados, pero que no recoge entre sus modalidades la regulación específica del contrato de seguro marítimo, y que deja en vigor leyes (o normas) que de manera específica son de aplicación a alguna de las modalidades del contrato de seguro. Por no hablar de que el propio artículo 2º de esta ley, al establecer que “*las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de la ley que les sea aplicable, se regirán por la presente ley*”, deja vigente las normas de seguro marítimo incluidas en los artículos 737 a 805 del Código de Comercio.

Estos artículos del Código de Comercio son de plena aplicación al seguro marítimo, pero a pesar de ello, deben convivir en un mismo ordenamiento con la Ley de Contrato de Seguro, que es una ley general, mientras que los preceptos del Código de Comercio, en lo que respecta al seguro marítimo, se trata de una ley especial, y todos conocemos el principio *lex specialis derogat lex generalis*. Ello conlleva que la Ley de Contrato de Seguro tenga un carácter supletorio en relación con la ley especial, por lo que deberá ser aplicada al seguro marítimo en caso de lagunas que no puedan ser resueltas con el Código de Comercio, y en segundo lugar, en caso de existir preceptos incompatibles entre ambos cuerpos normativos, habrá de aplicarse preferentemente el Código.

La segunda cuestión que se desprende de la Ley de Contrato de Seguro es si su aplicación ha de ser directa o subsidiaria en lo que respecta al seguro marítimo, o lo que es lo mismo, si debe aplicarse la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo con preferencia al Código de Comercio, habiéndose consolidado la tesis que la considera fuente subsidiaria en cuanto a la aplicación de las disposiciones generales del título primero de la misma Ley. La jurisprudencia no resulta del todo clara a este respecto, pero a pesar de ello, en virtud de la coherencia con lo anteriormente expuesto, parece posible afirmar que la Ley de Contrato de

Seguro se aplicará subsidiariamente al Código de Comercio en lo que respecta al seguro marítimo.

No sería correcto terminar este análisis de la regulación del seguro marítimo sin hacer referencia al ya mencionado Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima. En efecto, entre los numerosos temas que aspira a regular este texto se encuentra el seguro marítimo. En el momento de escribir estas líneas todavía se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, aunque se espera (y se desea fervientemente por parte de los maritimistas) que sea finalmente aprobada en breve⁴²⁵.

Dentro de la Ley, es el Título VIII el que regula el contrato de seguro marítimo (artículos 473 y siguientes), el cual ha sido producto de una larga elaboración, por así decirlo. El primer proyecto sobre la materia, dirigido por el profesor SANCHEZ CALERO, databa del año 1978. Desde entonces, ha conocido diversas revisiones dentro de la Comisión General de la Codificación, pasando por la Asociación Española de Derecho Marítimo, A.N.A.V.E. y UNESPA, siendo recapitado y refinado varias veces. Tal vez gracias a eso, esta regulación pueda despertar uno de los mayores consensos dentro de esta Ley. En lo que respecta al contenido concreto de esta regulación, puede afirmarse que son básicamente dos sus principios inspiradores⁴²⁶:

a) En primer lugar, la regulación propuesta es consciente de que se enfrenta a una realidad en la que el sector correspondiente se encuentra casi monopolizado por unos modelos de pólizas procedentes fundamentalmente del mercado inglés. Esta Ley no se plantea cambiar esta situación, sino establecer una serie de principios generales que sirvan de adecuado paraguas o techo normativo a las prácticas del sector. No se trata de modificarlas, sino de dotarlas de los principios generales adecuados para que esas cláusulas o modelos de pólizas, generalmente de origen anglosajón, puedan funcionar dentro de nuestro derecho nacional sin las dificultades que han sufrido hasta ahora, dada la inadaptación de las normas del Código de Comercio a esta práctica.

⁴²⁵ La oportunidad de esta reforma del régimen del contrato de seguro que supondría la aprobación de la Ley se encuentra vinculada a la necesaria reforma de nuestro derecho marítimo privado contenido en el Libro III del Código de Comercio. El Proyecto de Ley General para la Navegación Marítima trata de superar la manifiesta inadecuación del Libro III para regular nuestro tráfico marítimo. No parece una afirmación fácil de rebatir, dado que nuestro Código de Comercio siguen en gran parte el modelo del Código de 1829, que a su vez se inspiraba en el Código francés de 1807 y en nuestras Ordenanzas de Bilbao. Además, las diferencias entre la navegación marítima que se practicaba en el momento de aprobación del Código y la actual son abismales. Ciertamente, con el tiempo han ido surgiendo nuevos riesgos en el tráfico marítimo, y la importancia económica de los siniestros se ha multiplicado, de modo que el muy superior valor de los buques y de las mercancías que transportan, así como la mayor exigencia de responsabilidad civil por los accidentes marítimos han hecho que se incremente la importancia del seguro, con una espiral manifiesta que parece no tener fin. La existencia de graves riesgos en el tráfico marítimo ha hecho necesario no sólo una limitación de los mismos y ha aumentado la importancia del seguro. Al respecto véase SANCHEZ CALERO, op. cit., págs. 20 y 21.

⁴²⁶ Para más información, véase el capítulo que le dedica al tema del seguro marítimo en esta nueva Ley RUIZ SOROA, José María, junto al coloquio posterior, en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio (coord.), *“Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima. Madrid, 1 y 2 de junio de 2005”*, ed. Thomson Civitas, España, 2006, págs. 217 a 242.

b) En segundo lugar, se ha tratado de respetar de manera escrupulosa el principio de autonomía de la voluntad. Al contrario que en los trabajos anteriores, el texto en tramitación no contiene enumeración alguna de principios de carácter imperativo. Dicho de otra forma, el principio general es que la Ley es de carácter dispositivo. El contrato de seguro marítimo se regularía en primer lugar por lo que las partes hubieran pactado, y sólo en algunos casos muy concretos se hace referencia, en ciertos preceptos, a la prohibición de cláusula en contrario, o lo que es lo mismo, se declara el contenido de esos artículos como de derecho necesario. Se trata de casos en los que se pretende proteger a quienes no tienen la condición de empresario, sino que son meros usuarios, en el sentido socioeconómico del término, del contrato de seguro.

Esta es una ley que presenta numerosas novedades. En primer lugar, tenemos su ámbito de aplicación, establecido en el artículo 436. Según este precepto, el principio es que están sujetos a esta ley especial los contratos de seguro cuyo objeto es indemnizar daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima. Lo relevante aquí es la delimitación de esta modalidad de contrato de seguro frente a otras modalidades es la referencia a los riesgos propios de la navegación marítima, en cuanto que se produce una delimitación de los riesgos no simplemente espacial (al distinguir a los riesgos que se producen en el mar de los que acontecen en tierra o aire), sino también en cierto modo causal, al estar vinculados a la navegación marítima, aun cuando no se encuentren en el mar, como puede ser el caso de los buques en construcción o la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la navegación. Los riesgos en aguas interiores quedarán incluidos en el ámbito del seguro marítimo en cuanto la navegación en ellas sea instrumental de la navegación marítima, estando excluida aquella navegación que sea en aguas interiores en sentido estricto.

Es decir, que el criterio se centra en el elemento riesgo y en su especialidad, siendo ése el criterio objetivo para delimitar el ámbito de aplicación de la norma. Son pues los riesgos, y no la naturaleza de los intereses o las cosas aseguradas los que delimitan el campo de aplicación. Así pues, vemos como la especialidad marítima de la que tanto hemos hablado vuelve a manifestarse, ya que son los riesgos especiales que surgen del hecho de la navegación los que motivan una regulación específica para el seguro marítimo.

Otra novedad que presenta este texto es el hecho de contener una enumeración de los intereses asegurables, como ya ocurría en el Código de Comercio, en la que por vez primera se menciona como interés asegurable las responsabilidades civiles derivadas del ejercicio de la navegación, concretamente en el artículo 476-d. Ello significa que dicho ejercicio no genera únicamente una responsabilidad de los navieros empresarios, sino que cualquier particular que utilice una embarcación, aunque sea de recreo, puede incurrir en responsabilidad por daños, la cual se encontraría incluida en este interés asegurable y, por tanto, sometida a esta norma.

Otro punto importante a destacar es que se regula, con mayor claridad que el artículo 756 del Código de Comercio, las posibles conductas del asegurado que excluyen la cobertura. O lo que es lo mismo, en qué casos la conducta en mayor o menor grado dolosa o negligente del asegurado en la causación del siniestro, una conducta que normalmente se centra en el cuidado, manutención y control del estado de su buque, y que provoca la pérdida o

limitación de su derecho a reclamar indemnización dentro del contrato de seguro. Así pues, el artículo 486 de la ley, que tiene una especialidad para el seguro de buques en el artículo 511, delimita tanto objetiva como subjetivamente cuáles son esas conductas excluyentes. En el ámbito objetivo se establece que quedan excluidos de cobertura los siniestros por dolo del asegurado o por culpa *grave* (los casos de negligencia leve se encontrarán cubiertos por la póliza). Por otra parte, también se hace una delimitación subjetiva de lo que debe entenderse por asegurado, lo cual resulta útil cuando se trata de la negligencia cometida, por poner un ejemplo, de un empleado de una sociedad anónima.

Otro aspecto novedoso es que con esta ley, a diferencia de lo que ocurre con el Código de Comercio, la póliza deja de ser un elemento esencial del contrato. Dicho en otras palabras, el contrato de seguro marítimo dejaría de ser un contrato formal, como establece el Código de Comercio, y se admitiría, simplemente, que el asegurador se encuentra obligado a entregar al tomador la póliza o el documento o el certificado provisional de cobertura, pero incluso antes de que estos documentos sean entregados, el contrato puede ser probado mediante cualquier medio que demuestre la aceptación de la cobertura del asegurador. Un simple intercambio de faxes o de e-mails serviría para obligar a las partes.

