



*Universitat
Abat Oliba CEU*

La Responsabilidad en la compraventa internacional de mercaderías

TRABAJO FIN DE GRADO

Autor: Álvaro Fossas Soria
Tutor: María Carmen Parra Rodríguez
Grado en: Derecho
Año: 2018

DECLARACIÓN

El que suscribe declara que el material de este documento, que ahora presento, es fruto de mi propio trabajo. Cualquier ayuda recibida de otros ha sido citada y reconocida dentro de este documento. Hago esta declaración en el conocimiento de que un incumplimiento de las normas relativas a la presentación de trabajos puede llevar a graves consecuencias. Soy consciente de que el documento no será aceptado a menos que esta declaración haya sido entregada junto al mismo.

Firma:
Álvaro FOSSAS SORIA

“El interés, ese gran guía del comercio, no es ciertamente ciego. Él sabe muy bien abrirse su camino; y sus necesidades son su mejor ley.”

Edmund Burke

Resumen

El presente trabajo pretende mostrar la dificultad que existe a la hora de determinar quién ostenta la responsabilidad en el contexto de las compraventas internacionales de mercaderías. A lo largo del trabajo, se han analizado rigurosamente las obligaciones de las distintas partes con la intención de conocer en qué momento se produce el traspaso de la responsabilidad del vendedor al comprador. Dicho análisis se fundamenta en el Convenio de Viena de 1980 y las reglas INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional. El objetivo del análisis es investigar cómo convive el Convenio de Viena con el conjunto de usos y prácticas comerciales codificados y elaborados por la Cámara de Comercio Internacional recogidos como las reglas INCOTERMS.

Resum

El present treball pretén mostrar la dificultat que existeix a l'hora de determinar qui ostenta la responsabilitat en el context de les compravendes internacionals de mercaderies. Al llarg del treball, s'han analitzat rigorosament les obligacions de les diferents parts amb la intenció de conèixer en quin moment es produeix el traspàs de la responsabilitat del venedor al comprador. Aquest anàlisi es fonamenta en el Conveni de Viena de 1980 i en les regles INCOTERMS de la Cambra de Comerç Internacional. L'objectiu de l'anàlisi és investigar com conviu el Conveni de Viena amb el conjunt d'usos i pràctiques comercials codificats i elaborats per la Cambra de Comerç Internacional recollits com a regles INCOTERMS.

Abstract

The purpose of the following project is to show the difficulty in determining who bears the final responsibility within the context of the International Sale of Goods. Throughout the project, there has been a rigorous analysis on the obligations of the different parts with the purpose of knowing when the responsibility shifts from the seller of goods onto the buyer. The following analysis is based on the 1980 Vienna Convention and the International Chamber of Commerce's INCOTERMS rules. The purpose of the analysis is to investigate how the Vienna Convention coexists with the set of uses and practices drawn up by the International Chamber of Commerce gathered as INCOTERMS.

Palabras claves / *Keywords*

Responsabilidad – Convenio de Viena de 1980 — Reglas INCOTERMS 2010 –
Obligaciones – Contrato de Compraventa Internacional – Vendedor – Comprador-

Sumario

Introducción.....	9
1. CONCEPTO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS .	11
2. CONCEPTO DE MERCADERÍAS.....	15
3. COMPRAVENTAS EXCLUIDAS.....	17
4. POSIBLE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA A LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA EXCLUIDOS.....	19
5. USOS Y PRÁCTICAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL, LOS INCOTERMS.....	20
5.1. Usos y prácticas convenidos.....	20
5.1.1. Usos convenidos.....	20
5.1.2. Prácticas establecidas entre las partes.....	22
5.2. Usos objetivamente aplicables.....	23
5.2.1. La Lex Mercatoria.....	23
6. LA CONVENCIÓN DE VIENA Y LOS INCOTERMS EN LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR.....	25
6.1. Entrega de las mercaderías.....	25
6.1.1. Ejecución de la entrega.....	27
6.1.2. Lugar de la entrega.....	27
6.1.2.1. Venta con expedición.....	28
6.1.2.2. Venta con entrega directa a la llegada.....	31
6.1.2.3. Venta con entrega directa en plaza.....	33
6.1.3. Momento de la entrega.....	34
6.1.3.1. Entrega anticipada.....	34
6.1.3.2. Entrega mayor de bienes.....	35
6.1.3.3. Entrega de documentos.....	35
7. TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS.....	38
7.1. Concepto de la «transmisión del riesgo».....	38
7.2. Reglas generales. Ventas indirectas.....	40
7.2.1. Aplicación de los INCOTERMS.....	40
7.2.2. Aplicación subsidiaria de las soluciones de la Convención de Viena.....	43
7.3. Reglas generales. Ventas directas.....	44
7.3.1. Compraventas en plaza.....	44
7.3.2. Compraventas a la llegada.....	46
7.3.3. Cláusulas «ex ship» o «free domicile».....	46
7.3.4. Cuestión específica. Las compraventas directas y el transporte internacional de mercaderías.....	47
7.4. Reglas particulares. Ventas en tránsito.....	48
7.5. Reglas particulares. Incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor.....	49
8. CONVENCIÓN DE VIENA: DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR.....	50
8.1. Consideraciones Generales.....	50
8.2. Indemnización por daños y perjuicios.....	51
8.2.1. Daños reparables.....	51

8.2.2.	Daños materiales.....	51
8.2.3.	Responsabilidad objetiva y reparación total	52
8.2.4.	Daños indemnizables	53
8.2.5.	Lugar del pago de la indemnización	54
8.2.6.	Minoración de los daños	54
8.2.7.	Cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios.....	55
8.2.8.	Existencia de una operación de reemplazo	56
8.2.9.	Inexistencia de una operación de reemplazo	57
8.2.9.1.	Lugar del «precio corriente».....	58
8.2.9.2.	«Precio corriente»	58
8.3.	Intereses	58
8.3.1.	Cantidad de intereses a pagar	59
8.3.2.	Momento de devengo de los intereses	59
8.3.3.	Intereses como cuestión excluida del ámbito de aplicación de la Convención de Viena	60
9.	SUPUESTOS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO.....	61
9.1.	Imposibilidad de cumplimiento	61
9.1.1.	Requisitos.....	62
9.1.2.	Hecho imputable a un tercero	63
9.1.3.	Consecuencia jurídica	64
9.1.4.	Efectos.....	65
9.2.	Hecho imputable al acreedor	66
9.2.1.	Requisitos.....	66
9.2.2.	Consecuencia jurídica	67
	Conclusiones.....	68
	Bibliografía.....	71

Introducción

En el siglo XX, la revolución tecnológica que llevó a la globalización puso al alcance del ser humano los medios para comerciar atravesando sus fronteras. Aumentando pues, el comercio y con ello la contratación internacional.

El contrato internacional, por su naturaleza, mueve la economía del planeta y permite la eficiente circulación de los recursos. Juristas y economistas subrayan que dicho contrato es el vehículo más perfecto para el cambio de cosas, derechos, y servicios entre operadores económicos en el contexto en la economía de libre mercado internacional.

Sin embargo, debemos saber que no existe un Derecho Privado Mundial que asegure a un comprador «A» (empresa con sede social en Barcelona), que el vendedor sujeto «B» (empresa con sede social en Berlín), cumplirá aquello a lo que se comprometió y entregará la mercancía tal y como se pactó en el contrato. Vivimos en un mundo que está dividido en Estados, y ello hace que el comercio internacional resulte «penalizado» por las divisiones Estatales. Intercambiar en el contexto internacional resulta mucho más arriesgado que en el contexto meramente interno o nacional.

Ante esta problemática, se crea el Convenio de Viena de 1980, fruto de una larga y cuidada elaboración que regula las compraventas internacionales y en la cual se adhirió España el 17 de julio de 1990.

Por otro lado, la Cámara de Comercio Internacional publicó en 1936 la primera versión de las reglas INCOTERMS. Los INCOTERMS (*International Commercial Terms*) son una serie de usos y prácticas comerciales codificados y elaborados por la Cámara de Comercio Internacional que regulan la interpretación de los vocablos más utilizados en la compraventa internacional, en relación con la obligación de la entrega de la cosa y su procedimiento, la transferencia de los riesgos, transferencia de la responsabilidad, etc.

El objetivo de este trabajo es ofrecer una visión más amplia de las dificultades a la hora de determinar cuándo empieza y cuando acaba la responsabilidad de las partes.

Así pues, veremos cómo convive el Convenio de Viena con las reglas INCOTERMS. Ya que estas últimas, tienen una extrema importancia en la regulación del comercio internacional actual.

1. CONCEPTO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Las compraventas internacionales de mercaderías se rigen en buena parte por las normas contenidas en la convención de las Naciones Unidas sobre esta materia, aprobadas en Viena el 11 de abril de 1980¹ y en la que se ha adherido España el 17 de julio de 1990². Normas que, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1.5 del Código Civil³ han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico español. Este convenio es fruto de una larga y cuidada elaboración, y aun cuando se aplica únicamente a las compraventas de mercancías internacionales-siempre que concurren las circunstancias que luego se dirán-, sus normas pueden servir de modelo para la modificación del régimen de la compraventa de bienes muebles contenidos nuestros códigos además determinados principios generales pueden tener un valor ejemplar para las formas generales sobre los contratos.⁴

Así pues, por compraventa entendemos que es todo aquél contrato sinalagmático en el cual el vendedor se obliga a entregar una cosa y el comprador a pagar por ella un precio cierto. Para que la compraventa sea considerada internacional basta con que dicho contrato presente un elemento extranjero; pues en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado no existen normas que indiquen cuándo una compraventa presenta carácter internacional.

Una compraventa es internacional cuando las partes contratantes tienen establecimientos en distintos Estados o cuando dichas partes tienen sus establecimientos en un mismo Estado, pero el lugar de conclusión del contrato, el lugar

¹ La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y fue firmada en Viena el 11 de abril de 1980.

² Instrumento de Adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980. Publicada en BOE núm. 26 de 30 de enero de 1991. Entra en vigor en España a 1 de agosto de 1991. Referencia BOE = BOE-A-1991-2552.

³ Art 1.5 Código Civil Español: *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.*

⁴ SÁNCHEZ-CALERO, F. – SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015), *Instituciones de derecho mercantil (Vol. II)* (Ed. XXXVII), Pamplona, Editorial Aranzadi, pp. 261-263, ISBN: 978-84-9098-559-5.

en el que están situadas las mercancías o el lugar al que deben ser transportadas para su entrega se encuentra en otro Estado distinto. En ciertas ocasiones se exige que concurra un determinado elemento extranjero para que un Convenio de Derecho Internacional Privado en la materia sea aplicable.

El Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías exige, para su propia aplicación, que los contratantes posean sus establecimientos en distintos Estados; a esto le llamamos el criterio objetivo.

En este sentido, están excluidas de su ámbito de aplicación tanto las compraventas internas como las compraventas internacionales fuera de establecimiento mercantil o las compraventas ambulantes internacionales que quedan sometidas a la aplicación del Reglamento Roma I⁵ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales porque constituye la normativa general de los contratos internacionales en el ámbito de la Unión Europea.

Las compraventas internacionales realizadas fuera del establecimiento mercantil del empresario del vendedor se caracterizan porque se celebran con consumidores normalmente en la vivienda del consumidor que compra o en la de otro consumidor, o en su centro de trabajo; o en un medio de transporte público. Las compraventas ambulantes son aquellas realizadas por comerciantes, fuera de un establecimiento comercial permanente, en los lugares debidamente autorizados, en instalaciones comerciales desmontables o transportables, incluyendo los camiones-tienda. Para el desarrollo de la actividad de la venta ambulante es necesario contar con autorización del ayuntamiento en cuyo término municipal radica el lugar donde pretende ejercitarse. En este tipo de contratos de compraventa internacional tampoco existe un establecimiento comercial permanente, aunque pueden realizarse entre empresarios o entre empresarios y consumidores.

Por ejemplo, una compraventa entre una empresa francesa y una empresa alemana con establecimientos en sus respectivos países deberá ser objeto de regulación por la Convención de Viena de 1980, pues los contratantes tienen establecimientos en distintos Estados parte de la Convención. Sin embargo, una compraventa entre una empresa francesa y una empresa alemana que tengan ambas su establecimiento en España sigue siendo internacional, aunque no le sea de aplicación la Convención de

⁵ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, 17 de junio de 2008. Documento DOUE-L-2008-81325.

Viena de 1980 por no cumplir con el elemento internacional, presupuesto de la aplicación de la Convención, como es el que los contratantes tengan establecimientos en Estados diferentes.

Igualmente, la naturaleza de los bienes objeto del contrato de compraventa internacional incide en la aplicación de los distintos instrumentos de Derecho Internacional Privado aplicables en esta materia. En este sentido, como tendremos ocasión de tratar más exhaustivamente, la Convención de Viena de 1980 sólo se aplica a las compraventas internacionales de mercaderías, es decir, cuando su objeto son los bienes muebles corporales. Por tanto, la compraventa internacional de bienes inmuebles y la de bienes inmateriales (como la propiedad industrial o intelectual) está excluida del ámbito de aplicación de la Convención de Viena. Tampoco la venta internacional de empresas o establecimiento mercantil pueden considerarse mercaderías a los efectos de aplicación de la Convención de Viena, puesto que la venta de una empresa lleva aparejada la venta de derechos que no pueden considerarse mercaderías a los efectos de aplicar la normativa uniforme. No puede olvidarse que la compraventa de establecimiento mercantil o de empresa tiene por objeto la transmisión de una unidad empresarial viva que comprende tanto bienes inmuebles como bienes o derechos inmateriales (patentes, marcas, etc.). En este sentido, hay que acudir a las soluciones del Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a las compraventas internacionales de bienes inmuebles, de bienes inmateriales, de empresas o establecimientos mercantiles.

Para determinar el régimen jurídico básico de la regulación de la compraventa internacional es necesario diferenciar los dos grandes grupos de problemas que plantea dicho contrato desde un punto de vista de Derecho Internacional Privado: la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable a los contratos de compraventa internacional; aunque el objeto de este trabajo sólo se va a centrar en el problema de la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Para determinar la competencia judicial internacional en materia de contratos de compraventa internacional existen dos grados de regulación: a) El recogido en el Reglamento de la Unión Europea 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil o en su caso el regulado en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 o el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 —ambos con el mismo nombre—; b) En caso de no ser de aplicación dicho régimen habrá que acudir al Art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) donde se establece el régimen de producción interna. Para determinar el Derecho aplicable a

los contratos de compraventa internacional también es necesario establecer dos niveles: a) La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980 y el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; b) Los Arts. 10.5 y concordantes del Código Civil Español, donde se configura el obsoleto régimen de producción interna, en defecto de la aplicación del régimen convencional.⁶

⁶ YZQUIERDO TOSLADA M. (dir.) (2014), *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, (Tomo XVI): Los contratos internacionales (I), competencia judicial y ley aplicable. Contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Pamplona: Editorial Aranzadi, p.385. ISBN: 978-84-9059-199-4.

2. CONCEPTO DE MERCADERÍAS

Atendido el concepto de comercio y contratación internacional debemos analizar el objeto del comercio que son las mercaderías. Para entender la constante evolución que existe en materia internacional nos apoyaremos en diversa jurisprudencia que ha definido qué mercaderías pueden ser o no objeto del comercio que estamos analizando:

a) Bienes muebles corporales

La Convención de Viena de 1980 sólo se aplica a las compraventas internacionales de «mercaderías», es decir, cuando su objeto son los bienes muebles corporales⁷.

En el caso de cosas futuras, ya sean compraventas de cosechas, etc. Las cosas objeto de esta deben tener naturaleza mueble al tiempo de la entrega, no en el momento de conclusión del contrato. Podemos decir que la compraventa internacional de bienes inmuebles y la de bienes inmateriales (como la propiedad industrial o intelectual) están excluidas del ámbito de aplicación de la Convención de Viena⁸

Siguiendo con el análisis, tampoco la venta internacional de acciones de una empresa, de empresas⁹ o establecimiento mercantil pueden considerarse «mercaderías» a los efectos de aplicación de la Convención de Viena, puesto que la venta de una empresa lleva aparejada la venta de derechos que no pueden considerarse «mercaderías» a los efectos de aplicar la normativa uniforme¹⁰. No puede olvidarse que la compraventa de establecimiento mercantil o de empresa tiene por objeto la transmisión de una «unidad empresarial viva» que comprende tanto bienes inmuebles como bienes o derechos inmateriales (patentes, marcas, etc.)¹¹.

