

**CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE UNA  
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS CON UN INCOTERM MODIFICADO**  
INTERPRETATIVE CRITERIA FOR THE DETERMINATION OF THE CONTENT OF A  
CONTRACT OF INTERNATIONAL SALE OF GOODS WITH A MODIFIED INCOTERM

**RICARDO VERGARA OLMOS\* \*\***  
Universidad de Chile - Santiago, Chile

**RESUMEN:** Los Incoterms® buscan dar certeza sobre la repartición de los costos, riesgos, derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes de una compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, dado que la autonomía privada rige la contratación internacional y, de hecho, funda el valor normativo de los Incoterms®, dicha distribución puede ser modificada por las partes, llevando a una derogación parcial del contenido del Incoterm en cuestión. Este trabajo busca abordar los criterios empleados por la doctrina y la jurisprudencia en la interpretación de contratos donde un Incoterm ha sido modificado. Además, propondremos otros criterios para entender cuándo se ha procedido a tal cambio, cuál es su verdadero alcance y como debe ponderarse la seguridad jurídica que otorgan los Incoterms® frente a la autonomía de las partes contratantes.

**PALABRAS CLAVE:** Incoterms®; Modificación; Autonomía privada; Compraventa internacional de mercaderías.

**ABSTRACT:** The Incoterms® aim to provide legal certainty about the distribution of costs, risks, rights and duties under an international sale of goods. However, given that party autonomy rules international contracting and, in fact, gives rise to the normative value of Incoterms®, such distribution may be modified by the parties, leading to a partial derogation of the chosen Incoterm's content. This article intends to analyze the criteria used both by doctrine and case law for the interpretation of contracts with a modified Incoterm. Further, we will propose some other criteria to determine when can we affirm that there is a modification, what is its scope and how should we weigh the legal certainty provided by Incoterms® against party autonomy.

**KEYWORDS:** Incoterms®; Modification; Party autonomy; International sale of goods.

RESUMEN / ABSTRACT

\* Egresado de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: ricardo.vergaraolmos@gmail.com .

\*\* Este trabajo corresponde a la ponencia presentada en el 1<sup>er</sup> Congreso Estudiantil de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, los días 29 y 30 de agosto de 2019.

## I.- INTRODUCCIÓN

La compraventa internacional de mercaderías presenta una serie de obstáculos. No solo existe una barrera idiomática y una considerable dificultad logística, sino que también la forma en que las partes entienden la distribución de los costos, riesgos, derechos y obligaciones varía según el contexto jurídico propio de cada uno de los contratantes.<sup>1</sup>

Debido a estas múltiples y diversas regulaciones sobre la compraventa, se han hecho variados intentos de facilitar el entendimiento de las partes por medio de regulación internacional uniforme y otros mecanismos para proporcionar claridad en la materia.

Las principales herramientas jurídicas en este sentido son la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CISG”), y junto a ella, los *International Commercial Terms* (o *Incoterms*®) de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”).<sup>2</sup>

A través de estas herramientas, se ha logrado catalizar los procesos del comercio internacional al proporcionar un lenguaje jurídico común por medio del cual sortear gran parte de los obstáculos de las transacciones de carácter internacional. Sin embargo, dada la prevalencia de la autonomía de la voluntad como pilar informativo fundamental de la contratación internacional privada, el alcance de estas herramientas se ve mermado en mayor o menor medida. Así, por ejemplo, sucede con el artículo 6° de la CISG, que permite a las partes excluir su aplicación o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos;<sup>3</sup> o bien, con los *Incoterms*®, en la medida en que las partes no quedarían del todo sometidas a su contenido cuando decidieran modificar su alcance.

En este artículo nos centraremos en los *Incoterms*®. Para ello, comenzaremos por revisar cuál es el concepto, la finalidad y las funciones de los *Incoterms*® en el comercio internacional. Luego, procederemos a analizar el eventual conflicto entre la autonomía privada y los *Incoterms*®, centrándonos en el choque entre certeza jurídica y libertad de contratación cuando estamos frente a un contrato poco claro y que presenta dificultades interpretativas con respecto a su contenido. A continuación, revisaremos los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que se han propuesto para entender las posibilidades de derogación parcial de un *Incoterm* por las partes y el modo por el cual debe ser realizado.