Finalmente, tenemos otra diferencia sustancial en el hecho de que se ha establecido un deber positivo de declarar del asegurado sobre los riesgos. Al contrario de lo que ocurría con la Ley de Contrato de Seguro, que imponía al asegurado sólo la obligación de responder a las preguntas del asegurador, la nueva ley impondría al asegurado el deber de dar el primer paso y declarar, antes de la conclusión del contrato, todas las circunstancias que conozca o que razonablemente deba conocer y que puedan influir de manera sensible en la apreciación del riesgo por parte de un asegurador prudente.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta tesis me he esforzado en tratar de explicar la importancia que tiene la modalidad FOB de los Incoterms 2010 en el comercio actual, así como su utilidad y las ventajas que proporciona su utilización en la compraventa de mercancías, tanto a nivel nacional como, y especialmente, a nivel internacional.

Cuando se me planteó este reto, pronto fui consciente de que, para abordar este tema de manera rigurosa, era necesario conectar, contextualizar este tipo de compraventa con el ordenamiento, tanto nacional como internacional con el que se relaciona. Como ya se ha explicado, la modalidad FOB, al igual que el resto de los Incoterms, nace, existe porque ambos ordenamientos lo permiten, al admitir la posibilidad de que la autonomía de la voluntad rija las transacciones comerciales. Por otra parte, dado que los Incoterms no regulan todos los aspectos de la compraventa, resulta frecuente que para cubrir esas lagunas se acuda a lo establecido por las leyes, siempre que no exista acuerdo por las partes, lo que refuerza mi opinión de que el estudio de este término sería incompleto sin tratar, aunque sea de forma breve, el contexto legal en que se mueve.

Asimismo, tampoco debemos olvidar que ese contexto legal nacional e internacional es un reflejo de una realidad económica marcada por la importancia del comercio a todos los niveles. Tanto los Incoterms como las normas con las que se relacionan tienen por objetivo disciplinar y aportar un cierto grado de certeza y seguridad jurídica en las transacciones comerciales. Estos preceptos buscan fomentar y mejorar la práctica del comercio, por lo que no pueden ni deben ser ajenos a las características y peculiaridades de dicho comercio.

Después de analizar las características de la modalidad FOB, y cómo este término se relaciona con su contexto jurídico y económico, creo que pueden extraerse una breve serie de conclusiones:

1. El comercio constituye el núcleo de la vida económica y tiene una importancia e influencia capital en el desarrollo de los pueblos. Por este motivo, los Estados siempre han tratado de fomentarlo y potenciarlo.
2. El contrato de compraventa ha sido y sigue siendo el principal instrumento jurídico del que se dispone en el tráfico comercial. El intercambio de cosas por dinero existe casi desde los albores de la humanidad, y, a pesar del paso del tiempo y de las diferentes culturas que lo han adoptado, su utilidad permanece intacta.
3. A lo largo de los años, la compraventa se ha ido adaptando a los tiempos y a los cambios en las sociedades. Actualmente, nos encontramos con que esta institución se ha visto fuertemente influenciada por el desarrollo de los transportes y comunicaciones, especialmente en su vertiente marítima, así como por la consolidación de la multimodalidad y el empleo masivo de contenedores, todo ello en un ámbito de globalización de la economía.
4. Dado que el contrato de compraventa es el principal instrumento jurídico a través del cual se articula el comercio, ha sido objeto de un amplio desarrollo normativo tanto nacional como internacional.

5. Dichas normas han tratado de reflejar las características y peculiaridades de las transacciones que tratan de disciplinar. Y uno de los elementos a los que han sido más sensibles es a las distintas necesidades que plantean los mercados industriales respecto a los mercados de consumo, hasta tal punto que ha motivado una regulación diferenciada del contrato de compraventa, dependiendo de si ésta se da en el contexto de un mercado u otro. Mientras que nuestras normas nacionales se han dedicado a regular ambas posibilidades, las normas internacionales han preferido centrar sus esfuerzos en las compraventas celebradas en los mercados industriales.
6. Si nos acercamos a la compraventa desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico nacional, nos encontramos con que esta figura jurídica goza de un notable desarrollo tanto legislativo como jurisprudencial. A pesar de ello, en nuestro país se da la particularidad de que existe la división entre compraventas civiles y mercantiles, circunstancia que complica la disciplina. Teniendo en cuenta, además, que las compraventas mercantiles, reguladas en el Código de Comercio, se rigen de manera supletoria por lo establecido en el Código Civil, así como la necesidad de considerar nuestro ordenamiento como un todo unitario, me pareció oportuno señalar la conveniencia de plantear una posible unificación legislativa de la materia, como ya se ha hecho en otros países, para facilitar la aplicación de este contrato.
7. A nivel internacional, nuestro país ha ratificado la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 sobre venta internacional de mercaderías. Este texto legal, a pesar de su importancia, es de aplicación voluntaria por las partes, como también ocurre con la mayoría de nuestras normas nacionales, civiles y mercantiles, sobre la compraventa. Esta circunstancia motiva que las partes puedan decidir regirse por normas diferentes a éstas si lo estiman oportuno.
8. Uno de los motivos principales que pueden motivar a compradores y vendedores a alejarse de la generalidad y abstracción de nuestras normas legales, tanto nacionales como internacionales, es la existencia de numerosas especialidades en materia de compraventa. La especialidad marítima es una de las más importantes, y se encuentra reconocida tanto a nivel legal, como jurisprudencial y doctrinal. Reconocer su existencia supone admitir que en los casos en los que una mercancía, para llegar a su destino, requiera de ser transportada por mar, ese transporte motivará la aparición de necesidades especiales que deberán ser resueltas jurídicamente.
9. Las ventas marítimas se articulan a través de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional de París. De hecho, cuatro de sus once términos son esencialmente marítimos, y los términos restantes pueden usarse con cualquier modo de transporte, incluido el marítimo. Los Incoterms dependen de la voluntad de las partes para ser aplicables, pudiendo incluso ser modificados en función de las necesidades de éstas, aunque con cautela, y su ámbito de aplicación se circunscribe a ciertos aspectos de la compraventa, preferentemente aunque no únicamente internacional.

10. Dentro de los Incoterms la modalidad FOB es una de las más importantes y utilizadas en el comercio internacional. Se trata de un incoterm marítimo, en el que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía se coloca a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque convenido. Esto quiere decir que el comprador debe soportar todos los costes y riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde aquel punto.
11. Si la venta FOB es una venta marítima es porque en ella se establece que una de las partes debe contratar un medio de transporte marítimo para que la mercancía llegue a su destino. En este caso la obligación recae en el comprador, aunque el término FOB solamente establece la obligación de concertar un contrato de transporte y que dicho transporte sea marítimo, sin especificar nada más ni entrar a regular el contenido concreto de este contrato accesorio.
12. La elección del tipo de contrato de transporte marítimo entra dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad del comprador, y tiene varias posibilidades entre las que elegir. De todas ellas, el contrato de transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque es la que mejor se adapta a las necesidades concretas de la venta FOB, dado que su objetivo es el transporte de mercancías en sí y no la mera navegación del barco, como en el caso del fletamento. Aún así, el comprador también puede utilizar un contrato de fletamento para realizar el transporte de las mercancías, o incluso decantarse por el arrendamiento del buque si así lo desea.
13. En lo que respecta al seguro de las mercancías, ni el comprador ni el vendedor tienen ninguna obligación de concertarlo. A pesar de ello, resulta frecuente y conveniente que una de las partes asegure la mercancía para aportar una mayor seguridad a la transacción. En el caso de la venta FOB lo normal es que sea el comprador el que contrate el seguro, puesto que es él quien contrata el transporte marítimo y soporta un mayor riesgo de pérdida de la mercancía. Al vendedor no le resulta muy rentable contratar un seguro sólo para llevar la mercancía hasta el puerto y depositarla en el buque contratado por el comprador (aunque no hay norma alguna que se lo prohíba). Mientras, al comprador, que sufre el riesgo de pérdida o deterioro desde que la carga se encuentra a bordo del buque, aún le queda un largo viaje por mar hasta que la mercancía llegue a su destino, por lo que es la parte más interesada en contratar un seguro para las mercancías.
14. A la vista de todos estos datos, no parece aventurado afirmar que a la compraventa FOB todavía le queda un largo camino por recorrer antes de que se la pueda considerar una norma obsoleta. Si tenemos en cuenta que este término se ha estado usando durante tantos años y que se ha mantenido en la última y más reciente versión de los Incoterms, aunque con ligeras variaciones, no creo que se pueda cuestionar su calidad jurídica. La venta FOB se ha aplicado y seguirá aplicándose de manera frecuente en un futuro inmediato por los profesionales del comercio internacional, fundamentalmente porque se trata de una norma útil y bien conocida. Además, cualquier pequeño inconveniente que pueda presentar este término puede ser fácilmente subsanado por las partes mediante el uso de la autonomía de la voluntad, factor que contribuye a que la venta FOB siga aplicándose. Asimismo, al

tratarse de un término marítimo, sin duda se beneficiará del desarrollo que ha experimentado este medio de transporte, un desarrollo que en los próximos años se hará todavía más patente si se confirman las intenciones de los países europeos de potenciar el transporte por mar.

15. Dado que resulta difícil encontrarle puntos débiles a la venta FOB desde un punto de vista jurídico, el único flanco desde el que podría peligrar su aplicación es el económico. Debemos tener en cuenta que el término FOB, al igual que el resto de los Incoterms, está pensado para ser usado fundamentalmente en los mercados industriales, los cuales a su vez dependen de los mercados de consumo, como ya vimos al principio de la tesis. Una brusca bajada en la demanda de los mercados de consumo sin duda provocaría una disminución de las transacciones en los mercados industriales, con lo que sería más que previsible una menor utilización de los Incoterms, incluido el FOB. Como puede verse, la aplicación de estas normas está sujeta a los vaivenes de la economía.