⁷ Sentencia OLG Köln del 26 de agosto de 1994 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos*, *op.cit.*, p. 420.

⁸ Sentencia OLG Köln del 26 de agosto de 1994 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos*, *op.cit.*, p. 421.

⁹ Sentencia del TS del 3 de septiembre de 2010 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos*, *op.cit.*, p. 421.

¹⁰ Sentencia de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Húngara del 20 diciembre de 1993 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos*, *op.cit.*, p. 421.

¹¹ FERRARI, F (1995), Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing, *Journal of Law and Commerce*, pp. 10-11.

Todas las cosas corporales de naturaleza mueble son mercancías a efectos de la Convención, incluso los animales vivos.

Como ejemplo, tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 182/2003 (Sección 2ª), del 19 septiembre de 2003¹² cuyo objeto de compraventa era ganado; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense del 12 febrero de 2004 (Recurso de apelación núm. 207/2003)¹³ cuyo objeto del contrato eran aves.

En conclusión, no se aplicaría a la compraventa de bienes inmuebles, así como de derechos inmateriales —*know-how*, patentes, etc.—

b) Compraventa de software¹⁴

En la compraventa de *software* hay que distinguir entre la venta de programas informáticos hechos a medida y la venta de programas estándar. Si se trata de un *software* estándar se considerará como un contrato de compraventa incluido en el ámbito de la Convención de Viena. Sin embargo, si se vende un *software* a medida no puede considerarse una venta de «mercaderías» tal y como señala la Sentencia OLG de Köln, de 26 agosto 1994¹⁵.

¹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 182/2003 (Sección 2ª), del 19 septiembre de 2003 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 421.

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense del 12 febrero de 2004 (Recurso de apelación núm. 207/2003 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 421.

¹⁴ Soporte lógico de un sistema informático, que comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos que son llamados *hardware*.

¹⁵ Sentencia OLG Köln del 26 de agosto de 1994 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 420.

3. COMPRAVENTAS EXCLUIDAS

Acudiendo al Art. 2 de la Convención de Viena, éste nos hace una delimitación que analizaremos por partes.

a) Compraventa de consumidores

En las compraventas de consumidores, aun cuando se trate de bienes muebles se excluirán aquellas compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico (Art. 2.a). El motivo de la exclusión de este tipo de compraventas es con el fin de evitar que la aplicación efectiva de la Convención chocase con las leyes nacionales imperativas dictadas para la protección del consumidor, como parte débil del contrato.

b) Compraventas en subastas

También se excluyen las compraventas en subastas (Art. 2.b), ya que son objeto de disposiciones especiales en los sistemas jurídicos nacionales. Ya sean privadas o por orden judicial. Además, no es posible conocer quién será el comprador, hecho que no casa con el convenio vigente.

Con todo lo expuesto, no debemos incluir las ventas en bolsas de mercaderías ya que técnicamente no son consideradas subastas, sino una forma especial de contratación.

c) Compraventas judiciales

Tampoco se aplicará la Convención a las compraventas judiciales (Art. 2.c). Ya que éstas no tienen la categoría de negocios y, por tanto, son reguladas internamente por los Estados.

d) Compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero

La Convención excluye, por razón de su objeto, las compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero (Art. 2.d). Esto se debe a que en los ordenamientos nacionales ya existen unas disposiciones específicas para estas materias.

e) Compraventas de buques y aeronaves

Se exceptuarán también las compraventas de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves (Art. 2.e). El fundamento de esta excepción es que la mayoría de las legislaciones nacionales someten a registro la compraventa de buques y aeronaves. Sin embargo, existen discrepancias jurídicas en las compraventas de componentes de dichas naves ya que distintas sentencias en el panorama internacional se han contradicho. La Sentencia U.S. District Court for the Northern District of Illinois (27 octubre 1998), resolvió que el Convenio estaba bien aplicado en la compra de dos motores para una aeronave. Y la Sentencia del Tribunal Federal de Quiebras del distrito judicial central de Georgia, de 25 de julio de 2002, excluyó la aplicación de la Convención de Viena tanto la compra de una aeronave como dos motores de aeronave.¹⁶

f) Compraventas de electricidad

Finalmente, y siguiendo el (Art. 2.f) del Convenio. Están también excluidas las compraventas de electricidad. Dadas las características que posee y de la naturaleza de esta compraventa, las partes realizan contratos muy cuidados en esta materia apartados del Convenio de Viena.

¹⁶ YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 424.

4. POSIBLE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA A LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA EXCLUIDOS

Las partes, en algunos supuestos, pueden someter a la normativa uniforme una compraventa internacional, aunque por su naturaleza o por el objeto de esta esté excluida de su ámbito de aplicación material¹⁷ tal y como establece el Art. 6 de la Convención, donde se declara el carácter dispositivo de la Convención de Viena.

Salvo en los casos de las compraventas celebradas con consumidores donde tal posibilidad es ilegal porque una de las partes podría quedar muy desprotegida, la aplicación de la Convención de Viena por la voluntad de las partes al resto de los supuestos en los que no puede ser aplicada ha de ser admitida. Si las partes, deciden aplicar libremente la normativa uniforme, podrán realizarlo, aunque no sea la más adecuada, a diferencia de lo que ocurre con la normativa uniforme sobre transporte internacional, donde la normativa uniforme tiene carácter imperativo.

En relación con lo desarrollado, puede nacer también, las incorporaciones por referencia. Estas se materializan en la realización de un contrato, cuando las partes incorporan fragmentos del Convenio en la redacción de un contrato. Ya que no debemos olvidar que las partes pueden realizar esta disposición por que tienen autonomía a la hora de redactar cualquier tipo de contrato.

¹⁷ Convención de Viena de 1980, Art. 2 y Art 3.

5. USOS Y PRÁCTICAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL, LOS INCOTERMS

El espíritu de la Convención de Viena, reguladora del Derecho uniforme de la venta internacional, es traducir en forma escrita los usos y las prácticas efectivamente seguidas en el comercio internacional.¹⁸

5.1. Usos y prácticas convenidos

El Art. 9.1 del Convenio de Viena nos dice que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

5.1.1. Usos convenidos

Con usos convenidos, hacemos referencia a lo que han pactado las partes de forma expresa. Esto surge cuando las partes recurren a expresiones o abreviaturas usuales en el comercio internacional, frecuentemente codificadas por corporaciones profesionales. Esto es lo que se denominan INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional. Los INCOTERMS (*International Chamber of Commerce Trade Terms*) son una serie de usos y prácticas comerciales codificados y elaborados por la Cámara de Comercio Internacional que regulan la interpretación de los vocablos más utilizados en la compraventa internacional, en relación con la obligación de la entrega de la cosa y su procedimiento, la transferencia de los riesgos y de los gastos y la facilitación de documentos. Las reglas INCOTERMS vigentes son las del 2010, que fueron aplicables a partir desde el 1 de enero de 2011, donde se han simplificado los términos comerciales en torno a cuatro categorías: cláusulas E, cláusulas F, cláusulas C y cláusulas D. Este conjunto de reglas se revisa cada diez años. Incluso la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) ha recomendado el uso de los INCOTERMS 2010 pues considera que estos conjuntos de definiciones comerciales armonizan las Leyes que gobiernan el comercio internacional y los califica «como una valiosa contribución a la facilitación del comercio internacional». Los INCOTERMS han sido recogidos por la Convención de Viena en lo que se refiere a la entrega y transmisión de riesgos, como se puede comprobar en sentencias como la de la AP de Barcelona, (8 de enero de 2003).

¹⁸ AUDIT, B. (1990): La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, LGDJ, p. 29.

Las siglas más usuales son las contenidas en la siguiente tabla:

Tabla 1. Reglas INCOTERMS 2010

Siglas usuales	Descripción	
	Inglés	Español
EXW	<i>Ex Works</i>	En Fábrica
FCA	<i>Free Carrier</i>	Franco Porteador
FAS	<i>Free Alongside Ship</i>	Franco al costado del buque
FOB	<i>Free on Board</i>	Franco a Bordo
CFR	<i>Cost and Freight</i>	Costo y Flete
CIF	<i>Cost, insurance and freight</i>	Costo, seguro y flete
CPT	<i>Carriage paid to</i>	Transporte pagado hasta
CIP	<i>Carriage and insurance paid to</i>	Transporte y seguro pagados hasta
DAT	<i>Delivered at Terminal</i>	Entregada en terminal
DAP	<i>Delivered at Place</i>	Entregada en lugar
DDP	<i>Delivery duty paid</i>	Entregada derechos pagados

Fuente: CABRERA CÁNOVAS, A. – *Las reglas INCOTERMS 2010*, Barcelona: Marge Books, 2013, ISBN: 978-84-15340-76-8, pp. 57-58.

Así pues, los INCOTERMS, están en el marco de la denominada nueva *lex mercatoria*, que desarrollaremos más tarde. Estas reglas de venta regulan las transacciones comerciales en las compraventas internacionales. Dada la condición de organización no gubernamental de dicha cámara, las reglas no constituyen fuente de derecho, ya que no emanan del poder legislativo ni se ratifican e incorporan a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante publicaciones en diarios oficiales.¹⁹

¹⁹ CABRERA CÁNOVAS, A. (2013) – *Las reglas INCOTERMS 2010*, Barcelona: Marge Books, ISBN: 978-84-15340-76-8, pp. 57-58

Ahora bien, ello no quiere decir que no tengan ningún tipo de validez. Sino que sucede todo lo contrario. Estas reglas adquieren carácter y fuerza contractual en la medida en que las partes voluntariamente incorporan a sus contratos de compraventa y se hallan reconocidas en el artículo 9 del Convenio tal y como decíamos anteriormente.

Así pues, el Convenio señala la prevalencia de los usos (entendidos como reglas) a que se hayan acogido las partes frente a lo estipulado en dicho documento, el cual, por otra parte (como se indica en el artículo 6 del Convenio), tiene naturaleza dispositiva. De este modo, es posible modificar y concretar, mediante una regla INCOTERM, la regulación del convenio en relación, por ejemplo, con la transmisión de riesgos.

No obstante, estas reglas no pueden contravenir en ningún caso las normas y disposiciones legales que imperen en un determinado país.

Los INCOTERMS actualmente tienen una altísima utilidad e importancia. Por ello los deberemos analizar paralelamente y en comparación con el Convenio de Viena.

5.1.2. Prácticas establecidas entre las partes

Por otro lado, también cubre este precepto las prácticas que hayan establecido entre las partes. Se refiere a aquellos usos que regularmente hayan seguido en sus relaciones las partes que sirven para determinar a la vez su intención y las obligaciones existentes entre ellas²⁰.

Los usos prevalecen, al igual que cualquiera otra cláusula pactada por las partes, sobre las disposiciones de la Convención de Viena, dada su naturaleza dispositiva (Art. 6).

En caso de incompatibilidad entre un uso convenido y la práctica hasta entonces seguida por las partes, cabe interpretar que deberá prevalecer el uso convenido²¹.

²⁰ En este sentido puede citarse la Sentencia LG Bielefeld, de 24 de noviembre de 1998 donde se acepta que el lugar del pago debía determinarse conforme a las prácticas establecidas entre las partes, art. 9.1, y no conforme a lo dispuesto en el art. 57 de la Convención de Viena, que regula la determinación del lugar del pago sólo en defecto de pacto.

²¹ REINHART, G. (1991): UN-Kaufrecht. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Heildeberg, C. F. Müller Juristischer, pp. 35-36.

5.2. Usos objetivamente aplicables

Siguiendo el Art. 9.2 de la Convención de Viena, en el cual se establece 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 de mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Se trata de usos objetivamente aplicables cuya validez no han pactado ni expresa ni tácitamente las partes²². Así, el tribunal neoyorquino en la Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York (26 marzo 2002), señaló que, aunque no había quedado probado que el término comercial internacional CIF lo hubieran establecido entre las partes (en virtud del art. 9.1), se estimó que se trataba de un uso ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo, por lo que se consideró de aplicación en virtud del art. 9.2.²³

5.2.1. La Lex Mercatoria

Anteriormente se ha mencionado la *lex mercatoria*, en el siguiente punto vamos a proceder a analizarla. Se refiere, a una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio iuris* de su vinculación jurídica.²⁴

Estos usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional son superiores a las disposiciones de la Convención, pero subordinados, llegado el caso, a un Derecho nacional que admita su validez (art. 4.a).

La validez jurídica de estos usos proviene directamente de la Convención de Viena que, a través de lo dispuesto en su art. 9.2²⁵, los eleva a rango de ley.

²² Sentencia de la AP de Asturias de 29 de septiembre de 2010; Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York, 26 marzo 2002 - *Contratos*, *op.cit.*, p. 473 *Contratos*, *op.cit.*, p. 473

²³ CALVO CARAVACA A.L – CARRASCOSA GONZÁLEZ J, (dir.) (2012) *Derecho del comercio internacional*, Madrid: Editorial Colex, ISBN: 978-84-83423-63-9, p. 789.

²⁴ YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos*, *op.cit.*, p. 473.

²⁵ Convención de Viena: art 9.2: *Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.*

Por lo expuesto, son aplicables al margen de lo dispuesto por los contratantes. Fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Viena esta *Lex mercatoria* sólo tiene efectos y validez jurídica inter-partes. No puede considerarse, por tanto, como una fuente jurídica autónoma surgida al margen de los Estados; sino que, por el contrario, la *lex mercatoria* tiene vigencia sólo en la medida en que el Derecho del Estado la consiente y la tolera siempre en las áreas del derecho dispositivo²⁶.

Frente a la acepción tradicional de la *lex mercatoria*, se encuentran los defensores de la teoría de la nueva, quienes parten de dicha ley como un Derecho material especial para los negocios internacionales que se aplica como un ordenamiento jurídico alternativo al Derecho de los Estados²⁷.

Sin embargo, esta teoría es muy criticable básicamente por varios motivos: a) la nueva *lex mercatoria* no forma parte del sistema de fuentes de los Estados actuales, aunque hay que tener en cuenta que algunas de sus reglas son elevadas de rango jurídico por las propias normas de Derecho Internacional Privado. Esto es lo que hace el art. 9 de la Convención de Viena o el art. 23 del Reglamento de la Unión Europea 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que aceptan el carácter jurídico de ciertos usos y prácticas del comercio internacional incluso aunque no se hayan pactado por las partes siempre que sean o debieran ser objetivamente conocidos por los contratantes. Sin embargo, no hay que levantar las campanas al vuelo porque lo que tiene un verdadero rango jurídico objetivo no es la *lex mercatoria* por sí misma sino las normas internacionales que la recogen, es decir, la Convención de Viena que le eleva el rango jurídico, ex art. 9; b) no es un único cuerpo de normas sino varios dependiendo del tipo de contratos que la nueva *lex mercatoria* quiere regular, aunque básicamente se centra en la compraventa internacional; c) su sistema sancionador es muy débil y poco efectivo, pues en realidad no son normas jurídicas.

²⁶ HATZIMIHAL, N. E. (2008): The many lives —and faces— of Lex Mercatoria: History as genealogy in *International Business Law, Law & Contemp. Prob.*, 71, pp. 169-190.

²⁷ CALVO CARAVACA, A. L. (octubre 2009): «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, vol. 1, nº 2, pp. 69-72.

6. LA CONVENCIÓN DE VIENA Y LOS INCOTERMS EN LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

6.1. Entrega de las mercaderías

Ahora analizaremos, las obligaciones y por tanto la responsabilidad del vendedor y las del comprador. Son obligaciones sinalagmáticas que se regulan en los arts. 30 a 44 Convención de Viena. Las obligaciones del vendedor son fundamentales en cualquier contrato de compraventa internacional. Los arts. 30 a 35 de la Convención de Viena establecen las obligaciones del vendedor en cuanto al tiempo y al lugar de entrega, así como en lo que el vendedor debe entregar. Acudiendo a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de marzo de 2009 dice de un modo detallado cuáles son las obligaciones que debe cumplir el vendedor, bajo el contrato de compraventa: entregar la mercancía, con la documentación aduanera y sanitaria, más el certificado de calidad, contratando el transporte, y cargando la mercancía a bordo del buque en el puerto de embarque, es decir, entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar los documentos» (arts. 30, 31, 34 de la Convención de Viena), y entregar la cantidad, calidad y tipo pactado, y envasado en la forma prevista (art. 35 Convención de la convención de Viena).