---

<sup>1</sup> COETZEE, Juana, “Incoterms as a form of standardisation in international sales law: an analysis of the interplay between mercantile custom and substantive sales law with specific reference to the passing of risk”, Tesis de doctorado en Derecho, Universidad de Stellenbosch, Sudáfrica, no publicada, 2010, p. 2; CHULIÁ, Eduardo; BELTRÁN, Teresa, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, T. 2, p. 16.

<sup>2</sup> ESPLUGUES, Carlos; PALAO, Guillermo; ESPINOSA, Rosario; FERNÁNDEZ, Enrique, *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 2° edición, p. 207.

<sup>3</sup> BRIDGE, Michael, *The International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 3° edición, p. 516.

En esta parte nos dispondremos a analizar críticamente dichos criterios y a proponer algunos otros, los cuales serán explicados principalmente por medio de ejemplos.

Finalmente, terminaremos con unas breves conclusiones.

## II. EL ROL DE LOS INCOTERMS® EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Los Incoterms® son términos comerciales estándar que permiten a las partes de un contrato de compraventa internacional o doméstica de mercaderías distribuir costos, riesgos, derechos y obligaciones a partir de alguna de las estructuras jurídicas ofrecidas por dichas reglas, además de determinar quién estará a cargo del transporte de los bienes y de los trámites de aduana, así como de los posibles seguros a contratar por las partes.<sup>4</sup>

Los Incoterms® cumplen, al menos, tres funciones.<sup>5</sup> En primer lugar, una función armonizadora, ya que otorgan un lenguaje común a los participantes del tráfico comercial con el cual superar las barreras de la diversidad jurídica. En segundo lugar, una función de eficiencia, al agilizar las negociaciones de las partes por medio del otorgamiento de estructuras preconcebidas de repartición de costos, riesgos, derechos y obligaciones contractuales. Finalmente, los Incoterms® cumplen la función de otorgar certeza jurídica a las partes contratantes. Esta es la que más nos interesa, puesto que marca el punto de partida para la solución a problemas interpretativos en un contrato con un Incoterm modificado.

En efecto, al proveer una distribución preconcebida de derechos y obligaciones, los Incoterms® evitan la multiplicidad de interpretaciones y encauzan el entendimiento sobre la relación contractual de manera uniforme. En este sentido, señala O'Connor que, en esencia, los Incoterms® son una forma de dejar saber al comprador qué viene incluido en el precio de venta del contrato.<sup>6</sup>

Sin embargo, esta función de certeza de los Incoterms® encuentra sus límites en la posibilidad de modificación de su contenido por las partes en virtud de la autonomía privada. Así, su función clarificadora entra en conflicto con su fuente de poder normativo: la voluntad de los contratantes.

## III.- LA AUTONOMÍA PRIVADA Y SU EVENTUAL CONFLICTO CON LOS INCOTERMS®

En principio, la posibilidad de que las partes modifiquen un Incoterm en virtud de la autonomía privada no debiera parecer problemático. Es más, debido a la naturaleza

<sup>4</sup> O'CONNOR, Emily, Incoterms 2010 Q & A. Questions and expert ICC guidance on the Incoterms 2010 rules, ICC Publication, 2013, p. 4; Ramberg, Jan, ICC Guide to the Incoterms 2010, ICC Publication, 2011, p. 16.

<sup>5</sup> CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, Instituciones de derecho comercial, Thomson Reuters, Santiago, 2016, 4° edición, T. 2, p. 1078.

<sup>6</sup> O'CONNOR, cit. (n. 4), p. 4.

facultativa y al carácter no mandatario de los Incoterms®, resulta lógico que las partes puedan definir con mayor precisión cual desean que sea el contenido del contrato. Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en esto.<sup>7</sup> Al fin y al cabo, al menos desde una perspectiva económica, el contrato constituye una operación donde se busca que los riesgos y costos sean distribuidos de manera eficiente entre las partes contratantes.<sup>8</sup>

No obstante, y como ha sabido identificar Coetzee, el uso de Incoterms® modificados conlleva más incerteza que precisión jurídica.<sup>9</sup> En este sentido, podemos encontrar dos grandes grupos de casos que traen menores o mayores dificultades.