FUENTES

ABREVIATURAS

ART.: Artículo

A.A.V.V.: Autores varios

C.C.I.: Cámara de Comercio Internacional

COORD.: Coordinador

INCOTERMS: *International Commercial Terms* (Términos Comerciales Internacionales)

EXW: *Ex Works* - En fábrica

FCA: *Free Carrier* - Franco transportista

FAS: *Free Alongside Ship* - Franco al costado del buque

FOB: *Free On Board* - Franco a bordo

CFR: *Cost and Freight* - Coste y flete

CIF: *Cost, Insurance and Freight* - Coste, seguro y flete

CPT: *Carriage Paid To* - Transporte pagado hasta

CIP: *Carriage Insurance Paid To* - Transporte y seguro pagado hasta

DAF: *Delivered At Frontier* - Entregada en frontera

DES: *Delivered Ex Ship* - Entregada sobre buque

DEQ: *Delivered Ex Quay* - Entregado en muelle

DDU: *Delivered Duty Unpaid* - Entregada derechos no pagados

DDP: *Delivered Duty Paid* - Entregada derechos pagados

DAT: *Delivered At Terminal* – Entregada en terminal

DAP: *Delivered At Place* - Entregada en lugar

CLOUT: Sistema de notificación de casos jurisprudenciales sobre instrumentos surgidos de la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el cual puede consultarse en la página web www.uncitral.org

LOTT: Ley 16/1987, de 30 de julio de Ordenación de los Transportes Terrestres

ROTT: Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, aprobado mediante Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre

LC: Ley Concursal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

UTI: Unidad de Transporte Intermodal

BIBLIOGRAFÍA

A

ALCOVER GARAU, Guillermo:

“La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional”, ed. Civitas, Madrid, 1991

ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen:

“Fundamentos de economía de la empresa: perspectiva funcional”, ed. Ariel, 2ª edición, Barcelona, 2000

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.:

“Las Cláusulas Paramount: autonomía de la voluntad y selección del derecho aplicable en el transporte marítimo internacional”, ed. Eurolex, Madrid, 1997

ARIAS VARONA, Francisco Javier:

“Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario”, ed. Comares, Granada 2006

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio:

“Curso de Derecho Marítimo”, 2ª Edición, ed. Thomson Civitas, 2005

“Compendio de Derecho Marítimo”, ed. Tecnos, España, 2002

En A.A.V.V., *“La Reforma de la Legislación Marítima”*, ed. Aranzadi, Navarra, 1999

“Las Reglas de Rotterdam ¿para qué?”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, volumen XXVII, Barcelona, 2010

Como coord., en *“Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima. Madrid, 1 y 2 de junio de 2005”*, ed. Thomson Civitas, España, 2006

ARROYO, Ignacio y GÓRRIZ, Carlos:

“Los Efectos de los Nuevos Incoterms en las Ventas Marítimas FOB y CIF”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXVIII, ed. Alferal, Barcelona, 2011

B

BADENES GASSET, Ramón:

“El Contrato de Compraventa”, Tomo I, 3ª Edición, José María Bosch Editor, S. A.,
Barcelona, 1995

BARRE, Raymond:

“Economía Política”, ed. Ariel, Barcelona, 1965

BARRERA GRAF:

“La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías (hacia un Derecho internacional del Comercio)”, México, 1965

BENSON, Don, BUGG, Ralph y WHITEHEAD, Geoffrey:

“Transport and logistics”, ed. Woodhead-Faulkner, Wiltshire (Gran Bretaña), 1994

BOET SERRA, Elena:

“La libre competencia en el transporte marítimo (El tráfico de mercancías de línea regular)”, ed. J.M. BOSCH, Barcelona, 2000

BONELL, Michael Joachim:

“Le Regole Oggettive del Commercio Internazionale. Clausole Tipiche e Condizioni Generali”, Giuffrè Editore, Milano, 1976

“Comentario all’ artículo 6 della Convenzione di Viena sui contratti di beni mobili. Comentario coordinato da Cesare Máximo Bianca”, en *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 1-2, Italia, enero-abril 1989

BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J., OLAVARRÍA IGLESIA, J.
(coordinadores):

“Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

BORYSEWICZ, Michel :

“Conventions et projets de convention sur la vente internationale de marchandises (Problèmes juridiques d’actualité) Colloque de la Fondation internationale pour l’enseignement du droit des affaires (Faculté de Droit d’Aix-en-Provence, 7 et 8 mars 1980), Economica, Paris, 1981

BROSETA PONT, Manuel:

“Manual de Derecho Mercantil”, ed. TECNOS, 10ª Ed. Madrid, 1992

C

CABANELLAS, Guillermo:

“Diccionario enciclopédico de derecho usual”, Tomo VII, Ed. Eliasta, Buenos Aires

CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel:

“Contratación Internacional”, ed. ESIC, Madrid, 2002

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís:

En el Comentario al artículo 1 en *“La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario a la Convención de Viena”* (Luis DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN coord.), ed. Civitas, Madrid, 1998

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis:

“Contratos Internacionales”, ed. Tecnos, Madrid, 1997

CARBONE e LUZZATO:

“I contratti del commercio internazionale”, en *Trattato de diritto privato*, dirigido por Rescingno, tomo 11, UTET, Turín, 1984

CARLON:

“Naturaleza y disciplina del contrato de arrendamiento de buque”, Revista de Derecho Mercantil, 1969

CARPINTERO LÓPEZ, Samuel:

“Infraestructuras de transporte y desarrollo económico”, Cátedra Abertis, Madrid, 2005

CARRIÓN, José Luis:

En GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, (coord.), *“Tratado de Derecho Mercantil”*, vol. 5, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza:

“Autonomía de la Voluntad y Derecho Uniforme de la Compraventa Internacional”, ed.
Comares, Granada, 1998

CENDRERO AGENJO, Benjamín y TRUYOLS MATEU, Sebastián:

“El Transporte. Aspectos y Tipología”, Publicaciones Delta, Madrid, 2008

CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa:

“Los contratos mercantiles”, Ed. J. M. BOSCH, Barcelona, 2001

COLOMER FERRÁNDIZ, José V., CARRILLO GONZÁLEZ, Sandra L. y REAL
HERRÁIZ, Julia I.:

“Adaptación de las empresas de transporte terrestre para su integración en el SSS”, en el
marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo
XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo
Blanch, Valencia, 2005, Tomo II

COTO MILLÁN, Pablo e INGLADA LÓPEZ DE SABANDO, Vicente:

“Impacto de la nueva economía sobre el transporte”, editado por la Fundación BBVA,
Bilbao, 2007

CRAVENS, David W. y PIERCY, Nigel F:

“Marketing Estratégico”, ed. McGraw-Hill, 8ª edición, Madrid, 2007

D

DANJÓN, Daniel:

En *“Tratado de Derecho Marítimo”*, t. I, *“Buques, Armadores y Tripulación”*, trad. esp. de
L. de Aguirre Fanaique, EDITORIAL REUS, S.A., 1ª ed., Madrid, 1931

DE EIZAGUIRRE, José María (coord.):

“El derecho del transporte marítimo internacional”, Escuela de Administración Marítima,
Gobierno Vasco, San Sebastián, 1993

“VII Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián”, editado por el Servicio Central de
Publicaciones del Gobierno Vasco, Donosita-San Sebastián, 2001

DEL LUCA, Louis F. y DEL LUCA, Patrick:

“Practice Under the Convention on International Sale Goods (CISG): a Primer for Attorneys and International Traders (Part I)”, *Uniform Commercial Code Journal*, 1995

DIEZ PICAZO, Luís:

En su exposición “*Propiedad y Constitución*”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.), “*Propiedad y Derecho Civil*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006

DORNBUSCH, Rudiger y FISCHER, Stanley:

“*Macroeconomía*”, ed. McGraw-Hill, 5ª edición, España, 1991

DUCH, Mercedes:

“Las Reglas de Rotterdam y el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona 2010

DUQUE, Justino F.:

Prólogo de la obra de EMPARANZA SOBEJANO, Alberto y MARTÍN OSANTE, José Manuel, “*Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*”, editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, San Sebastián, 2006.

E

ELICES HUECAS, Adolfo:

En A.A.V.V., “*El mar en la defensa económica de España*”, dentro de la serie Cuadernos de Estrategia, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Instituto Español de Estudios Estratégicos, publicado por el Ministerio de Defensa en enero de 1997

EMBID IRUJO, José Miguel:

En BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J., OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coordinadores), “*Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto:

En DE AIZAGUIRRE, José María (coord.), “*El derecho del transporte marítimo internacional*”, Escuela de Administración Marítima, Gobierno Vasco, San Sebastián, 1993

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto y MARTÍN OSANTE, José Manuel:

“*Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*”, editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, San Sebastián, 2006.

ENRÍQUEZ DE DIÓS, Juan José:

“Los INCOTERMS de 1990”, *Revista General de Derecho*, Año L, núms. 592-593, Valencia, enero-febrero de 1994

ESPINOSA CALABUIG, Rosario:

“*Autonomía de la voluntad y transporte marítimo internacional: de las cláusulas paramount y electio iuris a las cláusulas de jurisdicción*”, en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo II

F

FARIÑA, Francisco:

“*Derecho Comercial Marítimo*”, Tomo II, 2ª Edición ampliada, Ed. BOSCH, Barcelona, 1956

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luís y CALVO CARAVACA, Alfonso Luís:

“*Derecho Mercantil Internacional*”, ed. Tecnos, Madrid, 1995

“*Contratos Internacionales*”, ed. Tecnos, Madrid, 1997

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (Coord.):

“*Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del derecho de la competencia*”

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos:

“*Ius Mercatorum. Autoregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*”, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003

FONTESTAD PORTALES, Leticia:

“*Conocimiento de Embarque como título ejecutivo*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

G

GABALDÓN GARCÍA, José Luís y RUIZ SOROA, José María:

“*Manual de Derecho de la Navegación Marítima*”, 2ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid
2002

GALGANO, Francesco:

“Lex Mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *Revista de Derecho Mercantil*, Gráficas Aguirre Campano, núm. 247, enero-marzo de 2003, Madrid

GALGANO, Francesco y FERRARI, Franco:

“*Atlante di Diritto Privato Comparato*”, Zanichelli. Bologna. 1999, 3ª edición

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza:

“*Contratación Mercantil*”, Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

GARCÍA GIL, Francisco Javier:

“*Los contratos mercantiles y su jurisprudencia*”, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 1999

GARCÍA PITA Y LASTRES, José Luís:

“*Arrendamientos de Buques y Derecho Marítimo (con especial referencia al <<Derecho de Formularios>>)*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

GARRIGUES, J.:

En “*Curso de Derecho mercantil*”, 1ª ed., Madrid, 1940,

GARRO, M.:

“The Gapfilling role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: some comments on the interplay between the Principles and the CISG”, *Tulane Law Review*, 1995

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, (coord.):

“*Tratado de Derecho Mercantil*”, vol. 5, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003

GÓMEZ, Miguel Ángel:

En MÚGICA, José Miguel y RUIZ DE MAYA, Salvador (coord.), “*El comportamiento del consumidor. Análisis del proceso de compra*”, ed. Ariel, Barcelona, 1997

GONDRA ROMERO, José María:

“La moderna <<lex mercatoria>> y la unificación del Derecho del comercio internacional”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1973

GONZÁLEZ, Bernardo:

“La posición de los aseguradores de la carga”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona, 2010

GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A.:

“*Curso de Derecho de la Navegación*”, editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1998

GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos:

“La influencia del transporte multimodal en los Incoterms”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. X, 1993

“Las ventas marítimas en la jurisprudencia española”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XVI, 1999

“Los Incoterms 2000”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XVII, 2000

“El contrato de transporte multimodal de mercancías: el problema normativo”, *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXI, 2004

“Contrato de Transporte Marítimo Internacional bajo conocimiento de embarque (Reglas de La Haya, Reglas de Hamburgo y Reglas de Rotterdam)”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVI, Barcelona, 2009

“Estudio comparado de la responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam y en el PLGNM”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, GRAVESON, R, COHN, E. J., GRAVESON, D.:

“*The Uniform Laws on International Sales Act*”, Londres, 1969

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique:

“Incoterms 1990”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona i Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya (editores), año XC, núm. 3, Barcelona, 1991

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coord.):

“*Propiedad y Derecho Civil*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006

H

HILL PRADOS, M^a Concepción:

“*Los Clubs de Protección e Indemnización en el campo del Seguro Marítimo*”, J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992

HERNÁNDEZ IZAL, S.:

“*Derecho Marítimo*”, t. II, vol. 1^o, ed. LIBRERA BOSCH, Barcelona, 1988

HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN:

“*Contrato de transporte marítimo de mercancías*”, Litografía CEL.MAR, Valencia, 1984

I

ILLESCAS ORTIZ, Rafael:

“El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática”, *Rev. de Derecho Mercantil*, 1993

ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar:

“*Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*”, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003

K

KAHN, Ph. :

“La Convention de la Haye du 1 juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d’objets mobiliers corporels”, en *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, Francia ,1964

L

LANGEWIESCHE, William:

“Mares sin ley. Caos y delincuencia en los océanos del mundo”, ed. Debate, Barcelona, 2006

LE MASON, Didier:

“Les INCOTERM , en La Convention de Vienne sur la vente internationale et les INCOTERMS. Actes du colloque des 1er et 2 décembre 1989. Sous la direction de Yves Derains et de Jacques Ghestin”, Centre de Droit Des Obligations de L’Université de Paris I. 1990

LEÓN, Alex y ROMERO, Rosa:

“Logística del Transporte Marítimo. Manual de procesos para la gestión logística en el transporte marítimo y el entorno portuario”, Colección “GESTIONA”, ed. Logis BOOK, Valencia, 1ª edición, junio de 2003

LOO GUTIÉRREZ, Martín:

“Incumplimiento Contractual en el Ámbito de la Compraventa Internacional y el Transporte Marítimo”, ed. LexisNexis, Santiago de Chile, 2005

LÓPEZ GALLINAL, Manuel:

“Evolución de la policía de ferrocarriles en España” en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo I

LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos:

“La Identidad del Derecho Marítimo”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XXI, 2004

“Transporte y Cambio Global”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXIV, Barcelona, 2007

“La limitación de la responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam y en el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona, 2010

LL

LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario:

“Curso superior. Estrategia y gestión del comercio exterior”, ed. por el Instituto Español de Comercio Exterior y el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y navegación de España, Madrid, 1999

M

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.:

“Adquisición de la Propiedad e Insolvencia del Vendedor”, Monografía Asociada a Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Nº 8, ed. Aranzadi, Navarra, 2002

MEDINA DE LEMUS, Manuel:

“La venta internacional de mercaderías”, ed. Tecnos, Madrid, 1992

MEMMO, Daniela:

“Il contratto de vendita internazionale nel Diritto Uniforme”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1983

MENÉNDEZ, Aurelio:

“La venta C.I.F.”, ed. Edersa, Madrid, 1955

MESTRE, Anna:

“La posición de los aseguradores de responsabilidad civil (P&I) ante las reglas de Rotterdam”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona, 2010

MIÑARRO MONTOYA, Ricardo:

“La propiedad desde el punto de vista del derecho civil: limitaciones del derecho del propiedad”, en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Coord.), “*Propiedad y Derecho Civil*”, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, Madrid, 2006

MIRA GALIANA, Jaime:

“El transporte multimodal”, en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo I

MOLINS FERNÁNDEZ, Antonio:

“*El conocimiento de embarque*”, ed. Comares, Granada, 2000

MYERS, James H. y REYNOLDS, William H.:

“*Consumer Behavior and Marketing Management*”, editado por la University of Southern California, California, 1967

N

NAVARRO PÉREZ, José Luis:

“*La Compraventa Civil. Antecedentes, Comentario Doctrinal, Jurisprudencia y Formularios*”, Editorial Comares, Granada, 1993

O

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco:

“*Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*”, ed. Tirant lo Blanch, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia, 2002

OLIVELLA PUIG, Joan, MARTÍNEZ DE OSÉS, F. Xavier, GONZÁLEZ BLANCO, Ricardo y CASTELLS SANABRA, Marcel·la:

“*Las autopistas del mar como alternativa al paso de los Pirineos*”, financiado por la Secretaría de Transportes del Ministerio de Fomento, Barcelona, 2006

OVIEDO ALBÁN, Jorge:

“*Aproximación al sistema de fuentes del contrato de venta internacional de mercaderías*”, en *INTERNATIONAL LAW*. Revista Colombiana de Derecho Internacional (edición digital)

P

PALMÉS COMBAGLIA, Remigi:

“*Cómo usar bien los incoterms. La respuesta a todos los interrogantes que surgen en el uso de las normas del comercio internacional*”, ed. MARGE BOOKS, Valencia, 2005

PARRA RODRÍGUEZ, Carmen:

“*El nuevo Derecho Internacional de los contratos*”, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001

PEJOVÉS MACEDO, José Antonio:

“*El sistema de responsabilidad aplicable al porteador en el transporte marítimo de mercancías y su tratamiento en el ordenamiento marítimo peruano*”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol XXIII, 2006

PELETEIRO, Francisco:

“Ventajas y desventajas de las Reglas de Rotterdam para porteadores y cargadores. El punto de vista de armadores”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona 2010

PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel:

“*Los títulos representativos de la mercancía*”, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994

“La obligación de entrega en la venta con expedición” en AA.VV.: *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998

PÉREZ SERRANO, Nicolás:

“*Dictámenes*”, Madrid, 1965, tomo I,

PINACHO BOLAÑO-RIVADENEIRA, Javier:

“*Tráfico Marítimo*”, Fondo Editorial de Ingeniería Naval, Madrid, 1978

PULGAR EZQUERRA, Juana:

“Especialidades del transporte de mercancías en contenedores”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Gráficas Aguirre Campano, núm. 247, enero-marzo de 2003, Madrid

Q

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús:

“Posibles soluciones en el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona, 2010

QUINTANA ADRIANO, Elvia Aracelia:

“*Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Mercantil*”, México, ed. McGraw Hill, 1997

R

RAY, José Domingo:

Conferencia “*Responsabilidad de los porteadores en las convenciones internacionales sobre conocimientos de embarque*”, pronunciada en la Universidad de Lima en octubre de 1993 y publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el anticipo de <<Anales>>, año XXXVIII, segunda época, núm. 31

RECALDE CASTELLS, Andrés:

“*El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte*”, ed. Civitas, Madrid, 1992

“*El “derecho de disposición” en el transporte internacional de mercancías por carretera*”, en InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Ed. digital en www.indret.com

REMOND-GOUILLOUD, Martine :

“*Droit Maritime*”, ed. A. Pedone, París, 1993

ROCA MARCOS, Jaime:

“Las Reglas de Rotterdam: ¿Conviene al Ecuador? Punto de vista de un abogado maritimista ecuatoriano”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona, 2010

RODIÈRE, René y DU PONTAVICE, Emmanuel :

“*Droit Maritime*”, Éditions Dalloz, Paris, 1991

RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis:

“*Derecho de la Navegación*”, Tomo XLVIII, vol. 5º, ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003

En GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, (coord.), “*Tratado de Derecho Mercantil*”, vol. 5, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003

ROSELLÓ CONDE, Ángel y LÓPEZ ESPEJO, Carmen:

“Los nuevos Incoterms 2000”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2643, del 14 al 20 de febrero de 2000

RUBIO GARRIDO, Tomás:

“*Contrato de Compraventa y Transmisión de la Propiedad*”, STUDIA ALBORNOTIANA dirigidos por Evelio Verdura y Tuells, LVIII, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993

RUFÍN MORENO, Ramón y REINA PAZ, María Dolores:

“*Fundamentos de Marketing*”, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003

RUIZ, Salvador:

En MÚGICA, José Miguel y RUIZ DE MAYA, Salvador (coord.), “*El comportamiento del consumidor. Análisis del proceso de compra*”, ed. Ariel, Barcelona, 1997

RUIZ SOROA, José María:

“*Contratos de Arrendamiento y Fletamento*”, en “Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la navegación Marítima. Madrid, 1 y 2 de junio de 2005”, ed. Thomson Civitas, España 2006

RUIZ SOROA, José María, ARRANZ DE DIEGO, Ángel y ZABALETA SARASUA, Santiago:

“*Manual de Derecho del Seguro Marítimo*”, editado por el Gobierno Vasco, Vitoria, 1993

RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. y GONZALEZ RODRÍGUEZ, M.:

“*Manual de Derecho del Transporte Marítimo*”, editado por el Gobierno Vasco, Departamento de Política Territorial y Transportes, Dirección de Puertos y Transportes Marítimos, Vitoria, 1986

S

SALINAS ADELANTADO, Carlos:

“Armonías y desarmonías entre Rotterdam y el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona, 2010

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier:

“La aplicación e interpretación de la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Estudios de Deusto*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, vol. 51/2, Julio-Diciembre de 2003

SÁNCHEZ CALERO, Fernando:

“*El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías. Reglas de La Haya-Visby*”, ed. Aranzadi, Navarra, 2000

“Sobre la regulación del contrato de seguro marítimo”, en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXIV, Barcelona, 2007

SANCHEZ CALERO y OLIVENCIA RUIZ:

En <<Introducción>> a la versión española de la obra de Honnold, *Derecho Uniforme sobre las Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas 1980)*, ed. Rev. de D. Priv., Madrid, 1987

SANCHEZ CALERO, Fernando y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan:

“*Instituciones de Derecho Mercantil*” Vol. II, ed. McGraw Hill, Edición 27ª, Madrid, 2004

SANTINI, G.:

“*El Comercio. Ensayo de Economía del Derecho*”, ed. Ariel, Barcelona, 1998

SASOT, Mario:

“*Aragón, la apuesta logística*”, artículo publicado en *La Vanguardia* de 7 de septiembre de 2008

SASSON, David M.:

“*F.O.B. CONTRACTS*”, ed. Stevens & Sons Limited, Londres, 1960

“*C.I.F. and F.O.B. Contracts*”, ed. Sweet and Maxwell, Londres, 1995, 4ª edición

SCIALOJA:

“*La sistematizazione del diritto marítimo*” en la *Revista del Diritto Commerciale*, 1928, I
SOBRINO HEREDIA, José Manuel:

“*Mares y Océanos en un Mundo en Cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores. XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, A Coruña, 22-24 de septiembre de 2005*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

STOPFORD, Martin:

“*Maritime Economics*”, ed. Routledge, 2ª edición, Londres, 1997

T

THOMPSON, Dennis C.:

“*Kennedy’s C.I.F. Contracts*”, ed. Stevens & Sons Limited, 3ª edición, Londres, 1959

TODD, Paul:

“*Contracts for the carriage of goods by sea*”, ed. BSP Professional Books, Londres, 1988

V

VALIOTI, Zoi:

“*Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) and INCOTERMS 2000*”, *Nordic Journal of Commercial Law*, edición digital

VARIAN, Hal R.:

“*Análisis Macroeconómico*”, Antoni Bosch editor, Tercera Edición, Barcelona, 1992

VAZQUEZ BARROS, Sergio:

“*Contratos de Compraventa y Permuta. Comentarios, Formularios, Jurisprudencia. Legislación básica y bibliografía*”, ed. Tecnos, España, 2003

VAZQUEZ LEPINETE, Tomás:

“*Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión Jurisprudencial*”, ed. Aranzadi, Navarra, 2000

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio:

“*La competencia de los nuevos juzgados de lo mercantil en materia de transporte y Derecho marítimo*”, en el marco del I Congreso Internacional de Transporte: Los Retos del Transporte en el Siglo XXI, realizado en Castellón de la Plana, los días 4 6 de mayo de 2004, editado por Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Tomo II

VEIGA COPO, Abel B.:

“*Condiciones en el contrato de seguro*”, ed. Comares, Granada, 2005

VICENT CHULIÁ, Francisco:

“*Delimitación del concepto de compraventa mercantil*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XLVII, 1974, Madrid

“*Introducción al Derecho Mercantil*”, 15ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

VIGIL TOLEDO, Ricardo:

“Las Reglas de Rotterdam y el UNASUR”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVII, Barcelona, 2010

W

WYMEERSCH, Eddy :

En A.A.V.V. “*L’autoregulation. Colloque organisé à Bruxelles le 16 Décembre 1992 par l’A..D.BR. et le Centre de Droit Privé et de Droit Économique de l’Université Libre de Bruxelles*”, ed. Bruylant, Bruselas, 1995

AUTORES VARIOS

A.A.V.V.:

“*Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*”, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1998

A.A.V.V.:

“*La Reforma de la Legislación Marítima*”, ed. Aranzadi, Navarra, 1999

A.A.V.V.:

“*L’autoregulation. Colloque organisé à Bruxelles le 16 Décembre 1992 par l’A.D.BR. et le Centre de Droit Privé et de Droit Économique de l’Université Libre de Bruxelles*”, ed. Bruylant, Bruselas, 1995

A.A.V.V.:

“*Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales. Incoterms 2000*”, publicado por el Comité Español de la CCI, España, 1999

A.A.V.V.:

“*Quo Vadis CISG*”, editado por Franco Ferrari, Bélgica, 2005

A.A.V.V.:

“El mar en la defensa económica de España”, dentro de la serie Cuadernos de Estrategia,
Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Instituto Español de Estudios
Estratégicos, publicado por el Ministerio de Defensa en enero de 1997

A.A.V.V.:

“Lecciones de Derecho Mercantil”, ed. Tecnos, 10ª edición, Madrid 2005

ÍNDICE DE AUTORES

A

ALCOVER GARAU, Guillermo → **págs. 20, 38, 131, 132, 133, 166, 167**

ALEGRE, Luis, BERNÉ, Carmen y GALVE, Carmen → **págs. 4, 5, 6, 7, 10**

ÁLVAREZ RUBIO, J.J. → **pág. 200**

ARIAS VARONA, Francisco Javier → **págs. 211, 215**

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio → **págs. 17, 23, 24, 26, 82, 95, 96, 204, 218, 219, 227, 233**

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio y GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos → **págs. 169, 179**

B

BADENES GASSET, Ramón → **págs. 164, 172, 173, 180, 181, 192, 193**

BARRE, Raymond → **págs. 12, 14**

BARRERA GRAF → **págs. 40**

BENSON, Don, BUGG, Ralph y WHITEHEAD, Geoffrey → **págs. 62, 65, 86**

BOET SERRA, Elena → **págs. 16, 88, 103**

BONELL, Michael Joachim → **págs. 19, 52**

BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J., OLAVARRÍA IGLESIA, J. (coordinadores) → **págs. 220, 225**

BORYSEWICZ, Michel → **pág. 19**

BROSETA PONT, Manuel → **pág. 102**

C

CABANELLAS, Guillermo → **pág. 212**

CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel → **págs. 16, 23, 117**

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís → **pág. 21**

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis → **pág. 52**

CARBONE e LUZZATO → **pág. 52**

CARLON → **pág. 199**

CARPINTERO LÓPEZ, Samuel → **pág. 62**

CARRIÓN, José Luis → **pág. 219**

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza → **pág. 56**

CENDRERO AGENJO, Benjamín y TRUYOLS MATEU, Sebastián → **págs. 61, 76, 77**

CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa → **pág. 34**

COLOMER FERRÁNDIZ, José V., CARRILLO GONZÁLEZ, Sandra L. y REAL HERRÁIZ, Julia I. → **pág. 75**

COTO MILLÁN, Pablo e INGLADA LÓPEZ DE SABANDO, Vicente → **pág. 65**

CRAVENS, David W. y PIERCY, Nigel F → **págs. 3, 5, 7**

D

DANJÓN, Daniel → **pág. 93**

DE EIZAGUIRRE, José María (coord.) → **págs. 88, 90**

DEL LUCA, Louis F. y DEL LUCA, Patrick → **pág. 22**

DIEZ PICAZO, Luís → **págs. 184, 185, 186**

DORNBUSCH, Rudiger y FISCHER, Stanley → **pág. 2**

DUCH, Mercedes → **pág. 205**

DUQUE, Justino F. → **pág. 97**

E

ELICES HUECAS, Adolfo → **pág. 96**

EMBED IRUJO, José Miguel → **págs. 220, 225**

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto → **págs. 90, 200**

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto y MARTÍN OSANTE, José Manuel → **pág. 97**

ENRÍQUEZ DE DIÓS, Juan José → **págs. 109, 175**

ESPINOSA CALABUIG, Rosario → **pág. 113**

F

FARIÑA, Francisco → **págs. 82, 110, 160, 173**

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luís y CALVO CARAVACA, Alfonso Luís → **págs. 43, 45, 138**

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (Coord.) → **págs. 63, 67, 72**

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos → **pág. 123**

FONTESTAD PORTALES, Leticia → **págs. 208, 211**

G

GABALDÓN GARCÍA, José Luís y RUIZ SOROA, José María → **pág. 23**

GALGANO, Francesco → **págs. 18, 51**

GALGANO, Francesco y FERRARI, Franco → **pág. 18**

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza → **págs. 29, 32, 39, 82, 111, 124, 174**

GARCÍA GIL, Francisco Javier → **págs. 31, 91**

GARCÍA PITA Y LASTRES, José Luís → **págs. 94, 102**

GARRIGUES, J. → **pág. 229**

GARRO, M. → **pág. 16**

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, (coord.) → **págs. 219, 228**

GÓMEZ, Miguel Ángel → **pág. 12**

GONDRA ROMERO, José María → **págs. 118, 121**

GONZÁLEZ, Bernardo → **pág. 205**

GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A. → **págs. 93, 100, 101, 213, 220, 221**

GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos → **págs. 17, 25, 82, 83, 87, 92, 105, 133, 174, 175, 182, 205**

GRAVESON, R, COHN, E. J., GRAVESON, D. → **pág. 40**

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique → **pág. 130**

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coord.) → **págs. 184, 185**

H

HILL PRADOS, M^a Concepción → **pág. 218**

HERNÁNDEZ IZAL, S. → **pág. 23**

HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan → **págs. 17, 86, 200**

I

ILLESCAS ORTIZ, Rafael → **pág. 16**

ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar → **págs. 42, 108, 118, 133, 138, 142**