Los arts. 37 a 40 se aplican cuando las mercancías entregadas son defectuosas y establecen: el derecho del vendedor a reparar los defectos en los bienes (art. 37 Convención de Viena), así como la obligación del comprador de examinar las mercancías y notificar al vendedor cualquier falta de conformidad (arts. 38-40 Convención de Viena). Los arts. 41 y 43 de la Convención de Viena definen las acciones del comprador si el vendedor no entrega la mercancía libre de reclamaciones de terceros o de los derechos de propiedad intelectual, y la obligación del comprador de notificarlo al vendedor.

El art. 44 de la Convención de Viena prevé una excepción a la obligación del comprador de dar aviso al vendedor de la no conformidad de las mercaderías. Diciendo que el comprador podrá rebajar el precio conforme al artículo 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.

El art. 30 describe las principales obligaciones del vendedor y una obligación a cooperar con el comprador.

Ya que dice lo siguiente: *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.*

Es importante destacar que el art. 30 Convención de Viena hace hincapié en que el alcance y el contenido de las obligaciones del vendedor dependen de las «condiciones establecidas en el contrato» y en la Convención. Eso puede significar, por ejemplo, que la obligación del vendedor de transferir la propiedad se modifique y retenga la titularidad según lo acordado por las partes, especificando cómo y cuándo se transmitirá la propiedad²⁸.

El problema de la transmisión de la propiedad de las mercancías se regula por las normas de Derecho Internacional Privado. En lo que concierne a las otras dos obligaciones enunciadas, hay que decir que la obligación de entrega de los documentos puede ser considerada como un aspecto de la entrega y, por consiguiente, unida a ella. En contra, conviene distinguir la entrega propiamente dicha de la obligación de conformidad y las garantías debidas por el vendedor. Las mercaderías entregadas deberán ser conformes al contrato (art. 35.1 Convención de Viena). Independientemente del grado objetivo de discrepancia entre la mercancía entregada y los bienes contratados, las mercaderías deben ser entregadas en términos del art. 31 de la Convención de Viena, si los requisitos de dicho artículo son aplicables. El comprador pierde sus derechos si no lo comunica al vendedor dentro de un plazo razonable²⁹.

Esta obligación se tendría que tratar de la siguiente manera: 1º) reglas previstas para su ejecución (arts. 31 a 34);

²⁸ MUÑOZ E., SCHWENZER I. (2011), *SCHLECHTRIEM y SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Tomo I y II)*, Navarra: Aranzadi. ISBN: 978-84-9903-761-5.

WIDMER, C. (2011), «Art. 30» en *Schlechtriem & Schwenzler: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas, op.cit.*, p. 881.

²⁹ SCHLECHTRIEM, P. - BUTLER, P. (2011): *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Heidelberg, Springer, 2009, p. 107; Schwenzler, I.: «Art. 35» en *Schlechtriem & Schwenzler: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Tomo II)* Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 1039-1040.

2º) Tratar el tema de la transmisión de los riesgos, aunque su regulación se encuentre más alejada (en concreto, en los arts. 66 a 70) por su gran conexión con la obligación de entrega.

Se puede deducir del art. 31 de la Convención que la obligación de entrega consiste en la entrega material de las mercaderías o su puesta a disposición del comprador.

3º) Finalmente se tratará el tema de la conservación de las mercaderías en la medida en que se previene un daño (arts. 85 a 88).

6.1.1. Ejecución de la entrega

En la ejecución de la entrega se examinará, las modalidades de entrega (lugar y momento de la entrega); en segundo lugar, la entrega de documentos; y, en tercer lugar, las obligaciones complementarias. La determinación del contenido de la obligación de entrega de las mercaderías tiene una gran importancia porque supone el presupuesto para determinar el tribunal y el presupuesto para el ejercicio de las acciones contempladas en la Convención de Viena por falta de entrega de las mercaderías art. 45 de la Convención de Viena.

6.1.2. Lugar de la entrega

En cuanto a las disposiciones de la Convención relativas al lugar y al momento, es más que frecuente la aplicación de reglas subsidiarias, haciendo inclusión en el contrato de estipulaciones expresas entre las partes sobre estos puntos en la mayoría de los casos a través de la elección de un INCOTERM³⁰

Sólo en el caso de que las partes no incluyan un pacto de lugar de entrega, un INCOTERM en el contrato, se aplicarán las soluciones de la Convención de Viena en lo relativo a la entrega de la mercadería.

Dependiendo de qué tipo de INCOTERM se incluya en el contrato de compraventa y del tipo de compraventa se determina el lugar de entrega. Si las partes incluyen un INCOTERM en su contrato de compraventa internacional de mercaderías puede diferir el lugar entrega de lo establecido en la Convención de Viena. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, las soluciones recogidas por la Convención de Viena se adaptan perfectamente a los INCOTERMS que pueden ser utilizados por los contratantes.

³⁰ JOLIVET, E. (2010): Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, nº 2, p. 48

Además, el lugar de entrega es muy importante con relación a la transmisión de los riesgos (arts. 67 a 69 Convención de Viena en defecto de que pacte un INCOTERM) ya que la transmisión del riesgo está condicionada a que se haya realizado la entrega, distinguiendo distintos tipos de contratos de compraventa internacional según el momento y el lugar en que se realiza la entrega. Una de las principales ventajas de los INCOTERMS 2.010 es que otorgan una definición física del lugar de entrega contractual y al mismo tiempo del lugar de la transmisión de los riesgos en cada uno de los INCOTERMS³¹.

En la Sentencia OLG Karlsruhe, de 20 de noviembre de 1992, el tribunal señaló que la cláusula de «portes pagados» en cuanto a la entrega de las mercancías y la transmisión de los riesgos primaba sobre la aplicación del art. 31.a); por lo que a pesar de que el contrato implicaba el transporte de las mercancías, la transmisión del riesgo no se había producido cuando el vendedor puso las mercancías en manos del primer porteador (art. 31.a) sino cuando las mercancías se hubieran entregado en el lugar del establecimiento del comprador. Como este hecho no pudo probarse no había producido la transmisión del riesgo del vendedor al comprador.

Por último, la determinación del lugar de entrega también es muy importante para determinar la competencia judicial internacional en materia de contratos de compraventa internacional de mercancías. Cuando las partes individualizan directamente en el contrato de compraventa internacional de mercaderías el lugar de entrega de las mercaderías, como por ejemplo a través de la inclusión de un INCOTERM, si dicho lugar se encuentra en el territorio de los Estados miembros (del Reglamento 44/2001) determina la competencia judicial internacional para conocer de cualquier litigio derivado de un contrato de compraventa internacional de mercaderías. Ahora bien, si las partes no pactan el lugar de entrega, hay que acudir a las soluciones del art. 31 Convención de Viena, para determinar los tribunales competentes.

6.1.2.1. Venta con expedición

Este tipo de compraventa, posterior en el tiempo, ha desplazado en la práctica a las compraventas directas. Cuando el contrato implica el transporte de mercancías, se considera cumplida la obligación de entrega si son puestas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador [art. 31.a)]; por lo que el vendedor no se hace responsable de los daños posteriores causados por el porteador.

³¹ RADTKE, C. M. (2011): Le juge du lieu de livraison, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 64, p. 63.

En este caso, estamos ante un supuesto cualificado de venta con entrega indirecta, como es la «venta con expedición», donde el vendedor no realiza la entrega directamente al comprador sino a un tercero independiente para que la traslade al comprador.

Si el contrato de compraventa implica el transporte de las mercancías, el vendedor puede, bien entregar las mercaderías a un transportista contratado por el comprador o bien asumir directamente la obligación de expedir las mercancías, concertando para ello el oportuno contrato de transporte³².

Así pues, si el vendedor realiza un contrato de transporte con un transportista independiente, su obligación de entrega se entiende realizada cuando se pone en manos del primer porteador. En este caso, se transmiten los riesgos del vendedor al comprador por la simple posesión de la mercancía en manos del porteador, art. 67.1 de la Convención de Viena. Sin embargo, si el vendedor es a su vez el transportista de la mercancía será preciso entregar la mercancía al comprador pues no se produce una transferencia de los riesgos del vendedor al comprador.

Si no hay pactada una cláusula de entrega en el contrato, en las ventas con expedición, se entiende realizada la entrega cuando las mercaderías se ponen en manos del primer porteador en el lugar donde al vendedor prefiera cumplir con su obligación de entrega. En aplicación del principio de buena fe, art. 7.1 Convención de Viena, el vendedor no puede escoger un lugar muy lejano que suponga un retraso en la recepción de las mercancías. Ahora bien, es común que las partes incluyan una cláusula de entrega, con lo que el vendedor además asume el compromiso de realizar la entrega en un lugar determinado, fuera de su propio establecimiento. Sin embargo, este supuesto no entra en el ámbito de aplicación contemplado por el art. 31.a) ya que el transporte no implica la entrega de las mercaderías³³.

No se entiende cumplida la obligación de entrega si las mercaderías en lugar de ponerse a disposición del primer porteador se ubican en un almacén portuario. Salvo que sea propiedad del porteador, el vendedor sigue corriendo con los riesgos. No se puede equiparar, por tanto, la figura del transitario (almacenista portuario) con la del porteador de cara a la transmisión de los riesgos (art. 31.a) en relación con el art. 67.1).

³² ALCOVER GARAU, G. (1991): *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Madrid: Civitas, ISBN: 978-84-73988-97-1, pp. 67 y ss

³³ *Ibidem*, p. 69.

Así lo ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 20 de octubre de 1999³⁴.

En la venta con expedición se distingue entre la *entrega en sentido material* y la *entrega en sentido legal*³⁵.

La entrega en sentido material consiste en que el vendedor transmite la posesión material de la cosa al transportista, único legitimado para realizar las actuaciones para poner las mercaderías a disposición del comprador y entender cumplida la obligación principal de entrega. Y la entrega en sentido legal consiste en un conjunto de actuaciones que realiza el vendedor para que la entrega de las mercaderías se entienda satisfecha³⁶.

Este tipo de compraventa está regulada en los INCOTERMS F y C del año 2010, por lo que, si las partes incluyen en su contrato un término F o C, priman sobre la aplicabilidad de la Convención de Viena (Sentencia AP Barcelona, 24 de marzo de 2009, en relación con una compraventa CFR). El término F —FCA (franco transportista), FAS (franco costado del buque), FOB (franco a bordo)— significa que el vendedor cumple con la entrega de la mercancía poniéndola a disposición del medio de transporte escogido por el comprador. Es lo que se denominan compraventas indirectas o *con expedición* que están reguladas en el art. 31.a) de la Convención de Viena y cuya solución está copiada de los INCOTERMS.

El término C —CFR (coste y flete), CIF (coste, seguro y flete), CPT (transporte pagado hasta el lugar de destino), CIP (transporte y seguro pagado hasta el lugar de destino)— también regula la entrega de la mercancía cuando la compraventa es *con expedición*, pero a diferencia del término F, el vendedor es el que debe contratar el transporte, pero no corre con el riesgo de pérdida o daño de las mercancías o costes adicionales debidos a hechos acaecidos después de la carga y despacho de la mercancía. Este tipo de compraventa está regulada en el art. 31.a) de la Convención de Viena, sólo aplicable en defecto de un INCOTERM.

³⁴ WIDMER, C. (2011): «Art. 31», en Schlechtriem & Schwenger: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas. op-cit.*, p. 897.

³⁵ ALCOVER GARAU, G. (1991): *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Madrid: Civitas, 1991, p. 71; OLIVENCIA, M. (1983): *Derechos y obligaciones del vendedor y transmisión de los riesgos en la Convención*, *Anuario Jurídico de México*P, pp. 73 y ss.

³⁶ *Ibidem*, pp. 71 y ss.

6.1.2.2. Venta con entrega directa a la llegada

Si el contrato de compraventa no requiere el transporte de mercancías, y las partes no han pactado un lugar específico de entrega, el lugar de entrega es donde el vendedor ponga las mercancías a disposición del comprador para que las recoja el comprador³⁷.

En este caso, la obligación de entrega no lleva aparejada la obligación de transporte. Cuando las mercancías deben ser entregadas directamente al comprador, la entrega se entiende efectuada en el momento de la celebración del contrato cuando las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, si se ponen a disposición del comprador en ese lugar [art. 31.b)]. Este segundo caso se refiere a las llamadas «ventas con entrega directa» en las que el vendedor entrega las mercancías directamente al mismo comprador, cumpliendo bien al ponerlas en poder y posesión de éste o bien, simplemente, al ponerlas a su disposición.

En concreto se trata de una compraventa con entrega directa «a la llegada», puesto que la cosa debe ser entregada en un lugar distinto al establecimiento del vendedor — ya sea el establecimiento del comprador u otro lugar— debiendo aquél transportar las mercancías hasta el lugar designado.

Si por el contrario el objeto de la compraventa son bienes que al tiempo de la contratación no existen, pero que han de ser producidos o manufacturados en un lugar que ambas partes conocen al tiempo de convenir, el vendedor habrá de cumplir su obligación de entrega precisamente en ese lugar de producción o manufacturación. En este sentido, el *Landgericht*³⁸ de Aquisgrán, en una sentencia de 14 de mayo de 1993, tuvo que conocer de una compra de prótesis auditivas aún no fabricadas, en virtud de un contrato que no preveía lugar alguno de entrega. El *Landgericht* entendió que la entrega debía realizarse en Aquisgrán, por ser la sede de la empresa del fabricante.

El art. 31.b) Convención de Viena establece cuatro escenarios distintos³⁹.

1. el contrato se refiere a la venta de mercancías ciertas y, en el momento de la celebración del contrato, ambas partes son conscientes de la ubicación de dichas mercancías;

³⁷ SCHLECHTRIEM, P. - BUTLER, P. (2009): *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Heidelberg, Springer, ISBN: 978-3-540-49992-3, p. 109.

³⁸ El Landgericht es el Tribunal de Primera Instancia Alemán.

³⁹ WIDMER, C.: *sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, *op.cit.* pp. 905-906.

2. el contrato de compraventa se refiere a mercaderías no identificadas que han de extraerse de una masa determinada, por ejemplo, una cuba de vino, el contenido de un tanque de aceite, o la carga de un buque que ha atracado. Se vende una cantidad específica donde igualmente ambas partes son conscientes, en el momento de la celebración del contrato, de dónde se encuentra la masa determinada;

3. el contrato de compraventa se refiere a bienes que aún no han sido manufacturados por el vendedor o por un tercero y ambas partes conocen, en el momento de la celebración del contrato, el lugar donde la fabricación se llevará a cabo.

4. el contrato de compraventa se refiere a bienes que todavía no se han producido pero ambas partes saben, en el momento de la celebración del contrato, que la producción se llevará a cabo. Por ejemplo, el algodón de una plantación, la madera de un bosque, o la grava de una cantera.

El art. 31.b) nada dice del lugar de entrega cuando los bienes se encuentran en tránsito. Nos encontramos ante una Doctrina contradictoria. 1Algunos autores consideran que sí es aplicable a las mercaderías vendidas en el curso de su transporte por mar, tierra o aire, y, sin embargo, otros autores consideran que no es aplicable dado que el vendedor no debe poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar en el que estaban localizadas en el momento de la celebración del contrato, sino en un lugar diferente al establecido en el art. 31.b) de la Convención de Viena⁴⁰.

Este tipo de compraventas se corresponde con los INCOTERMS D. El término D (*entregado*) —DAT (entregada en Terminal), DAP (entrega en lugar) y DDP entrega con los derechos de aduana pagados)— significa que el vendedor debe soportar todos los gastos y riesgos necesarios para llevar las mercancías al país de destino, distinto al establecimiento del vendedor, elegido por el comprador. Es lo que se denominan compraventas directas *a la llegada* que están reguladas en el art. 31.b) de la Convención de Viena.

La versión de los INCOTERMS de 2010 elimina los INCOTERMS de 2000 DAF (entregado en frontera), DES (entrega sobre buque en puerto de destino), DEQ

⁴⁰YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 404.

(entrega sobre muelle en puerto de destino) y DDU (entrega con los derechos de aduana no pagados)⁴¹.

6.1.2.3. Venta con entrega directa en plaza

Si los requisitos del artículo 31.b) Convención de Viena no se cumplen; si además el contrato de compraventa no exige el transporte de las mercancías, y si no hay lugar de entrega pactado en el contrato, el art. 31.c) Convención de Viena establece el lugar de entrega. Si no hay conocimiento de estos diferentes lugares se entiende efectuada, en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato (art. 31.c). Si el vendedor tiene más de un establecimiento, será aquel con el que tenga la «relación más estrecha» con el contrato (art. 10.a). La residencia habitual del comprador en el momento de la celebración del contrato es el determinante si el vendedor no tiene un lugar de negocios [artículo 10.b) Convención de Viena]. «Poner las mercancías a disposición del comprador» por parte del vendedor significa que el vendedor tiene que hacer todo lo posible para que los productos estén disponibles, de tal forma que el comprador sólo tiene que tomar posesión de ellas. Un acto de «Poner a disposición» puede ser, que el vendedor, haya separado en el almacén la mercadería a granel.