Un primer grupo, menos complejo, se encuentra compuesto por aquellas variaciones de Incoterms® que, si bien suponen un alejamiento de las estructuras propuestas por la CCI, son de uso común y terminan ocupando un lugar usual en la compraventa de mercaderías. Este es el caso, por ejemplo, de las adiciones *Free On Board “Stowed”* (FOBS) o de *Ex Works “Loaded”* (EXWL), que, si bien buscan determinar con mayor precisión las obligaciones de las partes, no terminan por solucionar el problema de la falta de claridad.<sup>10</sup> Nos referiremos a este grupo como “variaciones generalizadas”.

Si bien en este primer grupo de casos existe incertidumbre, las variaciones generalizadas se distinguen por ser un lugar común para distintos comerciantes y, por tanto, por crear una práctica comercial paralela a los Incoterms®. De hecho, no solo hay que considerar que los ejemplos mencionados son tratados en distintas publicaciones de la CCI,<sup>11</sup> sino que además algunas de estas prácticas pueden terminar por posicionarse como nuevos Incoterms® en las versiones posteriores del documento oficial de dicha institución, el cual se va actualizando aproximadamente cada diez años

---

<sup>7</sup> MAGNUS, Ulrich; PILTZ, Burghard, “Trade Terms and INCOTERMS”, en: DIMATTEO, L.; JANSSEN, A.; MAGNUS, U.; SCHULZE, R. (Eds.), *International Sales Law*, C.H.Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2016, p. 269; BOYERAS SCHUMANN, Daniel, “La compraventa internacional de mercaderías la modalidad FOB”, Tesis de doctorado en Derecho, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2013, no publicada, p. 123; RAMBERG, cit. (n. 4), p. 41; Corte del distrito Este de Virginia, 11 de agosto de 1969, “Minex v. International Trading Company of Virginia”, 303 F. Supp. 205 (E.D. Va. 1969), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/303/205/1623668/>; Corte Federal de Nueva York, 26 de marzo de 2002, “St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.”, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>.

<sup>8</sup> COETZEE, cit. (n. 1), p. 4; POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1998, pp. 11-13.

<sup>9</sup> COETZEE, Juana, “Incoterms® variants: greater precision or more uncertainty?”, *De Jure*, 2013, vol. 46 n. 2, p. 583.

<sup>10</sup> COETZEE, cit. (n. 9), p. 584.

<sup>11</sup> RAMBERG, cit. (n. 4), p. 42; O’CONNOR, cit. (n. 4), pp. 51 y 100.

para recoger las nuevas formas contratación que crea el comercio internacional.<sup>12 - 13</sup> Un ejemplo de esto es la eliminación en los Incoterms® 2010 de los términos *Delivered at Frontier* (“DAF”), *Delivered Ex Quay* (“DEQ”), *Delivered Duty Unpaid* (“DDU”) y *Delivered Ex Ship* (“DES”), debido a su poca utilización en la práctica comercial, y su reemplazo por los términos *Delivered at Terminal* (“DAT”) y *Delivered at Place* (“DAP”), que logran modernizar y estar en línea con la práctica comercial internacional imperante.<sup>14</sup>

De ahí que pueda afirmarse que, en este primer grupo de casos, el mismo comercio internacional genera ciertas expectativas de interpretación y un entendimiento común con respecto al funcionamiento de estas variaciones, que tienden a uniformarse hasta un punto de certeza suficiente y tolerable. Es decir, el alejamiento de la función clarificadora de los Incoterms® en las variaciones generalizadas es relativo y no resulta problemático en profundidad.