K

KAHN, Ph. → **pág. 40**

L

LANGEWIESCHE, William → **pág. 102**

LE MASON, Didier → **pág. 56**

LEÓN, Alex y ROMERO, Rosa → **pág. 191**

LOO GUTIÉRREZ, Martín → **págs. 128, 210**

LÓPEZ GALLINAL, Manuel → **pág. 67**

LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos → **págs. 63, 74, 94, 100, 205**

LL

LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario → **págs. 2, 9, 15, 20, 21, 62**

M

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M. → **págs. 182, 183, 188**

MATILLA ALEGRE, Rafael → **pág. 201**

MEDINA DE LEMUS, Manuel → **págs. 19, 45, 49, 58, 118, 119**

MEMMO, Daniela → **pág. 19**

MENÉNDEZ, Aurelio → **págs. 81, 83, 88, 224**

MESTRE, Anna → **pág. 205**

MIÑARRO MONTOYA, Ricardo → **págs. 184, 185**

MIRA GALIANA, Jaime → **págs. 103, 104**

MOLINS FERNÁNDEZ, Antonio → **págs. 85, 130**

MYERS, James H. y REYNOLDS, William H. → **pág. 13**

N

NAVARRO PÉREZ, José Luis → **págs. 29, 33**

O

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco → **págs. 16, 18, 19, 22, 42, 45**

OLIVELLA PUIG, Joan, MARTÍNEZ DE OSÉS, F. Xavier, GONZÁLEZ BLANCO, Ricardo y CASTELLS SANABRA, Marcel·la → **pág. 76**

OVIEDO ALBÁN, Jorge → **págs. 41, 49, 57**

P

PALMÉS COMBAGLIA, Remigi → **págs. 114, 124, 142**

PARRA RODRÍGUEZ, Carmen → **págs. 108, 111**

PEJOVÉS MACEDO, José Antonio → **pág. 213**

PELETEIRO, Francisco → **pág. 205**

PENDÓN MELÉNDEZ, Miguel Ángel → **págs. 86, 87**

PÉREZ SERRANO, Nicolás → **pág. 30**

PINACHO BOLAÑO-RIVADENEIRA, Javier → **pág. 119**

PULGAR EZQUERRA, Juana → **págs. 17, 84**

Q

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús → **pág. 205**

QUINTANA ADRIANO, Elvia Aracelia → **pág. 38**

R

RAY, José Domingo → **pág. 212**

RECALDE CASTELLS, Andrés → **págs. 24, 87, 88, 89**

REMOND-GOUILLOUD, Martine → **pág. 82**

ROCA MARCOS, Jaime → **pág. 205**

RODIÈRE, René y DU PONTAVICE, Emmanuel → **pág. 135**

RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis → **págs. 228, 229**

ROSELLÓ CONDE, Ángel y LÓPEZ ESPEJO, Carmen → **págs. 121, 123, 126, 134**

RUBIO GARRIDO, Tomás → **págs. 163, 164, 165**

RUFÍN MORENO, Ramón y REINA PAZ, María Dolores → **pág. 4**

RUIZ, Salvador → **pág. 11**

RUIZ SOROA, José María → **pág. 90, 233**

RUIZ SOROA, José María, ARRANZ DE DIEGO, Ángel y ZABALETA SARASUA, Santiago → **págs. 221, 222, 226**

RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. y GONZALEZ RODRÍGUEZ, M. → **pág. 198**

S

SALINAS ADELANTADO, Carlos → **pág. 205**

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier → **págs. 51, 127**

SÁNCHEZ CALERO, Fernando → **págs. 200, 209, 210, 216, 231, 233**

SANCHEZ CALERO y OLIVENCIA RUIZ → **pág. 15**

SANCHEZ CALERO, Fernando y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan → **págs. 18, 34, 39**

SANTINI, G. → **pág. 19**

SASOT, Mario → **pág. 77**

SASSON, David M. → **págs. 161, 188, 224**

SCIALOJA → **pág. 99**

SOBRINO HEREDIA, José Manuel → **pág. 24**

STOPFORD, Martin → **pág. 74**

T

THOMPSON, Dennis C. → **pág. 223**

TODD, Paul → **pág. 87**

V

VALIOTI, Zoi → **pág. 132**

VARIAN, Hal R. → **pág. 9**

VAZQUEZ BARROS, Sergio → **págs. 180, 186, 187, 193**

VAZQUEZ LEPINETE, Tomás → **pág. 19**

VEIGA COPO, Abel B. → **págs. 220, 229**

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio → **págs. 98, 99, 100**

VICENT CHULIÁ, Francisco → **págs. 18, 30, 34, 40**

VIGIL TOLEDO, Ricardo → **pág. 205**

W

WYMEERSCH, Eddy → **págs. 109, 139**

A.A.V.V.

A.A.V.V. → **págs. 49, 56, 95, 96, 107, 109, 111, 114, 128, 140, 143, 166, 169, 172, 189, 200**

DISPOSICIONES LEGALES

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA → págs. 183, 184, 185, 203

CÓDIGO CIVIL:

- Art. 1 → págs. 21, 124, 168, 203, 228
- Art. 6 → pág. 228
- Art. 348 → págs. 30, 183, 184, 185
- Art. 440 → pág. 164
- Art. 460 → pág. 164
- Art. 464 → pág. 164
- Art. 609 → págs. 85, 131, 181, 182, 183, 187
- Art. 1095 → págs. 85, 131, 181, 182, 183, 187
- Art. 1112 → pág. 89
- Art. 1157 → pág. 38
- Art. 1160 → pág. 181
- Art. 1225 → pág. 91,
- Art. 1255 → págs. 114, 186, 193, 194, 230
- Art. 1258 → pág. 181
- Art. 1262 → pág. 193
- Art. 1445 → págs. 29, 30, 38, 131, 164, 180, 181, 187, 193
- Art. 1447 → pág. 38
- Art. 1450 → págs. 131, 179, 180, 187
- Art. 1461 → págs. 30, 131, 164, 170, 181
- Art. 1462 → págs. 30, 38, 164, 168, 171, 181, 187, 193
- Art. 1463 → pág. 181
- Art. 1464 → pág. 187
- Art. 1465 → págs. 168, 171
- Art. 1468 → págs. 181, 187
- Art. 1474 → págs. 39, 181
- Art. 1475 → pág. 181
- Art. 1484 → pág. 38
- Art. 1500 → pág. 194
- Art. 1502 → pág. 181
- Art. 1503 → pág. 181
- Art. 1526 → pág. 29
- Art. 1538 → pág. 29
- Art. 1543 → pág. 164
- Art. 1554 → pág. 164
- Art. 1740 → pág. 164
- Art. 1758 → pág. 164
- Art. 1763 → pág. 164
- Art. 1769 → pág. 164

- Art. 1796 → **págs. 230, 231**
- Art. 1895 → **pág. 164**
- Art. 1902 → **pág. 215**
- Art. 1960 → **pág. 164**

CÓDIGO DE COMERCIO:

- Art. 2 → **págs. 34, 228**
- Art. 50 → **págs. 170, 171, 228**
- Art. 246 → **pág. 216**
- Art. 325 → **págs. 18, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38**
- Art. 326 → **págs. 18, 33, 34, 35, 36**
- Art. 329 → **pág. 165**
- Art. 331 → **pág. 39**
- Art. 332 → **pág. 194**
- Art. 333 → **págs. 164, 195**
- Art. 335 → **pág. 173**
- Art. 337 → **págs. 164, 165, 195**
- Art. 338 → **págs. 164, 165, 167, 168, 171, 195**
- Art. 339 → **págs. 164, 165, 167, 168, 194, 195**
- Art. 345 → **págs. 35, 38**
- Art. 586 → **págs. 215, 216**
- Art. 618 → **pág. 203**
- Art. 620 → **pág. 203**
- Art. 652 → **pág. 203**
- Art. 706 → **págs. 202, 206**
- Art. 718 → **pág. 202**
- Art. 737 → **págs. 227, 229, 231, 232**
- Art. 738 → **págs. 229, 230, 231**
- Art. 741 → **págs. 221, 229**
- Art. 743 → **págs. 222, 226**
- Art. 745 → **pág. 222**
- Art. 746 → **pág. 229**
- Art. 747 → **pág. 229**
- Art. 748 → **pág. 229**
- Art. 752 → **pág. 229**
- Art. 755 → **pág. 227**
- Art. 756 → **pág. 229**
- Art. 765 → **pág. 229**
- Art. 769 → **pág. 229**
- Art. 770 → **pág. 229**
- Art. 773 → **pág. 229**
- Art. 775 → **pág. 229**

- Art. 778 → **pág. 229**
- Art. 781 → **pág. 229**
- Art. 784 → **pág. 229**
- Art. 785 → **pág. 229**
- Art. 791 → **pág. 229**
- Art. 792 → **pág. 229**
- Art. 795 → **pág. 229**
- Art. 805 → **págs. 229, 231, 232**
- Art. 904 → **pág. 229**
- Art. 954 → **pág. 229**

CONVENCIÓN DE VIENA DE 11 DE ABRIL DE 1980 SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS:

- Art. 1 → **págs. 21, 44, 47**
- Art. 2 → **págs. 21, 42**
- Art. 4 → **pág. 22**
- Art. 6 → **págs. 51, 52, 54, 57, 58, 128, 163**
- Art. 7 → **págs. 43, 45, 48, 50**
- Art. 8 → **págs. 49, 50, 58**
- Art. 9 → **págs. 24, 58, 128, 138**
- Art. 12 → **págs. 45, 51, 52**
- Art. 20 → **pág. 45**
- Art. 24 → **pág. 45**
- Art. 30 → **págs. 42, 162, 163, 182**
- Art. 31 → **pág. 45**
- Art. 35 → **pág. 162**
- Art. 42 → **pág. 45**
- Art. 53 → **págs. 42, 163, 194**
- Art. 57 → **pág. 45**
- Art. 60 → **pág. 163, 195**
- Art. 69 → **pág. 45**
- Art. 89 → **pág. 52**
- Art. 96 → **pág. 52**
- Art. 101 → **pág. 52**

TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA, ROMA, 25 DE MARZO DE 1957 → **págs. 69, 70, 71**

LEY DE 22 DE DICIEMBRE DE 1949, DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE → **págs. 203, 205, 206, 211, 214, 215**

CONVENIO DE ATENAS DE 1974 PARA EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE PASAJEROS → **págs. 203, 209**

LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO → págs. 219, 221, 222, 227, 228, 230, 231, 232

LEY 26/1984, GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS → págs. 18, 231

LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES → págs. 67, 68

REGLAMENTO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES, APROBADO MEDIANTE REAL DECRETO 1211/1990, DE 28 DE SEPTIEMBRE → pág. 68

LEY 26/1991, DE 21 DE NOVIEMBRE SOBRE VENTAS REALIZADAS FUERA DEL ESTABLECIMIENTO → pág. 18

LEY 39/2003 DEL SECTOR FERROVIARIO → pág. 66

LEY 48/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LOS PUERTOS DE INTERÉS GENERAL → pág. 72

LEY DE PUERTOS Y DE LA MARINA MERCANTE → pág. 95

DECRETO 1255/1970 DE 16 DE ABRIL → pág. 170

DECRETO 3357/1972 DE 7 DE DICIEMBRE → pág. 170

LEY CONCURSAL → pág. 98

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL → págs. 98, 99, 100

REGLAS DE LA HAYA-VISBY → págs. 113, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 211, 214, 215

REGLAS DE HAMBURGO → págs. 201, 202, 203, 204, 206, 209, 214

REGLAS DE ROTTERDAM → págs. 201, 202, 204, 205

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO:

- STS de 4 de octubre de 1904 → **pág. 35**
- STS de 2 de febrero de 1918 → **págs. 33, 35, 38**
- STS de 7 de mayo de 1924 → **pág. 227**
- STS de 26 de junio de 1924 → **pág. 30**
- STS de 24 de abril de 1926 → **pág. 227**
- STS de 15 de junio de 1926 → **pág. 33**
- STS de 4 de junio de 1928 → **pág. 30**
- STS de 8 de marzo de 1929 → **pág. 30**
- STS de 22 de octubre de 1931 → **pág. 147**
- STS de 3 de julio de 1941 → **pág. 147**
- STS de 24 de junio de 1942 → **pág. 147**
- STS de 27 de enero de 1945 → **pág. 35**
- STS de 31 de octubre de 1946 → **págs. 33, 35**
- STS de 27 de enero de 1947 → **pág. 36**
- STS de 1 de julio de 1947 → **págs. 33, 35**
- STS de 27 de mayo de 1949 → **págs. 33, 38**
- STS de 19 de octubre de 1957 → **pág. 33**
- STS de 27 de mayo de 1959 → **pág. 30**
- STS de 8 de octubre de 1966 → **pág. 215**
- STS de 7 de junio de 1969 → **págs. 32, 35, 36**
- STS de 7 de julio de 1969 → **pág. 35**
- STS de 14 de octubre de 1970 → **pág. 35**
- STS de 16 de junio de 1972 → **pág. 36**
- STS de 31 de marzo de 1975 → **pág. 36**
- STS de 14 de mayo de 1979 → **pág. 35, 36**
- STS de 30 de mayo de 1979 → **pág. 35**
- STS de 15 de octubre de 1979 → **págs. 35, 36**
- STS de 4 de diciembre de 1979 → **pág. 194**
- STS de 15 de octubre de 1980 → **págs. 33, 35**
- STS de 21 de diciembre de 1981 → **págs. 32, 34, 36**
- STS de 19 de febrero de 1982 → **pág. 34**
- STS de 12 de marzo de 1982 → **págs. 32, 36**
- STS de 23 de marzo de 1982 → **pág. 35**
- STS de 12 de diciembre de 1983 → **págs. 31, 36, 38**
- STS de 27 de abril de 1984 → **pág. 172**
- STS de 17 de octubre de 1984 → **págs. 168, 170**
- STS de 20 de noviembre de 1984 → **págs. 31, 35**
- STS de 19 de diciembre de 1984 → **pág. 32**
- STS de 6 de marzo de 1985 → **pág. 32**
- STS de 3 de mayo de 1985 → **págs. 31, 36**

- STS de 20 de junio de 1986 → **pág. 168**
- STS de 14 de mayo de 1987 → **pág. 172**
- STS de 19 de febrero de 1988 → **págs. 230, 231**
- STS de 22 de abril de 1988 → **pág. 172**
- STS de 15 de junio de 1988 → **págs. 84, 91**
- STS de 8 de julio de 1988 → **págs. 33, 35**
- STS de 17 de febrero de 1989 → **pág. 33**
- STS de 6 de abril de 1989 → **pág. 33**
- STS de 21 de julio de 1989 → **págs. 91, 231**
- STS de 10 de noviembre de 1989 → **pág. 35**
- STS de 6 de febrero de 1990 → **pág. 186**
- STS de 3 de mayo de 1991 → **págs. 87, 136**
- STS de 21 de mayo de 1991 → **pág. 194**
- STS de 27 de junio de 1991 → **pág. 215**
- STS de 2 de diciembre de 1991 → **pág. 231**
- STS de 22 junio 1992 → **pág. 231**
- STS de 14 de mayo de 1992 → **pág. 39**
- STS de 16 de febrero de 1993 → **pág. 38**
- STS de 31 de mayo de 1993 → **pág. 36**
- STS de 2 de noviembre de 1993 → **pág. 131**
- STS de 10 de noviembre de 1993 → **págs. 88, 213**
- STS de 16 febrero 1994 → **pág. 231**
- STS de 10 de marzo de 1994 → **pág. 36**
- STS de 7 de abril de 1994 → **pág. 215**
- STS de 20 de febrero de 1995 → **pág. 231**
- STS de 29 de marzo de 1995 → **pág. 39**
- STS de 26 de abril de 1995 → **pág. 206**
- STS de 17 de julio de 1995 → **pág. 215**
- STS de 8 de mayo de 1996 → **pág. 215**
- STS de 18 de junio de 1996 → **pág. 215**
- STS de 29 de octubre de 1996 → **pág. 165**
- STS de 28 de febrero de 1997 → **pág. 36**
- STS de 3 de marzo de 1997 → **pág. 167**
- STS de 31 de marzo de 1997 → **págs. 136, 146**
- STS de 3 de octubre de 1997 → **pág. 84**
- STS de 25 de febrero de 1999 → **pág. 36**
- STS de 11 de mayo de 1999 → **pág. 194**
- STS de 25 de junio de 1999 → **págs. 34, 164**
- STS de 31 de diciembre de 1999 → **pág. 34**
- STS de 17 de enero del 2000 → **pág. 39**
- STS de 14 de abril de 2000 → **pág. 30**
- STS de 28 de julio de 2000 → **pág. 215**
- STS de 10 de noviembre de 2000 → **pág. 34**
- STS de 20 de noviembre de 2000 → **pág. 34**

- STS de 29 de diciembre de 2000 → **pág. 95**
- STS de 19 de abril de 2001 → **pág. 215**
- STS de 3 de junio de 2002 → **pág. 131**
- STS de 18 de julio de 2002 → **pág. 231**
- STS de 13 de noviembre de 2002 → **pág. 221**
- STS de 29 de noviembre de 2002 → **págs. 86, 207, 213**
- STS de 14 de julio de 2004 → **pág. 36**
- STS de 21 de julio de 2004 → **pág. 215**
- STS de 18 de noviembre de 2004 → **págs. 207, 215**
- STS de 22 de marzo de 2006 → **pág. 215**
- STS de 30 de marzo de 2006 → **págs. 136, 215**
- STS de 26 de noviembre de 2007 → **pág. 215**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 7 DE JUNIO DE 1990 → **pág. 33**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN 52/2006 DE 31 DE ENERO → **pág. 131**

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE 24 DE FEBRERO DE 1992 → **pág. 31**

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1997 → **pág. 84**

SENTENCIA 75/2000 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA → **pág. 31**

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SALAMANCA DE 30 DE JULIO DE 2002 → **pág. 31**

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2002 → **pág. 36**

SENTENCIA 1403/2002 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA → **pág. 38**

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 8 DE ENERO DE 2003 → **pág. 24**

SENTENCIA 84/2003 DE 10 DE OCTUBRE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ → **pág. 33, 107**

SENTENCIA 166/2004 DE 8 DE MARZO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA → **pág. 31**

SENTENCIA 370/2004 DE 14 DE JULIO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA → **pág. 32**

SENTENCIA 158/2005 DE 7 DE MARZO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS → **pág. 144**

SENTENCIA 224/2006 DE 18 DE OCTUBRE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA → **pág. 221, 226**

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 13 DE DICIEMBRE DE 1985, RJ 6643 → **págs. 33, 34**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE) DE 4 DE ABRIL DE 1974, ASUNTO 167/73 → **pág.71**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE) DE 30 DE ABRIL DE 1986 → **pág. 72**

SENTENCIAS EXTRANJERAS

REINO UNIDO

Caso *Browne v. Hare* (1858) → **pág.161**

Caso *Stock v. Inglis* (1884) → **pág.161**

Caso *Wimble, Son & Co. v. Rosenberg & Sons* (1913) → **pág.161**

Caso *H. O. Brandt & Co. v. H. N. Morris & Co. Ltd.* (1917) → **pág.161**

Caso *Colley v. Overseas Exporters* (1921) → **pág.161**

Caso *J. & J. Cunningham Ltd. v. R. A. Munro & Co. Ltd.* (1922) → **pág.161**

Caso *Raymond Winslow & Co. Ltd. v. N. Scratchard Ltd.* (1944) → **pág. 160**

Caso *Maine Shipping Co. v. Sutcliffe* (1947) → **pág.161**

ESTADOS UNIDOS

Court of International Trade, 24 de octubre de 1989 → **pág. 54**

Federal Northern District Court for California, 21 de julio de 2001 → **pág. 53**