Este tercer supuesto es otro caso de «venta con entrega directa», pero «en plaza» dado que el lugar de la entrega es el establecimiento mercantil del vendedor —o, en su defecto, su domicilio, por lo que el vendedor sólo debe esperar a que el comprador las recoja—

Salvo que las partes hayan acordado una fecha fija para que las mercancías sean retiradas, el vendedor avisará al comprador en qué momento se encuentran las mercaderías a disposición del comprador para que éste las pueda retirar. Estamos ante el principio de buena fe, que es la justificación de la obligación de esta notificación por parte del vendedor (art. 7.1 Convención de Viena). Hay que tener en cuenta que la transmisión del riesgo del vendedor al comprador (art. 69 Convención de Viena) solo se produce si el comprador recibe la notificación al respecto, que es el momento en el que se activa la obligación del comprador de pagar el precio (art. 58.1 Convención de Viena), por lo que el vendedor tendrá gran interés en que la notificación le llegue al comprador. Por eso, si al vendedor le consta que no le ha llegado la comunicación al

⁴¹ CABRERA CÁNOVAS, A. *Las reglas INCOTERMS 2010. op.cit.* p. 59.

comprador por una circunstancia no imputable al comprador, debería notificar de nuevo al comprador para que retire las mercancías, si quiere recibir el pago de las mismas⁴².

Este tipo de compraventa se corresponde con el INCOTERM *Ex Works* (en fábrica). El término EXW (*Ex Works*) significa que el vendedor cumple con la entrega de la mercancía y su puesta a disposición en el propio establecimiento del vendedor. El vendedor no es responsable ni de cargar la mercancía en el vehículo proporcionado por el comprador ni de despacharla en aduana para la exportación, salvo acuerdo en otro sentido. Es lo que se denominan compraventas en *plaza* que están reguladas en el art. 31.c) de la Convención de Viena. En la Sentencia de la AP de Barcelona, 8 de enero de 2003, se puso de manifiesto que la característica de la contratación a través de la modalidad EX WORK es que la mercancía es entregada al comprador por el exportador en los locales de éste.

6.1.3. Momento de la entrega

La entrega debe efectuarse en la fecha prevista en el contrato) [art. 33.a) de la Convención de Viena]. Así pues, en materia de contratación es imperativo fijar bien el momento de la entrega. Ya que, por el contrario, nos encontramos con una extensa jurisprudencia que refleja la problemática que aparece cuando en vez de fijar un momento, se establecen vaguedades que generan grandes conflictos en materia de incumplimiento de las obligaciones de las partes y por ende se acusan de quien ha operado irresponsablemente.

Entendemos que si las partes no convienen nada la entrega debe realizarse dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato [art. 33.c)]. Sin embargo, muchos litigios nacen porque este “plazo razonable” se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de las mercancías, que tengan un carácter estacional, etc. Y este tipo de apreciaciones son muy diversas y tienen resultados muy distintos en procedimientos de características parecidas.

6.1.3.1. Entrega anticipada

La Convención examina la entrega anticipada de las mercaderías como parte de las obligaciones y responsabilidades del vendedor (art. 52). En esta situación, el comprador puede aceptar las mercancías anticipadas o puede rehusar su recepción (art. 52.1).

⁴² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., *El contrato de compraventa internacional de mercaderías*, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L. (Dir.) (1997), *Contratos internacionales*, Madrid: Tecnos, ISBN: 978-84-30930-37-1, p.250.

Ahora bien, si el comprador acepta la entrega anticipada de las mercaderías se entiende cumplido el contrato de compraventa⁴³.

6.1.3.2. Entrega mayor de bienes

También puede darse el caso, de que se entregue una cantidad mayor de mercancías a las pactadas (art. 52). Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar la cantidad excedente. Sin que la cantidad excedente varíe el precio pactado en el contrato.

6.1.3.3. Entrega de documentos

El art. 30 Convención de Viena obliga al vendedor a entregar los documentos relacionados con las mercaderías, salvo que las partes hayan establecido lo contrario. Sin embargo, no establece cuáles son los documentos mínimos por entregar. Por ello, habrá que estar en primer lugar, a lo estipulado en el contrato; en segundo lugar, lo previsto en los usos y prácticas aplicables conforme a lo establecido en el art. 9 Convención de Viena; y, por último, al principio de buena fe que puede ser determinante en la determinación de los documentos necesarios a entregar junto con las mercaderías. Los documentos, a los que se refiere el art. 30 que deben ser entregados por el vendedor al comprador, no son solamente los documentos representativos de las mercancías, sino todos los certificados, documentos técnicos, arancelarios, etc., que puedan ser necesarios para la toma de posesión, la utilización o el disfrute de las mercaderías. Así, que deben entregarse los documentos necesarios para que se transmita la propiedad del vendedor al comprador. Estos documentos deben entregarse en el momento, en el lugar y en la forma previstos en el contrato o en los usos, conforme establece el art. 34 Convención de Viena.

6.1.3.4. Obligaciones complementarias

El art. 32 define a cargo del vendedor unas obligaciones complementarias a la entrega, como dejar las mercancías a un transportista o entregar la documentación necesaria para su exportación. Un incumplimiento de las obligaciones complementarias no afectará a la obligación principal. Ya que no pueden suponer una falta de entrega.

El comprador no podrá pedir la resolución del contrato «en caso de falta de entrega», como se establece en el art. 49.1.b) de la Convención de Viena⁴⁴.

⁴³ Sentencia Tribunal Supremo de Polonia de 11 de diciembre de 2008 YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 514.

Para permitir al comprador aceptar la entrega, o en su defecto enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercancías. Si no lo hace, el vendedor se expone a cargar con los riesgos (art. 67.2). El vendedor debe concertar los contratos necesarios para que el transporte de las mercancías se efectúe hasta el lugar señalado con medios de transporte adecuados. El vendedor no está obligado a contratar un seguro si el contrato no se lo impone (como en el caso de la cláusula CAF). Sin embargo, aunque el vendedor no esté obligado a contratar el seguro de transporte deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro⁴⁵.

Si el vendedor tiene que transportar las mercaderías según lo establecido en el art. 31.a) Convención de Viena (contrato de compraventa que implica el transporte de las mercancías), entonces el art. 32 Convención de Viena establece unas obligaciones adicionales del vendedor salvo que las partes acuerden lo contrario. Se trata de aquellos casos en los que el vendedor cumple con su obligación de entrega poniéndolos en manos de un porteador, en particular cuando se incluye en el contrato los términos FCA, FAS, FOB, CFR y CIF de las reglas INCOTERMS. En primer lugar, el vendedor ha de concluir todos los contratos necesarios para el transporte de las mercaderías. Los contratos necesarios dependen de las circunstancias individuales (art. 32.2 Convención de Viena). La obligación de que el vendedor deba asegurar las mercaderías dependerá de los términos del contrato y de las condiciones usuales para el transporte. Si el vendedor no estuviera obligado a contratar un seguro de transporte debe proporcionar al comprador toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro, si el comprador lo necesita (art. 32.3 de la Convención de Viena). Si las mercancías vendidas no están claramente identificadas en el momento en que se entregaron al porteador, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercancías (art. 32.1 de la Convención de Viena). El incumplimiento de esta obligación impide la transmisión del riesgo (artículo 67.2 de la Convención de Viena) y le permite al comprador poder activar los mecanismos por incumplimiento de contrato.

⁴⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., *El contrato de compraventa internacional de mercaderías*, op.cit p.250.

⁴⁵ *Ibidem*.

Los contratos, utilizados en el comercio internacional a menudo extienden la obligación de dar aviso de expedición más allá de lo previsto en el art. 32.1 Convención de Viena⁴⁶.

En los INCOTERMS exigen esta notificación al comprador de la expedición en los contratos que implican transporte, puesto que cuando el transporte es muy largo el comprador necesita saber lo antes posible cuándo llegarán las mercancías, sobre todo por temas logísticos y comerciales.

⁴⁶ SCHLECHTRIEM, P. - BUTLER, P.: *UN Law on International Sales. op,cit.* p. 951.

7. TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS

La conexión existente entre la obligación de entrega de las mercaderías y la consiguiente transmisión de riesgos del vendedor al comprador, se analizará a continuación la regulación jurídica de la transmisión de los riesgos (arts. 66 a 70). Se trata de una cuestión muy relevante que convive alrededor de la ejecución de la obligación de entrega.

7.1. Concepto de la «transmisión del riesgo»

El art. 66 define de un modo indirecto lo que debe entenderse por «transmisión del riesgo» al enunciar que la pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio convenido, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor. La Convención de Viena no ha optado por la solución que une la transferencia de los riesgos a la transferencia de la propiedad. De manera general, según la Convención, los riesgos se transmiten del vendedor al comprador cuando el vendedor ha cumplido con su obligación de entrega⁴⁷

Sin embargo, los actos del vendedor o la omisión de los mismos que hayan de producir la pérdida o daño de las mercancías llevarán a la ruptura del contrato, por ejemplo, si los bienes no fueron correctamente embalados, o si un defecto se va transfiriendo poco a poco en los bienes y finalmente lleva a su destrucción⁴⁸

El comprador puede resolver el contrato y evitar que el vendedor pueda reclamar el precio de compra si hay un incumplimiento esencial del contrato. Los riesgos vuelven a ser transmitidos al vendedor con la resolución. Sin embargo, si el comprador no ha comunicado el defecto, o hay una causa de disolución del contrato en un tiempo razonable el comprador tiene que pagar el precio de compra de los bienes.

Si el comprador no puede devolver los bienes, por ejemplo, por los defectos que contienen los bienes, esto no impide al comprador ni pedir la resolución del contrato ni que el riesgo se le devuelva al vendedor: el vendedor tiene que devolver el precio completo aunque las cosas no puedan ser devueltas, porque la imposibilidad de devolver las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a como las ha recibido

⁴⁷ DE LEMUS, M (1992): *La venta internacional de mercaderías*, Madrid: Tecnos, p. 137. ISBN: 978-84-30922-33-8

⁴⁸ SCHLECHTRIEM, P. - BUTLER, P.: *UN Law on International Sales. op.cit.*, p. 165.

no es imputable a un acto u omisión del comprador [art. 82.2.a) Convención de Viena]⁴⁹.

Parte de la Doctrina considera que a la reclamación del vendedor de pedir el precio de compra de las mercaderías también es aplicable la limitación del art. 28 Convención de Viena. Puede ocurrir que el comprador incumpla el contrato al no aceptar la entrega de mercancía, y durante un tiempo largo e irrazonable en que el vendedor conservaba las mercaderías los bienes son accidentalmente destruidos, a pesar de que el riesgo ya había pasado al comprador. En este caso, el vendedor no podría ejercer una acción para el pago del precio, a pesar de que el riesgo ha sido transmitido al comprador. Detrás de estas consideraciones está la idea de que debe haber un plazo de tiempo límite en el que el comprador que incumple el contrato debe afrontar el riesgo. Sin embargo, esta Doctrina choca directamente con la piedra angular de la contratación que es la expectativa ante posibles daños que nos va definiendo el Convenio. En definitiva, en virtud del art. 28 Convención de Viena, el comprador no puede ser exonerado de pagar el precio si se ha producido la transmisión del riesgo.

La Convención establece unas reglas generales en materia de riesgos (arts. 67 y 69) y unas reglas particulares para casos concretos (arts. 68 y 70).

Ahora bien, si las partes hacen referencia en su contrato a la utilización de INCOTERMS, tal referencia excepciona la aplicabilidad de la Convención primando sobre lo previsto por la Convención de Viena en la determinación del lugar de entrega de las mercancías y, por tanto, en la fijación de la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador.

La Sentencia Tribunal Supremo de Polonia, 28 de noviembre de 2008, donde se estableció que la cláusula FOB, incluida en el contrato, prevalecía sobre las disposiciones relativas a la entrega y a la transmisión de los riesgos de la Convención de Viena⁵⁰.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 166

⁵⁰ CALVO CARAVACA A.L – CARRASCOSA GONZÁLEZ J, *Derecho del comercio internacional*, *op.cit.* p. 816.

7.2. Reglas generales. Ventas indirectas

7.2.1. Aplicación de los INCOTERMS

Dentro de las reglas generales en materia de transmisión de riesgos, el art. 67 se refiere a las ventas indirectas, con expedición o a la salida. Este tipo de ventas se corresponden con los INCOTERMS tipos F y C, de donde se han copiado las soluciones convencionales. En cuanto a la transmisión de los riesgos la inclusión en el contrato de una cláusula F o C significa que el riesgo se transmite al comprador desde la estiba (acción de colocar la carga a bordo de un buque) de las mercancías en el buque, por lo que cualquier deterioro que pueda sufrir la mercancía corre a cargo del comprador, lo que no impide para que siga siendo obligación del vendedor entregar la mercadería conforme al contrato y a tenor de lo pactado. Si el vendedor sabe de antemano que la mercadería no es conforme a contrato el riesgo no se transmite al comprador por el hecho de que la mercadería traspase el buque, aunque se haya pactado en el contrato una cláusula CIF (Sentencia AP de Pontevedra, 3 de octubre de 2002⁵¹) o una cláusula FOB (Sentencia de la AP de Barcelona, 12 de septiembre de 2001⁵²).

La mayor diferencia entre pactar un INCOTERM tipo F o tipo C, es que el tipo F significa que el medio de transporte lo escoge el comprador y el tipo C que el medio de transporte lo contrata el vendedor, pero en ningún caso corre con el riesgo de pérdida o daño de las mercancías o costes adicionales debidos a hechos acaecidos después de la carga y despacho de la mercancía (SAP de Barcelona, 24 de marzo de 2009⁵³).

A continuación, debemos resaltar la importancia de la Sentencia de la AP de Barcelona, 12 de septiembre de 2001⁵⁴, porque el tribunal consideró que al sujetarse la compraventa a un INCOTERM FOB se transmiten al comprador los riesgos de pérdida o daño en la mercancía a partir de que esta ha superado la borda del buque en el puerto de embarque, siempre que la pérdida o daño no tenga lugar antes del embarque.

⁵¹ Sentencia AP de Pontevedra de 3 de octubre de 2002 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 520.

⁵² Sentencia de la AP de Barcelona, 12 de septiembre de 2001 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 521.

⁵³ Sentencia SAP de Barcelona, 24 de marzo de 2009 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 521.

En la Sentencia de la AP de Pontevedra, 3 de octubre de 2002⁵⁵, el tribunal tuvo que solucionar un problema de falta de conformidad de la mercadería por parte de una empresa española. En el contrato se había fijado una cláusula CIF con lo que el riesgo se transmitía al comprador jordano con el traspaso de la mercadería de la borda del buque y el vendedor español soportaba los riesgos del transporte y de la descarga. Ahora bien, como la merluza congelada, objeto del contrato, contenía un número de parásitos superior a lo permitido en Jordania, lugar donde iban las mercaderías, la responsabilidad no se había traspasado al comprador pues antes ya de subir al buque la merluza no estaba en condiciones de consumo en Jordania, pues, aunque las partes hubieran pactado una cláusula CIF el vendedor está obligado, según la Convención de Viena, a entregar la mercadería según lo pactado en el contrato. Por tanto, para la AP no se había producido transferencia de los riesgos del vendedor al comprador.

En la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Argentina, de 31 de octubre de 1995⁵⁶, se planteó un problema de transferencia de riesgos y de quién debía responder, si comprador o vendedor, del deterioro de la mercadería durante el viaje. En el contrato, concluido entre un comprador argentino y un vendedor alemán se pactó una cláusula C&F para la venta de champiñones que debían llegar por mar a Buenos Aires. Durante el viaje, los champiñones se pudrieron y el comprador le reclamaba al vendedor otros champiñones en buen estado. El tribunal argentino señaló que la cláusula C&F obligaba al vendedor a darle la mercancía al transportista y a pagar el flete. A partir de ese momento, la entrega se entendía realizada y los riesgos transmitidos al comprador. Después del traspaso de los riesgos el comprador debe pagar el precio de la mercancía incluso aunque haya pérdida o daño en la mercancía, por lo que responde el comprador. Esta es la misma solución que recoge el art. 66 de la Convención de Viena aplicable sólo en caso de que no exista un INCOTERM.