Sin embargo, hay algunos ejemplos más complejos. Así, en un segundo grupo, podemos aglomerar todos los casos donde si bien las partes han pretendido modificar el contenido de un Incoterm, no queda completamente clara una voluntad expresada en dicho sentido. Esto sucede, por ejemplo, cuando el lenguaje es vago o insuficientemente claro, cuando no se han hecho adiciones como las que pueden observarse en el primer conjunto o cuando los cambios son tales que, en principio, pareciera que el Incoterm ha devenido en una mera etiqueta vacía, sin el contenido que de ordinario se espera de él. Lo anterior deriva en que en estas situaciones ni siquiera es posible observar una práctica, ya sea emergente o consolidada, que tenga un carácter paralelo a los Incoterms®. Esto ocurre porque no hay punto de comparación suficiente, sino solo casos particulares y autónomos que no se relacionan entre ellos de forma tal que podamos hablar de una práctica común de los comerciantes. Nos referiremos a este grupo como “variaciones particulares”.

Aquí la incertidumbre es patente y difícil de superar. Si bien las partes pueden creer saber exactamente lo que quisieron decir, este grupo es un nicho de malos entendidos. No existe un marco comparativo como en el primer grupo de casos, dado que las regulaciones de los contratos de este segundo grupo son muy específicas y hallan su sentido en la operación económica misma emprendida por las partes. De ahí

---

<sup>12</sup> LAZAR, Anca, “The INCOTERMS rules and their importance”, *Juridical Tribune*, 2011, vol. 1 N° 1, p. 144; DELACOLLETTE, Jean, *Les contrats de commerce internationaux*, Éditions Universitaires, París, 1991, 2° edición, p. 15.

<sup>13</sup> La primera versión de los Incoterms® fue publicada el año 1936 y su última actualización data del año 2010. Los Incoterms® 2020 serán publicados a fines del presente año (CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, “ICC prepares to launch Incoterms® 2020”, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-incoterms-2020/>, 13 de mayo de 2019).

<sup>14</sup> PÉREZ CORREA CAMARENA, Fernando, “Análisis comparativo de los Incoterms 2010 frente a los Incoterms 2000”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2011, vol. 61 N° 256, p. 225.

que el análisis de estos casos supone echar mano menos sobre la práctica generalizada y más sobre el acuerdo mismo de los contratantes.

En ambos grupos antes mencionados surgen problemas tales como la falta de determinación exhaustiva de los costos para cada una de las partes, la difusa o nula distribución de riesgos entre las partes, la falta de coordinación para la contratación de seguros, entre otras. Con todo, es en particular en el segundo grupo de casos donde vemos una situación más crítica, con mayores probabilidades de dar lugar a litigios complejos y difusos con resultados poco predecibles.

Por ello, resulta evidente la necesidad de explorar criterios que permitan el libre desarrollo de la autonomía privada sin pasar a llevar la función de certidumbre de los Incoterms® que, en principio, las mismas partes pretenden aprovechar al incluirlos en sus contratos de compraventa internacional de mercaderías.

#### **IV.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE UN CONTRATO CON UN INCOTERM MODIFICADO**

Como ya señalamos, las partes pueden acordar un Incoterm y decidir, al mismo tiempo, regular de forma distinta alguno de los aspectos que dicho Incoterm en principio ya contempla. Dijimos, además, que la doctrina es conteste en cuanto a la facultad de las partes para realizar dichos cambios.

Sin embargo, la doctrina poco y nada se ha referido a los efectos de tales acuerdos y su alcance con respecto al ámbito regulatorio de los Incoterms®. Así, por ejemplo, CHULIÁ Y BELTRÁN hablan de la “anulación”<sup>15</sup> de las reglas de un Incoterm cuando las partes introducen cláusulas especiales, sin profundizar en el tema.<sup>16</sup> También podemos ver que MAGNUS Y PILTZ simplemente mencionan la facultad de las partes para modificar el Incoterm introducido en el contrato, agregando luego que es un problema de construcción interpretativa si hay o no inconsistencia entre los términos del contrato, sin otorgar mayores pautas al respecto.<sup>17</sup>

Una buena razón por la que probablemente la doctrina no ha profundizado en la forma en que interactúan dichos acuerdos particulares y la elección de un Incoterm es que, lógicamente, para saber cuál es el alcance de la derogación realizada por las partes es necesario interpretar el contrato específico como un todo y ponderar la voluntad de las partes.<sup>18</sup> Esta necesidad se sobrepone irónicamente con la meta interpretativa propia de los Incoterms®, como ya fuera anunciado en su introducción oficial hace ya

---

<sup>15</sup> Discrepamos de la precisión de la palabra “anulación” para referirse a las modificaciones realizadas por las partes, dado que la falta de eficacia de los efectos del Incoterm introducido por las partes se debe a la autonomía de los contratantes, no a un problema de validez.