Caso *St. Paul Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*, de los Estados Unidos de América, 26 de marzo de 2002 → **pág. 58**

District Court for the Southern District of New York, 10 de mayo de 2002 → **pág. 163**

FRANCIA

Cour d'Appel Colmar, 26 de septiembre de 1995 → **pág. 54**

Cour de Cassation, Francia, 26 de junio de 2001 → **pág. 53**

ITALIA

Corte d'appello Génova, Italia, 24 de marzo de 1995 → **pág. 58**

Cassazione civile, 19 de junio de 2000 → **pág. 57**

Tribunale di Vigevano, 12 de julio de 2000 → **págs. 44, 47, 48, 56**

Tribunale di Rimini, 26 de noviembre de 2002 → **págs. 42, 43, 44, 45, 48**

SUIZA

Kantonsgericht Wallis, 11 de marzo de 1996 → **pág. 42**

Handelsgericht Kanton Zürich, 10 de febrero de 1999 → **pág. 53**

Tribunale d'appello, Lugano, 8 de junio de 1999 → **pág. 47**

ALEMANIA

Landgericht Landshut, 5 de abril de 1995 → **págs. 54, 56**

Landgericht Munich, 29 de mayo de 1995 → **pág. 53**

Landgericht Köln, 16 de noviembre de 1995 → **pág. 44**

Landgericht Kassel, 15 de febrero de 1996 → **pág. 55**

Oberlandesgericht Frankfurt, 15 de marzo de 1996 → **págs. 53, 55**

Schiedsgericht der Hamburger freundlichen Arbitrage, 29 de diciembre de 1998 → **pág. 55**

Landgericht Zwickau, 19 de marzo de 1999 → **págs. 47, 50**

Oberlandesgericht Dresde, 27 de diciembre de 1999 → **págs. 44, 53**

Oberlandesgericht Stuttgart, 28 de febrero de 2000 → **pág. 45**

Amtsgericht Duisburg, 13 de abril de 2000 → **pág. 46**

Oberlandesgericht Frankfurt, 30 de agosto de 2000 → **págs. 50, 55**

Landgericht Stendal, 12 de octubre de 2000 → **pág. 58**

Landgericht Flensburg, 19 de enero de 2001 → **pág. 44**

AUSTRIA

Handelsgericht, Viena, 4 de marzo de 1997 → **pág. 57**

Oberster Gerichtshof, 9 de marzo de 2000 → **págs. 47, 50**

Oberster Gerichtshof, 21 de marzo de 2000 → **pág. 57**

Oberster Gerichtshof, 22 de octubre de 2001 → **págs. 53, 56**

PAÍSES BAJOS

Rechtbank s'Gravenhage, 7 de junio de 1995 → **pág. 55**

Rechtbank Róterdam, 1 de noviembre de 2001 → **pág. 42**

BÉLGICA

Rechtbank Koophandel, Hasselt, 2 de mayo de 1995 → **pág. 42**

Tribunal de Commerce de Namur, Bélgica, 15 de enero de 2002 → **pág. 53**

RUSIA

Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, Arbitraje, laudo No. 406/1998 → **pág. 58**

Laudo No. 54/1999 del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e industria de la Federación Rusa → **pág. 54**

CASOS CLOUT

- Caso CLOUT No. 5 → **pág. 47**
- Caso CLOUT No. 26 → **pág. 43**
- Caso CLOUT No. 47 → **pág. 163**
- Caso CLOUT No. 48 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 49 → **pág. 54**
- Caso CLOUT No. 54 → **pág. 54**
- Caso CLOUT No. 84 → **págs. 47, 49**
- Caso CLOUT No. 92 → **pág. 54**
- Caso CLOUT No. 93 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 98 → **pág. 47**
- Caso CLOUT No. 100 → **pág. 44**
- Caso CLOUT No. 103 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 106 → **págs. 42, 43, 44, 46, 50, 52**
- Caso CLOUT No. 120 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 122 → **págs. 43, 44, 53**
- Caso CLOUT No. 123 → **pág. 162**
- Caso CLOUT No. 125 → **págs. 55, 56**
- Caso CLOUT No. 136 → **pág. 53**
- Caso CLOUT No. 138 → **pág. 49**
- Caso CLOUT No. 152 → **pág. 43**
- Caso CLOUT No. 158 → **pág. 46**
- Caso CLOUT No. 161 → **pág. 44**
- Caso CLOUT No. 164 → **pág. 43**
- Caso CLOUT No. 166 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 167 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 168 → **págs. 43, 44**
- Caso CLOUT No. 170 → **pág. 52**
- Caso CLOUT No. 171 → **pág. 49**
- Caso CLOUT No. 176 → **págs. 44, 50**
- Caso CLOUT No. 189 → **pág. 50**
- Caso CLOUT No. 190 → **pág. 52**
- Caso CLOUT No. 199 → **pág. 52**
- Caso CLOUT No. 201 → **pág. 49**
- Caso CLOUT No. 206 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 211 → **pág. 52**
- Caso CLOUT No. 214 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 220 → **pág. 55**
- Caso CLOUT No. 222 → **pág. 49**
- Caso CLOUT No. 223 → **pág. 52**
- Caso CLOUT No. 227 → **pág. 44**
- Caso CLOUT No. 229 → **pág. 57**
- Caso CLOUT No. 230 → **págs. 49, 52, 55**
- Caso CLOUT No. 231 → **pág. 53**
- Caso CLOUT No. 236 → **pág. 55**

Caso CLOUT No. 240 → **pág. 57**
Caso CLOUT No. 244 → **págs. 163, 182**
Caso CLOUT No. 251 → **págs. 47, 162**
Caso CLOUT No. 270 → **págs. 50, 55**
Caso CLOUT No. 273 → **pág. 53**
Caso CLOUT No. 280 → **pág. 44**
Caso CLOUT No. 281 → **págs. 44, 55**
Caso CLOUT No. 282 → **pág. 50**
Caso CLOUT No. 287 → **pág. 55**
Caso CLOUT No. 292 → **pág. 53**
Caso CLOUT No. 297 → **pág. 55**
Caso CLOUT No. 303 → **pág. 50**
Caso CLOUT No. 311 → **pág. 52**
Caso CLOUT No. 312 → **pág. 44**
Caso CLOUT No. 317 → **pág. 52**
Caso CLOUT No. 326 → **pág. 54**
Caso CLOUT No. 328 → **págs. 42, 43**
Caso CLOUT No. 338 → **pág. 52**
Caso CLOUT No. 330 → **pág. 50**
Caso CLOUT No. 334 → **pág. 50**
Caso CLOUT No. 340 → **págs. 163, 182**
Caso CLOUT No. 378 → **págs. 44, 48, 52, 53, 56**
Caso CLOUT No. 380 → **págs. 43, 47**
Caso CLOUT No. 413 → **pág. 49**
Caso CLOUT No. 418 → **pág. 49**

CORTE DE ARBITRAJE DE LA CCI

Corte de Arbitraje de la CCI, laudo No. 6754 → **pág. 125**
Corte de Arbitraje de la CCI, laudo No. 7565 → **pág. 55**
Corte de Arbitraje de la CCI, laudo No. 7660 → **pág. 55**
Corte de Arbitraje de la CCI, laudo No. 7844 → **pág. 55**
Corte de Arbitraje de la CCI, laudo No. 8324 → **pág. 55**
Corte de Arbitraje de la CCI, laudo No. 9187 → **pág. 55**

DOCUMENTOS

Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima → **págs. 73, 96, 205**

“Programa General para la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento” (DOCE, serie C, núm. 36, de 15 de enero de 1962), Del Consejo de Europa → **pág. 70**

Libro Blanco de la Comisión Europea: “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad” → **págs. 69, 73, 74, 76**

“*Introducción al compendio relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*”, texto adoptado en el 37º periodo de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, celebrado en Nueva York del 14 al 25 de junio de 2004 → **pág. 48**

“*Convergencia y empleo. Programa Nacional de Reformas de España*”, Ministerio de la Presidencia, octubre 2005 → **pág. 67**

“*Europa en marcha: una política de transportes para la movilidad sostenible*”, IP/06/818, Bruselas, 22 de junio de 2006 → **pág. 79**

Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980, Documentos Oficiales, Documento de la Conferencia y Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de las Comisiones Principales → **págs. 49, 50, 53**

Multimodal FIATA Bill of Lading (Conocimiento de Transporte Multimodal FIATA) → **pág. 104**

INCOTERMS (todas las versiones)

- EXW → **págs. 91, 114, 119, 120, 122, 140, 141, 142, 160, 182, 197**
- FCA → **págs. 114, 120, 122, 140, 141, 142, 143, 160, 167, 169, 177, 197**
- FAS → **págs. 25, 119, 122, 123, 140, 142, 143, 160, 167, 169, 175, 197**
- FOB → **págs. 25, 26, 114, 119, 122, 131, 132, 137, 140, 142, 160, 161, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 186, 188, 190, 191, 192, 194, 195, 197, 199, 201, 206, 207, 209, 213, 216, 224, 237, 239, 240**
- CFR → **págs. 25, 119, 122, 136, 140, 144, 145, 147, 160, 165, 167, 169, 172, 175, 190, 197**
- CIF → **págs. 25, 90, 91, 119, 120, 122, 126, 132, 136, 137, 138, 140, 144, 145, 146, 147, 160, 165, 167, 169, 172, 175, 178, 197, 223, 224**
- CPT → **págs. 119, 122, 140, 144, 147, 148, 160, 167, 175, 197**
- CIP → **págs. 90, 120, 122, 137, 140, 144, 148, 160, 167, 175, 197, 223**
- DAF → **págs. 25, 119, 121, 149**
- DES → **págs. 25, 119, 121, 149**
- DEQ → **págs. 25, 119, 122, 149**
- DDU → **págs. 120, 122, 149**
- DDP → **págs. 119, 120, 122, 140, 149, 150, 160, 182, 197**
- DAT → **págs. 25, 122, 140, 149, 160, 197**

- DAP → págs. 25, 122, 140, 149, 160, 197