En la Sentencia de la AP de Valencia, 15 de febrero de 2003⁵⁷, se planteó el problema de quién debía responder de la pérdida de la mercancía que se había quemado en las bodegas del buque que las transportaba a su país de destino.

⁵⁵ Sentencia de la AP de Pontevedra, 3 de octubre de 2002 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 521

⁵⁶ Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Argentina, de 31 de octubre de 1995 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 522

⁵⁷ Sentencia de la AP de Valencia, 15 de febrero de 2003 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 522

El tribunal llegó a la conclusión de que el comprador debía asumir la responsabilidad de la pérdida de la mercancía pues derivaba de lo pactado en el contrato a través del INCOTERM elegido para esta compraventa en particular. En concreto, desde el momento en el que la mercancía se puso en manos del primer porteador el riesgo se transfería al comprador. Igual solución se establece en el art. 66 de la Convención de Viena.

La mayoría de las compraventas internacionales, implican la celebración de un contrato de transporte de las mercancías, de forma que el vendedor no realiza la entrega directamente al comprador sino a un transportista. De esta forma, la obligación de entrega del vendedor se convierte en una obligación de expedición de las mercancías, y la transmisión de los riesgos se produce desde el momento en el que las mercancías se ponen a disposición del primer porteador, con independencia de que el transporte lo concluya el vendedor o el comprador.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la Convención de Viena y los INCOTERMS que se pacten en el contrato de compraventa internacional de mercaderías sólo regulan las relaciones entre comprador y vendedor. Por ello, aunque en el contrato se incluya un INCOTERM, como por ejemplo el CFR, y corra el comprador con los riesgos desde el momento en que la mercancía está en el buque, siempre puede interponer las correspondientes acciones que pueda ostentar frente al transportista o porteador (S.A.P. de Barcelona de 24 de marzo de 2009⁵⁸). Igualmente, si no hay embarque no hay transmisión de riesgos⁵⁹.

En la Sentencia de la AP de Barcelona, 19 de septiembre de 2003, las partes habían incluido el INCOTERM CIF, y aunque según este INCOTERM el vendedor es el que contrata el transporte, cumple con la entrega al poner las mercaderías en manos del primer porteador. Desde que la mercadería cruza la borda del buque los riesgos se transmiten al comprador. Al incluir el INCOTERM se excluye la solución de la Convención de Viena prevista para este tipo de contratos. En la Sentencia de la AP de Barcelona, 2 de febrero de 2004, las partes habían incluido una cláusula FOB, por lo que el transporte le corresponde al comprador junto con los riesgos que le son transferidos desde que la mercancía llega a manos del primer porteador.

⁵⁸ Sentencia A.P. de Barcelona de 24 de marzo de 2009 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 523

⁵⁹ Sentencia de la Corte de Casación francesa de 11 de mayo de 2010 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 523

Esta sentencia señala expresamente que no se puede generar confusión sobre la diferencia entre la cláusula FOB o CFR. Dicho de otro modo, aunque respondía el comprador, para fijar el perjuicio el tribunal no incluyó el coste del transporte porque no lo había pagado el vendedor. En la Sentencia de la AP de Barcelona de 24 de marzo de 2009 citada, aunque el Tribunal llegó a la conclusión de que el comprador tenía que pagar el precio, dado que al haber pactado un INCOTERM CFR («Coste y flete»), los riesgos ya se habían transmitido al comprador, se consideró que el éste podía interponer las acciones que ostentara contra el transportista. En la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 11 de mayo de 2010, las partes habían pactado el INCOTERM CFR («Coste y flete»), pero se entendió que no se habían transmitido los riesgos del vendedor al comprador porque no había habido embarque de la mercancía.

7.2.2. Aplicación subsidiaria de las soluciones de la Convención de Viena

Si en un contrato no se incluye un INCOTERM tipo F o C, hay que aplicar las soluciones establecidas en el art. 67 de la Convención de Viena para regular la transmisión de los riesgos en las compraventas indirectas. El art. 67.1 distingue, dos situaciones.

Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercancías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercancías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. En el caso en el que las mercancías deben ser entregadas a un transportista en un lugar determinado (que no sea ni el establecimiento del vendedor ni el lugar de destino de las mercancías) el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar.

La Sentencia de la AP de Córdoba, de 31 de octubre de 1997⁶⁰, señaló de forma expresa que la responsabilidad del vendedor cesaba en el instante en que las mercaderías traspasaban la borda del buque en el lugar en que se había pactado (puerto italiano de *Chioggia*), momento a partir del cual, los riesgos son asumidos por el comprador, y ello, con total independencia del hecho de que este último concertara o no el aseguramiento de dichas mercaderías.

A modo de explicación, pongamos un supuesto de una compraventa entre un comprador establecido en Murcia y un vendedor establecido en Berlín.

⁶⁰ Sentencia de la AP de Córdoba, de 31 de octubre de 1997 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 524

Pactada la entrega en Murcia, se concierta que el vendedor alemán debía poner las mercaderías en poder de un porteador de la capital francesa. Si durante el transporte Berlín-París las mercancías se deterioran, el art. 67.1 hace responsable de este deterioro al vendedor, porque las mercancías debían ser entregadas a un transportista en un lugar determinado. Ahora bien, desde París hasta Murcia el riesgo lo corre el comprador.

Sin embargo, debemos tener presente que si el vendedor o alguno de sus empleados se encargan de transportar los bienes y estos son destruidos, perdidos o dañados la responsabilidad seguirá recayendo sobre el vendedor⁶¹.

La transferencia de los riesgos supone que las mercaderías deben estar identificadas en los términos del contrato. Si no lo están, el riesgo lo asume el vendedor. La identificación de las mercaderías debe realizarse tal y como establece el Convenio (art. 67.2).

7.3. Reglas generales. Ventas directas

La segunda regla general en la transferencia de los riesgos definida en el art. 69 se refiere a las compraventas directas, englobando dos categorías diferentes: las compraventas *en plaza* y las compraventas *a la llegada*. Cuando las mercancías, en lugar de ser enviadas por el vendedor a un transportista, le son entregadas directamente al comprador o a sus representantes los riesgos se transfieren al comprador en el momento en el que éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición.

7.3.1. Compraventas en plaza

En el caso de las compraventas en plaza, si el comprador debe hacerse cargo de las mercancías en el establecimiento del vendedor o en cualquier otro sitio previsto por el art. 31 y el contrato no implique el transporte de las mercaderías; o se pacte una cláusula EX WORK los riesgos se transfieren al comprador en el momento de su retirada efectiva (art. 69.1).

Según la cláusula EX WORK el comprador soporta todos los gastos y riesgos de retirar la mercancía desde el domicilio del vendedor hasta su destino⁶².

⁶¹ YZQUIERDO TOSLADA M. (Dir), *Contratos*, op.cit. p. 524.

Es una fórmula sencilla y cómoda para el vendedor ya que todos los riesgos le corresponden al comprador. Sin embargo, si llegado el momento de retirar las mercancías del establecimiento del vendedor el comprador incumple con su obligación es el comprador el que corre con el riesgo⁶³. La consecuencia es que el comprador deberá pagar el precio a pesar de que la mercancía se deteriore. El problema se plantea cuando se pacta un plazo de tiempo para retirar las mercancías. Si, las mercaderías deben ser retiradas en el transcurso del mes de mayo y, puestas a disposición del comprador el día 5 de mayo, son retiradas el 20 de mayo, la transferencia de los riesgos al comprador se produce el 20 de mayo, fecha en que éste se hace cargo de las mercaderías. Si el comprador no retira a tiempo las mercaderías la transferencia de los riesgos se produce a partir del momento en el que vence el tiempo estipulado para retirar las mercancías. En cualquier caso, le corresponde al vendedor asumir la obligación de conservar las mercancías pues es el que ostenta el control material de las mismas, art. 85 de la Convención de Viena.

Cuando no se incluya el INCOTERM EX WORK entonces, subsidiariamente se aplica la solución recogida en el art. 69.1 de la Convención de Viena.

Si los bienes van a ser adquiridos en el establecimiento del vendedor el riesgo se traspaasa al comprador desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición y el comprador se haga cargo de las mercaderías. No es suficiente que los bienes hayan sido simplemente puestos a disposición del comprador, sino que hay que ponerlos a disposición del comprador y éste rehúse aceptarlos, por lo que se produce un incumplimiento del contrato al no captar los bienes (art. 69.1 de la Convención de Viena) Existe duda sobre si solo se transmite el riesgo al comprador por la negativa a aceptar los bienes a tiempo o si también otros incumplimientos de las obligaciones del comprador son suficientes para transmitir el riesgo, por ejemplo, si el comprador no abre una carta de crédito a tiempo, en contra de lo dispuesto en el contrato. Un caso de incumplimiento que conlleva no hacerse cargo de los bienes sería cuando el comprador quiere hacerse cargo de ellos, pero se niega a pagar el precio de compra poco a poco y el vendedor retiene los bienes ante la negativa del comprador.

⁶² Sentencia AP de Barcelona, 8 de enero de 2003 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos*, *op.cit.*, p. 525

⁶³ Sentencia AP de Valencia, 7 de junio de 2003 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos*, *op.cit.*, p. 525

El motivo por el que el comprador no toma posesión de las mercaderías es intrascendente, aunque sea por uno de los motivos de exoneración de su responsabilidad recogidos en el art. 79 Convención de Viena. El riesgo pasa al comprador una vez que el vendedor ha puesto los bienes a disposición del comprador en la fecha fijada en el contrato.

Si el contrato hace referencia a mercaderías aún sin identificar tienen que ser entregados al comprador claramente identificados a los efectos del contrato, para que se considere que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador (art. 69.3 de la Convención de Viena)⁶⁴.

7.3.2. Compraventas a la llegada

Cuando el comprador debe hacerse cargo de las mercancías en un lugar determinado distinto al lugar del establecimiento del vendedor (art. 33 Convención de Viena) o se pacte una cláusula del tipo D, la regla anterior no puede aplicarse. Así, los riesgos se transfieren, en este caso, cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar (art. 69.2). Esta regla se aplica, en caso de entrega en almacenes generales. El vendedor debe asumir todos riesgos hasta que la mercancía se encuentre en el lugar pactado, elegido por el comprador. Dentro de los INCOTERMS es el más costoso para el vendedor, pues es el que soporta todos los riesgos y los costes inherentes al transporte de la mercancía hasta el lugar designado.

7.3.3. Cláusulas «ex ship» o «free domicile»

Se aplica cuando las mercaderías son puestas a disposición del comprador por un transportista al final de un viaje (cláusulas *ex ship*). En este caso, el comprador también es el que responde, pues el vendedor no tiene el control material de las mercaderías. Debemos tener presente que, las mercancías no individualizadas no pueden considerarse como puestas a disposición del comprador más que cuando estén claramente identificadas en los términos del contrato. La Sentencia OLG Karlsruhe, 20 de noviembre de 1992⁶⁵, se enfrentó a la interpretación de una compraventa internacional que contendía una cláusula *free domicile*.

⁶⁴ YZQUIERDO TOSLADA M. (dir.), *op.cit.*, p. 525.

⁶⁵ Sentencia OLG Karlsruhe, 20 de noviembre de 1992 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 527

Una empresa con establecimiento en Alemania había pedido por teléfono mercancía a una compañía con establecimiento en Francia. Los términos y condiciones del vendedor francés fueron hechos de acuerdo con una entrega *free ex domicile*. El vendedor contrató con una transportista para llevar a cabo el transporte de los bienes. Según el comprador alemán la mercancía nunca llegó. El Tribunal alemán clasificó el contrato en los que implican el transporte de las mercaderías bienes y, de ahí que considerara que el riesgo se había transmitido al comprador en el momento desde el que se entregaron los bienes a la empresa transportista (art. 67.1 de la Convención de Viena). El Tribunal de Apelación, sin embargo, interpretó el término «libre de domicilio», de acuerdo con el art. 8.2 de la Convención de Viena, considerando que el vendedor no solo debería correr con los gastos sino también con el riesgo, un riesgo que solo pasaría al comprador al poner las mercaderías a disposición del comprador en el propio establecimiento del comprador.

En todo caso, si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, la transmisión de los riesgos no se produce hasta que están claramente identificadas a los efectos del contrato (art. 69.3 de la Convención de Viena).

7.3.4. Cuestión específica. Las compraventas directas y el transporte internacional de mercaderías

Tanto en las compraventas directas a la llegada como en las compraventas directas en plaza puede existir la obligación del vendedor de transportar las mercaderías y ello no implica que se conviertan en compraventas indirectas por varios motivos.

Por un lado, debemos tener presente que en las compraventas en plaza la obligación del vendedor de transportar las mercaderías es una obligación sucesiva a la entrega independiente de la misma, por lo que la obligación de entrega no se identifica con la obligación de expedición de las mercaderías. El vendedor simplemente pondrá los medios necesarios para que las mercaderías lleguen a punto de destino. Por otro lado, en las compraventas a la llegada, donde la entrega se produce en un lugar distinto al establecimiento del vendedor, el transporte supone un acto preparatorio para efectuar la entrega de las mercaderías; pero de nuevo el transporte de la mercadería es un acto necesario para llevar la mercadería al punto de destino. Tanto en uno como en otro caso, la transferencia de los riesgos al comprador no se produce hasta que la mercadería ha llegado al lugar convenido, ya sea el establecimiento del vendedor o un lugar distinto designado por el comprador.

7.4. Reglas particulares. Ventas en tránsito

En el Convenio de Viena, también se regulan dos supuestos particulares de transmisión de riesgos: cuando las mercancías son vendidas en el transcurso de un viaje (art. 68) y cuando se produce un incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor (art. 70).

En la situación frecuente en la que las mercancías son vendidas en tránsito la regla general de que los riesgos se transfieren al comprador en el momento de la entrega al transportista (art. 67) choca con el hecho de que las mercancías no pueden ser enviadas a éste para su transmisión al comprador. La Convención une, en este caso, la transferencia de los riesgos al momento de la celebración del contrato, pero se reserva la regla precedente si las circunstancias lo exigen (art. 68). Estas diferentes reglas son descartadas, y los riesgos serán de cuenta del vendedor si, en el momento de la celebración del contrato de compraventa, el vendedor tiene o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías han sufrido pérdida o deterioro y no lo ha revelado al comprador (art. 68).

Si los bienes han sido transportados y el comprador tiene que pagar el precio de compra de los bienes a pesar de que han sido perdidos, destruidos o dañados será fundamental que se dicte el momento en el que esta pérdida, destrucción o daño tuvo lugar. Generalmente este es un asunto que no provoca problemas ya que el momento en el que los bienes fueron entregados es decisivo: si los bienes se pierden o se destruyen o se dañan antes de la entrega de las mercancías, el riesgo no se traspa, pero si se pierde, destruye o daña después de la entrega hay transmisión de riesgo. Sin embargo, si los bienes son vendidos en tránsito —por tren, avión, barco o carretera— a veces es difícil dictaminar exactamente si se han destruido, perdido o dañado antes o después de la celebración del contrato⁶⁶

De cualquier modo, si en el momento de la conclusión del contrato el vendedor sabía o tenía que haber sabido que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo comunicó al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor (art. 68.3 Convención de Viena). La mala fe del vendedor solo se puede tener en cuenta si conocía o debía conocer el daño o pérdida de los bienes en el momento de la celebración del contrato, no si el daño o pérdida se produce después de la conclusión del contrato⁶⁷.

⁶⁶ HAGER, G. - SCHMIDT-KESSEL, M. (2011): «Art. 68», en Schlechtriem & Schwenzler: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas*, op-cit., pp. 1578-1579.

⁶⁷ SCHLECHTRIEM, P. - BUTLER, P.: op.cit., p. 170.

7.5. Reglas particulares. Incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor

Según el art. 70, las disposiciones relativas a la transferencia de riesgos (arts. 67, 68 y 69) no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia de un incumplimiento esencial del contrato (tal y como se define por el art. 25). Si, las mercaderías por una falta de conformidad sufren un deterioro de un tercio, aunque los riesgos se trasladan al comprador, éste puede exigir, sin embargo: la sustitución de las mercancías no conformes (art. 46.2), la reducción del precio (art. 50), o la resolución del contrato (art. 49), sin que el vendedor pueda escudarse en la transferencia de los riesgos en lo que respecta a la parte dañada.

A modo de aclaración, aunque la consecuencia jurídica más importante de la transmisión del riesgo al comprador es que debe pagar el precio, aunque la mercancía se pierda o deteriore, si se debe a un acto u omisión del vendedor el comprador puede reclamar contra el vendedor, aunque haya traspaso del riesgo, pues en realidad al haber habido negligencia del vendedor no hay cumplimiento (arts. 66 y 70).

8. CONVENCIÓN DE VIENA: DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

8.1. Consideraciones Generales

A continuación, se va a tratar. Por ello, se tratará en primer lugar, los «daños y perjuicios» diferenciando entre la reclamación de daños, el pago de los daños por parte del deudor y la extensión de los daños. Además, se tratará, en segundo lugar, el tema de los «intereses». Y, en tercer lugar, dentro de estas disposiciones comunes, se estudiarán las causas de exoneración de responsabilidad (Sección IV: arts. 79 y 80). El requerimiento más importante respecto a la reclamación de daños es que se haya incumplido una obligación que el deudor tenía que realizar conforme a lo estipulado en el contrato o en la Convención de Viena, según el art. 45.1.b) Convención de Viena, respecto a un incumplimiento de una obligación del vendedor y su responsabilidad; o según el art. 61.1.b) Convención de Viena, respecto a un incumplimiento de una obligación del comprador y su responsabilidad. No es importante para la reclamación de daños ni por qué ni en qué forma la obligación fue incumplida por el deudor. El deudor puede, si se cumplen los requisitos necesarios, exonerarse de su responsabilidad (arts. 79 y 80 Convención de Viena). Sin embargo, a la hora de depurar responsabilidades el motivo y la forma en la que el deudor incumplió el contrato sí tienen importancia. La extensión de los posibles daños se regula en los arts. 74-77 Convención de Viena⁶⁸. La acción de reclamación de los daños es compatible con cualquiera de las demás acciones con que cuentan el comprador y el vendedor, según lo establecido en la Convención de Viena: resolución del contrato, cumplimiento específico, otorgamiento de un plazo adicional de cumplimiento y reducción del precio.

Si el vendedor incumple sus obligaciones contractuales conforme al contrato a la Convención de Viena, el comprador tiene derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios, (ex arts. 74 a 77 de la Convención de Viena) [art. 45.1.b) de la Convención de Viena]. Que el incumplimiento se deba a la no entrega, a la entrega parcial, a la entrega tardía o a una entrega defectuosa es irrelevante si se trata de una obligación principal del contrato o una obligación auxiliar acordada con el vendedor. Que sea por culpa del vendedor tampoco es algo relevante a tener en cuenta.

⁶⁸ Los arts. 74 a 77 Convención de Viena contienen reglas generales para calcular los daños y perjuicios.

De cualquier modo, la Convención de Viena exonera al vendedor, en ciertas circunstancias, conforme a los arts. 79 y 80, en las que no se puede exigir la indemnización por daños y perjuicios. Además, esa indemnización se puede reducir si no se cumple convenientemente con la carga de minimizar los daños, (art. 77 Convención de Viena).

Igualmente, si el comprador no cumple con cualquiera de sus obligaciones previstas en el contrato o en la Convención de Viena, normalmente la obligación del pago del precio y la de recibir las mercancías, el vendedor podrá exigir la indemnización por daños y perjuicios [art. 61.1.b) de la Convención de Viena]. No es relevante si el incumplimiento se debe a un incumplimiento total, parcial o tardío del pago o de la recepción de las mercancías. Las reglas aplicables al contenido y extensión de los daños indemnizables son las mismas que las previstas para el vendedor, arts. 74 a 77 Convención de Viena.

8.2. Indemnización por daños y perjuicios

Cualquiera de los contratantes tiene derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de una o de otra parte art. 45.1.b), en caso de incumplimiento del vendedor, y 61.1.b), en caso de incumplimiento del comprador. Sólo la imposibilidad de cumplimiento, tal y como se prevé por los arts. 79 y 80 de la Convención de Viena, excluye el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la Convención de Viena. Varios son los temas a tratar sobre esta materia: 1º) Los daños reparables; 2º) la minoración de los daños; y 3º) el cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios.

8.2.1. Daños reparables

La Convención de Viena, respecto a los daños reparables, se basa en dos principios fundamentales: solo son reparables los daños materiales y la reparación integral de los daños.

8.2.2. Daños materiales

En cuanto al primer principio, la Convención de Viena parte de que solo los daños materiales son reparables, es decir, aquellos daños que pueden ser calculados en términos monetarios y que se compensados con dinero. Por tanto, por un lado, los daños morales no están cubiertos por la Convención de Viena. Los daños de carácter emocional o por el sufrimiento causado no son reparables por la Convención de Viena, aunque prácticamente el incumplimiento del contrato va a producir dolor y sufrimiento

de la otra parte la pérdida de la «buena fe» se considera, sin embargo, un daño material (devaluación de la empresa) que de cualquier modo puede ser difícil de valorar y probar⁶⁹.

Y, por otro lado, no se pueden compensar los daños en especie⁷⁰.

8.2.3. Responsabilidad objetiva y reparación total

Es un sistema de responsabilidad objetiva, donde no se tiene en cuenta la culpa o el dolo, por lo que el art. 74 de la Convención de Viena sólo cubre los daños previstos, con independencia de la negligencia de la otra parte. El objeto de la indemnización se basa en el principio de la reparación total, por lo que el acreedor tiene derecho a que se le indemnice no sólo el valor de la pérdida sufrida (daño emergente), sino también el de la ganancia dejada de obtener (lucro cesante)⁷¹

La Convención de Viena no distingue entre daños directos o indirectos (como el pago de almacenes en aduana), inmediatos o mediatos: todos, en principio, son susceptibles de indemnización, siempre que, sean «previsibles» (Sentencia OGH 14 enero 2002). La reparación de los daños personales —muerte y lesiones corporales— eventualmente causados por las mercaderías están excluidos de la reglamentación jurídica que la Convención de Viena ofrece (art. 5). La «previsibilidad», por tanto, limita el daño a aquel que generalmente puede esperarse en el momento de la celebración del contrato o que en el momento de la celebración del contrato haya podido preverse por el deudor. El principio de reparación total significa que la situación económica del acreedor después del incumplimiento del contrato tiene que ser comparada con la situación que el acreedor hubiera tenido si no se hubiera producido el incumplimiento⁷².

La carga de la prueba en cuando a la previsibilidad responde a la parte agraviada. La limitación de los daños que podrían ser previstos o que se tendrían que haber sido previstos en el momento de la celebración del contrato debería permitir a las partes calcular el riesgo del contrato en particular, es decir, deberían de ser capaces de calcular si los beneficios del contrato superan los posibles riesgos asociados al mismo.

⁶⁹ SCHLECHTRIEM, P. - BUTLER, P.: *op.cit.*, p. 210.

⁷⁰ SCHWENZER, I.: «Art. 74», en Schlechtriem & Schwenzler: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas*. *op-cit.*, p. 1688.

⁷¹ *Ibidem* pp. 1688-1702.

⁷² AUDIT, B.: *La vente internationale de marchandises*. *op.cit.*, p. 163.

8.2.4. Daños indemnizables

Se consideran daños indemnizables, (art. 74 de la Convención de Viena), las pérdidas reales sufridas de un período a otro por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes, como, los pedidos en firme que el comprador se hubiera visto obligado a desatender por la falta de entrega o entrega tardía de las mercancías, el perjuicio patrimonial sufrido por ello, la pérdida de clientes, la pérdida del volumen de ventas o el deterioro de imagen en el ámbito mercantil en el que se desenvuelve el comprador (es lo que se denomina como daños abstractos)⁷³. Son indemnizables también los daños originados por los defectos de una maquinaria objeto de compraventa si, por ejemplo, causa daños en productos semielaborados estropeados por los defectos de la maquinaria. Son daños indemnizables, los gastos de transporte y almacenamiento en que incurre el vendedor por no aceptar las mercaderías el comprador⁷⁴. En la sentencia de la AP de Murcia, de 25 de mayo de 2012, tuvo que estudiar cuáles de los conceptos solicitados podían reclamarse por daños y perjuicios. Entre los diversos conceptos analizados en la reclamación de indemnización de los daños y perjuicios correspondiente a un lote de pimentón contaminado, objeto del contrato de compraventa, se encontraban los siguientes: existencias de producto terminado, coste de destrucción del producto contaminado, existencia de envases, coste de almacenaje del producto, gasto en contenedores y *palets*, contratación de transporte adicional, crisis en la gestión del trabajo, y costes de análisis de laboratorios. Sin embargo, la diferencia de la compra de reemplazo (art.75 de la Convención de Viena) a la que el comprador tuvo que proceder no se consideró como parte de la indemnización a pagar, porque al no estar ante un supuesto de resolución contractual no cabía su aplicación.

De hecho, se han considerado incluso daños indemnizables los gastos jurídicos como las costas de un proceso y los honorarios de los abogados⁷⁵.

La AP de Barcelona dictó una sentencia el 2 de febrero de 2004 en la que explica perfectamente cuáles son los daños emergentes y cuál el lucro cesante. En concreto se consideró que el gasto que el vendedor había realizado en embalajes, cartonaje y

⁷³ Sentencia de la AP Barcelona de 20 de junio de 1997 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 611.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de la División de Seongnam, 13 de abril de 2010 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 611.

⁷⁵ Laudo arbitral de la CCI, nº 7585/1992; Sentencia AG Berlin-Tiergarten, 13 marzo 1997 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 611.

etiquetas del aceite de soja vendido que finalmente no aceptó el comprador debía considerarse como daño emergente, conforme se establece en el art. 75 de la Convención de Viena. Y la diferencia de precio entre el contrato de compraventa pactado con el comprador y el precio al que el vendedor tiene que vender el aceite en una compraventa de reemplazo se consideró como lucro cesante.

8.2.5. Lugar del pago de la indemnización

En cuanto al lugar de cumplimiento del pago de la indemnización por daños y perjuicios, dado que la Convención no dice nada al respecto, hay que entender que es el mismo que el lugar de cumplimiento referente a la obligación primaria del comprador (art. 57) o del vendedor (art. 31)⁷⁶.

8.2.6. Minoración de los daños

El art. 77 de la Convención impone a la parte que invoca el incumplimiento del contrato a reducir la pérdida adoptando las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Así, cuando las mercaderías entregadas son inutilizables para su uso común y el vendedor no toma medidas para remediar la falta de conformidad o para suministrar otras el comprador tiene la carga de darles el mejor uso; o cuando es el comprador el que se niega a aceptar las mercaderías que ya han sido expedidas, por una razón cualquiera, el vendedor debe esforzarse en venderlas al mejor precio. Sin embargo, no siempre es exigible al vendedor para mitigar las pérdidas, art. 77 Convención de Viena, que celebre una venta de reemplazo.

Dependerá de las circunstancias concretas y de lo que hubiera hecho una persona razonable de la misma condición que el vendedor en este caso concreto.

A la hora de interpretar si la parte cumplidora ha adoptado las medidas razonables para reducir la pérdida y mitigar los daños, atendiendo a las circunstancias concretas, habrá

⁷⁶ Sentencia OLG Düsseldorf, 2 julio 1993 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 612.

Sentencia OLG Braunschweig, 28 octubre 1999 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 612.

Sentencia Tribunal de Comerse de Montargis, 6 octubre 2000 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 612.

que tener en cuenta tanto los usos y prácticas (art. 9) como los hábitos especiales existentes entre las partes.

Técnicamente se trata de una mera carga (o deber de actuar), y no de una obligación, para el perjudicado a quien corresponde adoptar las medidas oportunas posibles para reducir los daños derivados del incumplimiento del contrato. La omisión de esta carga influye, pues, tan sólo sobre la pretensión de indemnización y no sobre los demás remedios jurídicos disponibles para el acreedor. Su incumplimiento, en consecuencia, sólo origina una reducción de la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida, pero no una acción para su ejecución o su indemnización. La carga de la prueba sobre la existencia de un deber de mitigar los daños y su incumplimiento, incluyendo la razonabilidad de las posibles medidas adoptadas para reducir la pérdida, le corresponde al deudor⁷⁷.

El deber de mitigar los daños solo es aplicable como una defensa del deudor en los casos en los que el acreedor le reclama una indemnización por daños y perjuicios.

La Sentencia LG Alsfeld, de 12 de mayo de 1995⁷⁸, tuvo que hacer frente a la aplicación del art. 77 Convención de Viena con relación a los gastos de un recordatorio por intermedio de un abogado realizado por el vendedor para que el comprador efectuara el pago de las mercaderías ya entregadas. El tribunal alemán entendió que no había derecho a reclamar los costes del recordatorio, porque el vendedor tenía la posibilidad de confiar esa tarea a un abogado alemán y prefirió confiarla a un abogado italiano, con lo que el vendedor no adoptó las medidas necesarias para mitigar la pérdida, en virtud del art. 77 de la Convención de Viena.

8.2.7. Cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios

La regla general para valorar el daño indemnizable se halla contenida en el art. 74 de la Convención. Los arts. 75 y 76 de la Convención de Viena completan el sistema de

⁷⁷ SCHWENZER, I.: «Art. 74», en Schlechtriem & Schwenzler: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas op.cit.* p.1747.

⁷⁸ Sentencia LG Alsfeld, de 12 de mayo de 1995 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 614.

indemnización de daños y perjuicios dispuesto por el art. 74, fijando el medio de calcular los daños en ciertos supuestos específicos en los que el contrato ha sido resuelto: el primero de ellos (art. 75) regula la indemnización en el caso de que, tras la resolución del contrato, se celebre un negocio de reemplazo; y el segundo (art. 76) regula los casos en que existe un precio corriente de las mercaderías y falta una operación de cobertura. Se considera que el art. 75 tiene prioridad de aplicación sobre el art. 76, sin embargo, este último precepto puede aplicarse aun existiendo una operación de reemplazo si ésta no se ha llevado a cabo dentro de unas condiciones razonables⁷⁹.

8.2.8. Existencia de una operación de reemplazo

Si se resuelve el contrato y, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización, según el art. 75, podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo. Ahora bien, si se obtiene un mejor precio de venta o de compra no cabe interponer esta acción. Esta acción es compatible con la petición de una indemnización por daños y perjuicios por cualquier otro motivo, conforme al art. 74; como, cuando el comprador dispone de las mercaderías en un plazo posterior al previsto en el contrato; o cuando el vendedor incurre en gastos para conservar las mercaderías o para buscar otro comprador.

La Sentencia Tribunal del Distrito Oriental de Seúl, 23 julio 2009⁸⁰, señaló que, puesto que la compradora había tenido que comprar plumas de pato a otra empresa para sustituir las mercaderías no entregadas, la demandante debía de pagar la diferencia entre el precio que figuraba en el contrato y el precio de la operación de reemplazo, conforme a lo dispuesto en los artículos 74 y 75 de la Convención de Viena, además de otros daños y perjuicios como los gastos de transporte aéreo.

La operación de reemplazo debe hacerse de «manera razonable» y dentro de un «plazo razonable» a contar desde el momento de la resolución del contrato, por lo que si la compraventa de reemplazo se concluye mucho tiempo después se debe considerar como una compraventa, sin relación alguna con el contrato originario, acordada por una

⁷⁹ Sentencia OLG München, 1 julio 2002, citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 614.

⁸⁰ Sentencia Tribunal del Distrito Oriental de Seúl, 23 julio 2009 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 615.

de las partes con un tercero ajeno al mismo; igual que si se celebra adoptando unas medidas que no pueden considerarse razonables atendidas las circunstancias. Sería simplemente una nueva compraventa.

Ahora bien, no se consideran ventas de reemplazo en el sentido del art. 75 de la Convención de Viena si la venta se hace antes de la resolución del contrato por mucho que el vendedor pueda tener indicios de que el comprador no va a cumplir con sus obligaciones. Así lo ha dejado claro la AP de Barcelona, 2 de febrero de 2004, que consideró que de las cuatro ventas que se habían realizado por el vendedor a una empresa angoleña debido al incumplimiento del comprador la primera no podía entenderse de reemplazo, en el sentido del art. 75 de la Convención de Viena, por haberse realizado antes de fecha de la resolución del contrato cuando las relaciones aún estaban vivas y las expectativas de embarque de nuevas remesas. Sin embargo, las tres ventas posteriores a la resolución del contrato sí podían considerarse ventas de reemplazo por haberse hecho después de la resolución del contrato dentro de un plazo razonable.

8.2.9. Inexistencia de una operación de reemplazo

Cuando no hay una operación de reemplazo o si se efectúa esta operación, pero en unas condiciones que no pueden considerarse razonables y existe un «precio corriente» de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, conforme al art. 76 de la Convención de Viena. El cálculo del precio corriente puede ser difícil en función del momento relevante a utilizar como base del cálculo. Por eso, la Convención de Viena decidió que se tomara el momento de declaración de resolución del contrato para evitar dar a los Tribunales demasiado trabajo. El peligro de que la parte que sufre un incumplimiento especule a expensas de la parte incumplidora existe también y solo puede controlarse por medio del deber de mitigar los daños, art. 77 de la Convención de Viena. Se trata de evaluar los daños y perjuicios resultantes de un incumplimiento contractual partiendo de un «cálculo abstracto»⁸¹. Sin embargo, el momento de la resolución del contrato no es el único que la Convención tiene en cuenta para calcular el «precio corriente», sino que, si una parte declara resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, debe tenerse en cuenta el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de las

⁸¹ Sentencia KG des Kantons Zug, 21 octubre 1999 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos*, *op.cit.*, p. 614.

de las mercaderías (art. 76.1). De esta forma, se disuade al comprador, que acepta unas mercaderías defectuosas, de retrasar la declaración de resolución con fines especulativos, para conseguir que el vendedor soporte una ulterior variación de los precios.

La aplicación del art. 76 puede causar complicaciones en el caso de una resolución por incumplimiento anticipado. En este caso, ninguno de los dos momentos utilizados por el art. 76 puede ser aplicable. En su lugar, se puede usar el precio existente en el momento de la resolución anticipada del contrato respecto de las mercaderías que debían ser entregadas en el momento de cumplimiento fijado en el contrato. Este precio puede ser calculado, si es posible, observando la lista de precios existentes en el mercado de futuros⁸².

Igualmente, se pueden aplicar conjuntamente las soluciones del art. 76 y del art. 74 Convención de Viena.

8.2.9.1. Lugar del «precio corriente»

En lo que concierne al lugar que debe tomarse en consideración para determinar el precio corriente el art. 76.2 designa el lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías, para lo que habrá de recurrirse al art. 31. Esta remisión al art. 31, sin embargo, puede carecer de significado para esta cuestión concreta si se tiene en cuenta que, en principio, se parte de que el lugar de entrega de las mercaderías, salvo pacto en contrario, es el de la entrega al primer porteador para que las traslade al comprador. En su defecto, el precio corriente es el de cualquier otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías.

8.2.9.2. «Precio corriente»

Aunque la Convención de Viena no contiene definición explícita alguna sobre el «precio corriente» podrían utilizarse para este propósito las indicaciones contenidas en el art. 55: el «precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate». Si finalmente éste no pudiera ser fijado será de aplicación la regla general del art. 74.

8.3. Intereses

⁸² SCHLECHTRIEM, P. - BUTLER, P.: *UN Law on International Sales. op.cit.* pp. 1758

La regulación de los intereses es otra de las cuestiones de las obligaciones del vendedor y del comprador (art. 78). Sin embargo, dada la conexión que tiene esta acción con la indemnización de daños y perjuicios se estudia en el orden lógico en el que deberían ir dispuestos en la Convención de Viena.

Al margen de una eventual indemnización de daños y perjuicios, el contratante que no paga cualquier suma adeudada está obligado, según dispone el art. 78 de la Convención, a pagarle intereses a la otra parte⁸³. Se refiere principalmente al precio del vendedor, pero también a cualquier suma de dinero reembolsada por una parte por cuenta de la otra, como, por la conservación de las mercaderías, o incluso la restitución del precio al comprador en caso de resolución o por el pago de una indemnización por daños y perjuicios. De hecho, normalmente se reclama por parte del acreedor el pago del precio más los intereses o el pago de la indemnización por daños y perjuicios más los intereses.

La afirmación del pago de intereses por parte de la Convención era necesaria porque ciertos Derechos nacionales, como los de los países musulmanes, prohíben el pago de intereses, mientras que otros lo incluyen en la indemnización por daños y perjuicios, como sostiene el Reino Unido⁸⁴.

8.3.1. Cantidad de intereses a pagar

El art. 78 de la Convención de Viena no da ninguna indicación para resolver qué intereses deben ser pagados, por la falta de acuerdo sobre esta materia objeto de un intenso debate en el transcurso de la Conferencia de Viena.

8.3.2. Momento de devengo de los intereses

En cuanto al momento del devengo de los intereses se trata de una cuestión no resuelta en la Convención de Viena. Por ello, aplicando el art. 7.2 de la Convención de Viena, que prevé que aquellas cuestiones que no están resueltas se dirimirán conforme a los principios generales de la Convención, o a falta de ellos, conforme a la Ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado

⁸³ Sentencia OLG Hamm, 5 noviembre 1997 y Sentencia Rechtbank van Koophandel Hasselt, 6 marzo 2002; citadas en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 619.

⁸⁴ BACHER, K.: en Schlechtriem & Schwenger: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas. op-cit.* pp. 1758

El Tribunal Supremo de Dinamarca, en sentencia de 17 de octubre de 2007⁸⁵, consideró que el acreedor solo tenía derecho al cobro de intereses calculados a partir de la presentación de la demanda, art. 78 Convención de Viena. Por supuesto, los usos y prácticas comerciales pueden ser decisivos en la obligación de pagar intereses, en el momento en el que se empiezan a pagar y en el tipo de interés aplicable.

En cuanto al momento en que finaliza el devengo de intereses, tampoco soluciona la Convención de Viena este problema, pero hay que entender que es en el momento en el que se hace el pago efectivo.

8.3.3. Intereses como cuestión excluida del ámbito de aplicación de la Convención de Viena

Por este motivo es aconsejable que las partes, haciendo uso del poder que les otorga el artículo 6 de la Convención de Viena, excluyan la aplicación del artículo 78 del texto uniforme y, en su lugar, acuerden el tipo de interés que más les beneficie, puesto que no hay que olvidar que la Convención de Viena es dispositiva para las partes.

⁸⁵ Sentencia del TS de Dinamarca de 17 de octubre de 2007 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 624.

9. SUPUESTOS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

El sistema de la Convención de Viena hace responsables a las partes de cualquier incumplimiento del contrato, al margen de la existencia o no de dolo o culpa. Pero la severidad de este principio se ve atenuada por los supuestos de *exoneración*: la imposibilidad de ejecución (art. 79) y, el hecho imputable al acreedor (art. 80).

9.1. Imposibilidad de cumplimiento

El art. 79.1 de la Convención de Viena prevé la exoneración del deudor cuando el incumplimiento de sus obligaciones se debe a un impedimento ajeno a su voluntad. En definitiva, se está haciendo referencia a los supuestos de fuerza mayor, aunque no se hace referencia de forma expresa a este término con el fin de evitar en su aplicación cualquier asimilación con un Derecho nacional. Así pues, situaciones como la guerra, los desórdenes públicos, las catástrofes naturales, las epidemias graves, las prohibiciones de importación o exportación, las medidas de embargo, el control de cambios o el incendio de la fábrica en que se hallaban las mercaderías forman parte del catálogo de ejemplos que la doctrina y jurisprudencia han elaborado. Por el contrario, aunque sean acontecimientos involuntarios, los impedimentos personales, como la enfermedad del deudor, caen dentro de su esfera de influencia y, por consiguiente, responde de ellos. Por este mismo motivo, tampoco puede el deudor ampararse, en principio, en las dificultades atribuidas a sus propios empleados, aunque no haya habido *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*: debe estar en condición de controlar a estas personas y organizar sus tareas. Ahora bien, las partes muy frecuentemente estipulan cláusulas de exención de responsabilidad, como las denominadas cláusulas de fuerza mayor o las denominadas cláusulas *hardship*.

Con la naturaleza dispositiva para los contratantes de la Convención (art. 6), la eventual exoneración de responsabilidad de un contratante deberá apreciarse, si existen, a la luz de estas cláusulas y, sólo en su defecto, con arreglo al régimen diseñado por el art. 79 de la Convención de Viena. Así, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado una cláusula de fuerza mayor y una cláusula *hardship* que puede ser utilizada por las partes y que prima sobre el art. 79 de la Convención de Viena.

9.1.1. Requisitos

Para la existencia de esta causa de exoneración se precisan varios requisitos⁸⁶.

a) Impedimento ajeno a la voluntad del deudor

En primer lugar, para poder exonerarse, el impedimento invocado debe ser ajeno a la voluntad del deudor, es decir, escapar de su control. Por este motivo, el deudor no puede exonerarse cuando el impedimento es consecuencia de una negligencia suya, es decir, cuando se debe a un hecho que le es imputable. La guerra, los desórdenes públicos, las catástrofes naturales, las epidemias graves, las prohibiciones de importación o exportación, las medidas de embargo, el control de cambios o el incendio de la fábrica en que se hallaban las mercaderías forman parte del catálogo de ejemplos que doctrina y jurisprudencia han elaborado. Por el contrario, aunque sean acontecimientos involuntarios, los impedimentos personales, como la enfermedad del deudor, caen dentro de su esfera de influencia y, por consiguiente, responde de ellos. Por este motivo, el deudor tampoco puede ampararse en las dificultades atribuidas a sus propios empleados, aunque no haya habido *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*. Un caso límite es de la huelga. En virtud de la *teoría de las esferas*, una huelga general sí eximiría de responsabilidad a la parte incumplidora, art. 79.1, pero una huelga de empresa no lo haría, como tampoco le eximiría una huelga exclusivamente sectorial. En todo caso, habrá que atender a las causas y extensión de la huelga, así como a las leyes laborales vigentes en ese país.

b) Impedimento imprevisible

En segundo lugar, el impedimento debe ser imprevisible, es decir, un impedimento que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el deudor en el momento de la celebración del contrato. La referencia al carácter razonable significa que la imprevisibilidad no tiene por qué ser absoluta, sino que ha de apreciarse según una regla objetiva: la de una persona razonable de la misma condición en las mismas circunstancias de tiempo y lugar (arts. 8.2 y 8.3). También puede tratarse de un hecho previsible pero inevitable tal y como expresamente lo señala el art. 79.1 al considerar que también puede tratarse de un impedimento que el deudor no cabía razonablemente esperar que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

⁸⁶ BACHER, K.: en Schlechtriem & Schwenger: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas. *op-cit.* pp. 1784-1788.

La inevitabilidad está condicionada por las circunstancias del caso concreto, atendidos los medios de los que disponga el deudor, por lo que no se exige inevitabilidad absoluta. El deudor no podrá acogerse a ella si, puede optar, para lograr que las mercaderías alcancen su destino, por otro medio de transporte o por una ruta diversa. En relación a la hipótesis de la excesiva onerosidad sobrevenida, que comprende aquellos supuestos en que, por un cambio radical de las circunstancias económicas del mercado, el vendedor sólo puede entregar las mercaderías o el comprador pagarlas a un alto precio, quedaría excluida del art. 79, aunque cabe admitir que se pueda tomar en consideración en caso de extraordinarios cambios en las condiciones del mercado, del deber de renegociar o adaptar al nuevo marco el contrato en virtud del art. 7.1 de la Convención. Esto no excluye, sin embargo, que para solventar este problema haya que acudir a las reglas interpretativas de la voluntad de las partes contempladas en el art. 8 de la Convención puesto que se trata de una cuestión no excluida del ámbito de aplicación de la Convención de Viena⁸⁷.

El Tribunal Supremo de Polonia, en sentencia de 8 de febrero de 2012⁸⁸, se planteó si el aumento del precio de combustible, objeto del contrato, debía considerarse como una causa de exoneración, art. 79 Convención de Viena, o simplemente daba lugar a la reducción de los daños y perjuicios en la medida en que el perjuicio no podía haberse previsto. El Tribunal Supremo optó por esta segunda solución, subrayando que la previsibilidad de las pérdidas, en virtud del art. 74 de la Convención Viena, no podía equipararse a un impedimento ajeno a su voluntad, que eximía de responsabilidad a la parte en situación de incumplimiento, si no cabía razonablemente esperar que hubiese tenido en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato (art. 79 Convención de Viena).

9.1.2. Hecho imputable a un tercero

Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte no quedará exonerada de responsabilidad (art. 79.2).

⁸⁷ Sentencia del Tribunal civil de Monza, 29 marzo 1993 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 628

⁸⁸ Sentencia del TS de Polonia de 8 de febrero de 2012 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 628

En la Sentencia LG Alsfeld, de 12 de mayo de 1995⁸⁹, se señaló que, aunque el comprador había encargado a un agente de ventas intermediario en la compraventa internacional que remitiera el precio de compra al vendedor, debía ser el propio comprador el que asumiera el riesgo de transmisión.

Sólo cabrá excepcionalmente tal exoneración si tanto el deudor como el tercero se pueden exonerar en virtud del art. 79.1. Como en el caso de que un incendio destruyese la empresa del proveedor. Sólo pueden considerarse «terceros» a las personas físicas o jurídicas autónomas con respecto al contratante que les encomienda, al menos, la realización de parte del contrato. Tal es el caso de los subcontratistas, pero no de los proveedores, puesto que, *stricto sensu*, estos últimos no participan en el cumplimiento del contrato: la eventual exoneración de responsabilidad deberá determinarse conforme al art. 79.1 y no al art. 79.2⁹⁰: el vendedor debe asumir el riesgo de que sus proveedores no le suministren las mercaderías). Incluso se ha considerado que el vendedor no es responsable de la conducta de la empresa transportista a la que se le confía el transporte y la entrega a tiempo de las mercancías, en virtud del art. 79.2⁹¹. Por el contrario, la responsabilidad por los propios empleados se rige exclusivamente por el art. 79.1 de la Convención.

9.1.3. Consecuencia jurídica

La consecuencia jurídica de esta causa de exoneración se contempla en el art. 79.4: la parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Se trata de un aspecto del principio de la buena fe que debe guiar las relaciones entre los contratantes. Si la comunicación del deudor no llega a la otra parte dentro de un plazo razonable después del conocimiento de su impedimento, el deudor será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción (art. 79.4.). Esta comunicación deroga la establecida en el art. 27 de la Convención, por lo que debe llegar a la otra parte para que sea eficaz, a diferencia del art. 27 que traslada los riesgos por la falta de recepción de una notificación a su destinatario a terceros, sin duda porque el acreedor ya sufre la falta de cumplimiento del contrato.

⁸⁹ En la Sentencia LG Alsfeld, de 12 de mayo de 1995 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 628

⁹⁰ (Laudo arbitral de la CCI, nº 8128/1995; Sentencia del Tribunal Federal de Suiza, 12 julio 2006, citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 629.

⁹¹ Sentencia HG des Kantons Zürich, 10 febrero 1999, citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 629.

La sentencia del OLG Graz de 16 de septiembre de 2002⁹² dejó muy claro que el hecho de que el mensaje de telefax que le había enviado el vendedor al comprador para comunicarle que ante la falta de recepción de las mercaderías por parte del comprador iba a proceder a vender las mercancías, aunque no le hubiera llegado al comprador a pesar de que se había enviado a un número correcto, por la razón que fuese, no privaba al vendedor de su derecho a basarse en la comunicación efectuada con arreglo al art. 27 de la Convención de Viena.

Pero se admite que el deudor no responda de la falta de recepción de la comunicación cuando las mismas circunstancias que le obligaron a incumplir sus obligaciones contractuales le impiden comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas como (guerras o catástrofes naturales).

Por lo demás, la regla no se aplica más que a los daños y perjuicios causados por la falta de notificación, pero no a la falta de notificación resultante del incumplimiento del contrato de compraventa. Es decir, se regulan los daños resultantes de que el acreedor, por la falta de notificación, no pueda tomar ciertas medidas lo antes posible.

9.1.4. Efectos

En cuanto a los efectos de la exoneración de responsabilidad, aunque el art. 79.1 enuncia que una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones en las condiciones ya señaladas, el art. 79.5 modera fuertemente esta afirmación al señalar que el acreedor conserva cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la Convención. Esta formulación no impide que las partes hayan pactado el pago de una indemnización por daños y perjuicios, dado el carácter dispositivo de la Convención (art. 6) siempre que lo consienta la legislación nacional aplicable conforme al sistema de Derecho internacional privado. Pero, salvo que haya un pacto de este tipo, la regla contenida en el art. 79.5 se aplica al pago de intereses debidos, según el art. 78, en caso de mora en el pago de una suma adeudada, ocasionado por un impedimento que responda a los criterios señalados en el art. 79.1.

La exoneración surte efectos mientras dure el impedimento (art. 79.3). Por consiguiente, cuando la imposibilidad sea temporal, tan pronto como cese el impedimento, el deudor responderá de sus obligaciones contractuales. Pero si el

⁹² Sentencia del OLG Graz de 16 de septiembre de 2002, citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 629.

incumplimiento temporal produce un incumplimiento esencial del contrato, el acreedor puede declarar resuelto el contrato (si se trata de la entrega de productos sólo utilizables durante un cierto período de tiempo, como las bolas de Navidad). Cuando el impedimento es definitivo, hay que distinguir que el incumplimiento sea total o parcial. En el primer caso, si el impedimento es definitivo y se produce un incumplimiento total no hay lugar para la exigencia de una restitución *in natura*, pero el acreedor puede declarar resuelto el contrato para indicar que ningún cumplimiento ulterior del contrato será suficiente. Cuando la imposibilidad de cumplimiento es simplemente parcial, normalmente por parte del vendedor, el comprador puede declarar resuelto el contrato, si el incumplimiento es esencial, o contentarse con el cumplimiento parcial con una reducción del precio correspondiente a la fracción incumplida. El deudor es el que debe probar que hay un impedimento que le exonera de su responsabilidad y de que ha comunicado tal impedimento a la otra parte, para evitar que pueda ser responsable de los daños y perjuicios causados por la falta de la recepción de la comunicación, art. 79.4 de la Convención de Viena.

9.2. Hecho imputable al acreedor

Por otro lado, la exoneración de responsabilidad puede provenir porque el hecho sea imputable al propio acreedor. El art. 80 establece que una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella⁹³.

En este sentido, las causas de exoneración del art. 79 son subsidiarias a la aplicación de lo dispuesto en el art. 80⁹⁴.

9.2.1. Requisitos

Esta norma parte, por un lado, de que el impedimento se deba a un hecho del acreedor y por otro lado, de la existencia de un nexo de causalidad con el incumplimiento del deudor como (si el vendedor no hace saber al comprador donde debe cumplir con su obligación de pago). Es indiferente la culpabilidad o no del acreedor, por lo que podría tratarse de un impedimento en el sentido del art. 79.

⁹³ LEIBLE, E. - MÜLLER, M.: Die Reichweite von Artikel 80 CISG en, *Internationales Handelsrecht*, 2/2013, pp. 45-50.

⁹⁴ SCHWENZER, I. (2011): «Art. 80» en Schlechtriem & Schwenger: *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas op.cit.*, p. 1812.

Tal y como indica el precepto, puede haber sido causado por un acto u omisión, incluyendo los hechos realizados por las personas de las que responde el acreedor⁹⁵. La exoneración de responsabilidad del deudor solo es posible «en la medida» en que la acción u omisión del acreedor le haya causado al deudor una imposibilidad de cumplimiento. Ahora bien, el Tribunal Supremo de Eslovenia, en sentencia de 13 de septiembre de 2011⁹⁶, consideró que el hecho de que las cartas de crédito, emitidas para el pago por el comprador, no se ajustaran al contrato, no le exoneraba al vendedor de responsabilidad posible, conforme al art. 80 Convención de Viena. Según el Tribunal Supremo no se podía invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento hubiera sido causado por acción u omisión de aquella. Lo que tenía que haber hecho es habérselo comunicado al comprador para que emitiera nuevas cartas de crédito.

Si el impedimento del cumplimiento causado por el acreedor es al mismo tiempo el incumplimiento de una obligación contractual como por ejemplo, la falta de cooperación en obligaciones contractualmente acordadas (si no realiza todos los actos razonables para que el vendedor pueda entregar las mercancías, art. 60 Convención de Viena), entonces el deudor puede hacer responsable al acreedor de los daños debido al incumplimiento de su obligación de cooperar⁹⁷.

9.2.2. Consecuencia jurídica

El hecho del acreedor le prohíbe a éste recurrir contra el incumplimiento del deudor en la medida que él lo ha causado. Esta prohibición se refiere a todos los remedios jurídicos ofrecidos por la Convención: la ejecución forzosa, la resolución, la indemnización por daños y perjuicios y, para el comprador, además la reducción del precio. Esta prohibición no es absoluta, sino que se aplica «en la medida» en que tal incumplimiento le sea imputable, por lo que el acto u omisión del acreedor debe ser modulado en función de la importancia causal del mismo (Laudo Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Ucrania, de 21 de junio de 2002).⁹⁸

⁹⁵ Sentencia OLG München, 1 julio 2002 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 631.

⁹⁶ Sentencia del TS de Eslovenia del 13 de septiembre de 2011 citada en YZQUIERDO TOSLADA M., *Contratos, op.cit.*, p. 631.

⁹⁷ SCHWENZER, I (2011): *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas, op.cit.* p. 1819.

⁹⁸ *Ibidem* pp. 1817-1820

Conclusiones

Como hemos podido observar, la Convención de Viena de 1980 y las reglas INCOTERMS 2010, son absolutamente necesarias para que los particulares y los Estados adheridos puedan lograr formalizar los contratos con rapidez y eficacia. Todo ello, facilita las transacciones internacionales porque tal y como hemos explicado, no existe un un Derecho Privado Mundial.

Sin embargo, siguiendo el análisis realizado y tal y como sucede en la práctica habitual, la contratación internacional se rige casi exclusivamente por las reglas INCOTERMS. De hecho, dada su alta utilidad e importancia, es ordinario que haya una cláusula en el contrato que estipule que en el caso de que el derecho interno que regula el contrato contradiga lo que diga una regla INCOTERM, se mantendrá lo que estipule ésta última. Todo ello, aporta mayor seguridad entre las partes y se evitan futuras disputas.

Así pues, los agentes que operan internacionalmente prefieren el uso de los INCOTERMS por la claridad y seguridad que aportan a las partes. Estos regulan, entre otros aspectos, la entrega de la mercancía, la transmisión del riesgo o los gastos accesorios.

De hecho, a pesar de que existe la posibilidad de realizar una novación en una regla INCOTERM, las partes no suelen acudir a esta fórmula para evitar problemas en litigios futuros facilitando la tarea del tribunal a la hora de resolver el caso. Con ello, se ponen en menor riesgo los intereses de las partes.

¿Ha quedado el Convenio de Viena de 1980 superado por los INCOTERMS? Esta afirmación es demasiado extrema. A tenor de lo analizado, se ha comprobado que el Convenio tiene mucha importancia a la hora de regular la contratación internacional. De hecho, el espíritu de la Convención de Viena, es traducir en forma escrita los usos y las prácticas efectivamente seguidas en el comercio internacional. Dicho esto, a pesar de que en la mayoría de los casos se acude a las reglas INCOTERM. Si las partes no incluyen, por ejemplo, un pacto de lugar de entrega, mediante las reglas ya mencionadas, se aplicarán las soluciones de la Convención de Viena en lo relativo a la entrega de la mercadería.

Incluso la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) ha recomendado el uso de los INCOTERMS 2010 pues considera que estos conjuntos de definiciones comerciales armonizan las Leyes que gobiernan el

comercio internacional y los califica «como una valiosa contribución a la facilitación del comercio internacional».

El propio Convenio señala la prevalencia de los usos (entendidos como reglas) a que se hayan acogido las partes frente a lo estipulado en dicho documento, el cual, por otra parte (como se indica en el artículo 6 del Convenio), tiene naturaleza dispositiva. De este modo, es posible modificar y concretar, mediante una regla INCOTERM, la regulación del convenio en relación, por ejemplo, con la transmisión de riesgos.

En cuanto a la transmisión de los riesgos en las compraventas y la responsabilidad que adquiere cada parte en cada momento. Se ha demostrado, la prevalencia de las reglas INCOTERMS sobre el Convenio de Viena. A pesar de que, la Convención establece unas reglas generales en materia de riesgos (arts. 67 y 69) y unas reglas particulares para casos concretos (arts. 68 y 70). Si las partes hacen referencia en su contrato a la utilización de INCOTERMS, tal referencia excepciona la aplicabilidad de la Convención primando sobre lo previsto por la Convención de Viena. Y la regla INCOTERM fijará en qué momento se produce la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador.

Podemos afirmar, que en cuanto a la responsabilidad, los INCOTERMS resultan de mayor utilidad para determinar en qué momento se produce el traspaso de la responsabilidad del vendedor al comprador y ello variará en función de la regla que se haya pactado en el contrato.

No debemos olvidar, que la Convención de Viena y los INCOTERMS que se pacten en un contrato de compraventa internacional de mercaderías únicamente regulan las relaciones entre comprador y vendedor. Por ello, aunque en el contrato se incluya un INCOTERM, como por ejemplo el CFR, y corra el comprador con los riesgos desde el momento en que la mercancía está en el buque, siempre puede interponer las correspondientes acciones que pueda ostentar frente al transportista o porteador.

A la luz de lo redactado, podemos llegar a la falsa conclusión de que en caso de conflicto siempre una de las partes tendrá responsabilidad por un hecho y deberá cargar con las consecuencias.

El Convenio, recoge unos supuestos de exoneración de responsabilidad por incumplimiento ya sea por la imposibilidad de ejecución que define el art. 79 o bien por el hecho imputable al acreedor que define el art. 80. Ello demuestra que no siempre se puede exigir la responsabilidad a una de las partes.

Bibliografía

Fuentes Secundarias

Obras y Manuales:

ALCOVER GARAU, G. (1991): *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Madrid: Civitas, ISBN: 978-84-73988-97-1.

CABRERA CÁNOVAS, A. – *Las reglas INCOTERMS 2010*, Barcelona: Marge Books, 2013, ISBN: 978-84-15340-76-8

CALVO CARAVACA A.L – CARRASCOSA GONZÁLEZ J, (dir.) (2012) *Derecho del comercio internacional*, Madrid: Editorial Colex, ISBN: 978-84-83423-63-9.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L., *El contrato de compraventa internacional de mercaderías*, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L. (Dir.) (1997), *Contratos internacionales*, Madrid: Editorial Tecnos, ISBN: 978-84-30930-37-1.

MEDINA DE LEMUS, M (1992): *La venta internacional de mercaderías*, Madrid: Tecnos. ISBN: 978-84-30922-33-8.

MUÑOZ E., SCHWENZER I. (2011), *SCHLECHTRIEM y SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Tomo I y II)*, Navarra: Aranzadi. ISBN: 978-84-9903-761-5.

SÁNCHEZ-CALERO, F. – SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015), *Instituciones de derecho mercantil (Vol. II) (Ed. XXXVII)*, Pamplona, Editorial Aranzadi, pp. 261-263, ISBN: 978-84-9098-559-5.

SCHLECHTRIEM, P. - BUTLER, P. (2009): *UN Law on International Sales. The UN Convention on the International Sale of Goods*, Heidelberg: Springer, ISBN: 978-3-540-49992-3.

YZQUIERDO TOSLADA M. (dir.) (2014), *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, (Tomo XVI): Los contratos internacionales (I): Competencia judicial y ley aplicable. Contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Pamplona: Editorial Aranzadi, ISBN: 978-84-9059-199-4.

— BACHER K. (2011): en *SCHLECHTRIEM y SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*.

- HAGER, G. - SCHMIDT-KESSEL, M. (2011): «Art. 68», en *SCHLECHTRIEM y SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*.
- SCHWENZER, I. (2011): «Art. 74», en *SCHLECHTRIEM y SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*.
- SCHWENZER, I.: «Art. 35» en *SCHLECHTRIEM y SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*.
- WIDMER, C. (2011), «Art. 30 y 31» en *SCHLECHTRIEM y SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*.

Normativa

Boletín Oficial del Estado - Referencia BOE = BOE-A-1991-2552.

Código Civil Español

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías - desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 11 de abril de 1980.

Plataforma digital Aranzadi

Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, 17 de junio de 2008. Documento DOUE-L-2008-81325.

UNICTRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)

Sentencias citadas a lo largo del trabajo

Laudo arbitral de la CCI, nº 7585/1992; Sentencia AG Berlin-Tiergarten

Laudo arbitral de la CCI, nº 8128/1995; Sentencia del Tribunal Federal de Suiza, 12 julio 2006,

Sentencia A.P. de Barcelona de 24 de marzo de 2009

Sentencia AP de Barcelona, 8 de enero de 2003

Sentencia AP de Pontevedra de 3 de octubre de 2002

Sentencia AP de Valencia, 7 de junio de 2003

Sentencia de la AP Barcelona de 20 de junio de

Sentencia de la AP de Asturias de 29 de septiembre de 2010

Sentencia de la AP de Barcelona, 12 de septiembre de 2001.

Sentencia de la AP de Córdoba, de 31 de octubre de 1997

Sentencia de la AP de Pontevedra, 3 de octubre de 2002

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 182/2003 (Sección 2ª), del 19 septiembre de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense del 12 febrero de 2004 (Recurso de apelación núm. 207/2003

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Argentina, de 31 de octubre de 1995

Sentencia de la AP de Valencia, 15 de febrero de 2003

Sentencia de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Húngara del 20 diciembre de 1993.

Sentencia de la Corte de Casación francesa de 11 de mayo de 2010

Sentencia del OLG Graz de 16 de septiembre de 2002

Sentencia del Tribunal Civil de Monza, 29 marzo 1993

Sentencia del Tribunal de la División de Seongnam, 13 de abril de 2010

Sentencia del TS de Dinamarca de 17 de octubre de 2007

Sentencia del TS de Eslovenia del 13 de septiembre de 2011

Sentencia del TS de Polonia de 8 de febrero de 2012

Sentencia del TS del 3 de septiembre de 2010.

Sentencia HG des Kantons Zürich, 10 febrero 1999

Sentencia KG des Kantons Zug, 21 octubre 1999

Sentencia LG Alsfeld, de 12 de mayo de 1995

Sentencia LG Bielefeld, de 24 de noviembre de 1998

Sentencia OLG Braunschweig, 28 octubre 1999

Sentencia OLG Düsseldorf, 2 julio 1993

Sentencia OLG Hamm, 5 noviembre 1997

Sentencia OLG Karlsruhe, 20 de noviembre de 1992

Sentencia OLG Köln del 26 de agosto de 1994

Sentencia OLG Köln del 26 de agosto de 1994

Sentencia OLG Köln del 26 de agosto de 1994.

Sentencia OLG München, 1 julio 2002

Sentencia OLG München, 1 julio 2002

Sentencia Rechtbank van Koophandel Hasselt, 6 marzo 2002

Sentencia SAP de Barcelona, 24 de marzo de 2009

Sentencia Tribunal de Comercio de Montargis, 6 octubre 2000

Sentencia Tribunal del Distrito Oriental de Seúl, 23 julio 2009

Sentencia Tribunal Supremo de Polonia de 11 de diciembre de 2008

Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York, 26 marzo 2002

Artículos académicos

AUDIT, B. (1990): La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, *LGDJ*, p. 29.

CALVO CARAVACA, A. L. (octubre 2009): «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, vol. 1, nº 2, pp. 69-72.

FERRARI, F (1995), Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing, *Journal of Law and Commerce*.

HATZIMIHAL, N. E. (2008): The many lives —and faces— of Lex Mercatoria: History as genealogy in International Business Law, *Law & Contemp. Prob.*, 71.

JOLIVET, E. (2010): Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, nº 2, p. 48

LEIBLE, E. - MÜLLER, M.: Die Reichweite von Artikel 80 CISG en, *Internationales Handelsrecht*, 2/2013, pp. 45-50.

OLIVENCIA, M. (1983): *Derechos y obligaciones del vendedor y transmisión de los riesgos en la Convención*, *Anuario Jurídico de México de 1983*, pp. 73 y ss.

RADTKE, C. M. (2011): *Le juge du lieu de livraison*, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 64, p. 63.

Fuentes Primarias

Entrevistas

José Soria Sorjus: socio de Uría Menéndez en la oficina de Barcelona. Su práctica profesional se centra en el Derecho de la energía, Derecho farmacéutico, Derecho de las telecomunicaciones, financiación de proyectos, Derecho mercantil y Derecho inmobiliario. Profesor asociado en la Universidad Pompeu Fabra

Pablo Bernad Ramoneda: Es socio y miembro de la práctica de servicios forenses de KPMG, socio y jefe de consultoría de riesgos de KPMG en España y presidente del negocio de consultoría de riesgos de KPMG para Europa, Medio Oriente, África y el sudoeste de Asia, que cuenta con más de 14,000 profesionales. El Sr. Bernad se especializa en proporcionar evidencia pericial independiente sobre todo tipo de disputas económicas y contables en procedimientos de arbitraje y litigios en instituciones internacionales de arbitraje, incluyendo ICC, LCIA, ICSID y UNCITRAL.