<sup>16</sup> CHULIÁ y BELTRÁN, cit. (n. 1), p. 16.

<sup>17</sup> MAGNUS y PILTZ, cit. (n. 7), p. 281.

<sup>18</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Los contratos. Parte general*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, 6° edición, p. 500.

varias décadas. En efecto, y como señala EISEMANN, uno de los principales objetivos de los Incoterms® es proveer reglas facultativas para la interpretación de los términos utilizados por las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías.<sup>19</sup>

De este modo, cuando nos preguntamos por el alcance de la derogación de un Incoterm por las partes de una compraventa internacional de mercaderías, podemos afirmar que estamos ante un problema de interpretación jurídica, y más específicamente, de interpretación contractual.

En relación a este problema de interpretación, la doctrina y la jurisprudencia han presentado algunas posturas y recomendaciones que han pretendido orientar dicha tarea pero que no han terminado por clarificar el panorama.

En lo que resta del trabajo nos dedicaremos a analizar los diversos aspectos interpretativos que han sido tratados en la literatura y jurisprudencia pertinente de forma crítica, tales como la interpretación objetiva de los Incoterms® y el respeto de la esencia de estos.

Además, propondremos algunos otros criterios que permiten determinar el contenido del contrato con respeto de la autonomía de las partes, tales como la consideración del precio en la interpretación del reparto de derechos y obligaciones, y el uso de las negociaciones precontractuales. En este último punto, trataremos el momento en que se introduce el Incoterm y sus modificaciones al contrato, lo relativo a aquello que ilustra sobre la finalidad y las circunstancias subjetivas de las partes y la importancia de los acuerdos orales o las declaraciones no escritas de las partes para la determinación del Incoterm aplicable.

### **i.- Interpretación objetiva de los Incoterms®**

Si bien los Incoterms® tienen una naturaleza facultativa y eminentemente contractual, se ha entendido por la doctrina que su interpretación debe seguir una lógica de carácter objetivo. De este modo, Magnus y Piltz han señalado que los Incoterms® deben ser interpretados más bien como si fueran disposiciones legales que como si fueran términos contractuales ordinarios.<sup>20</sup>

Pero ¿por qué los Incoterms® suponen un análisis objetivo? Esto se debe a su función clarificadora, a través de la cual se persigue la certidumbre y la seguridad jurídica en el tráfico comercial internacional. Al otorgar una estructura preconcebida de distribución de costos, riesgos, derechos y obligaciones, cuando las partes incluyen un Incoterm proveen al contrato de una base interpretativa sobre la cual puede o no haber modificaciones. De ahí que, a menos que logremos concluir que las partes efectivamente realizaron un cambio al contenido de un Incoterm, por el mero hecho

<sup>19</sup> EISEMANN, Frédéric, *Incoterms*, Banco Exterior de España, Madrid, 1985, 2° edición, p. 23.

<sup>20</sup> MAGNUS y PILTZ, cit. (n. 7), p. 280.

de incluirlo correctamente al contrato las partes han proporcionado una regulación estandarizada del contenido del mismo.<sup>21</sup>

Esto es relevante porque permite concluir que todo lo no regulado expresamente por las partes será cubierto por el Incoterm incluido, en la medida en que dicha materia se encuentre dentro del ámbito de aplicación de los Incoterms®: entrega, trámites aduaneros, etcétera. Llamaremos a esto el “efecto de piscina normativa”, por medio del cual se integra lo no regulado expresamente por las partes a través del contenido presupuesto por el Incoterm ya incluido en el contrato.

A su vez, el efecto de piscina normativa es importante porque es la manera en que eventualmente un juez o un árbitro debieran interpretar un contrato en el cual las partes hayan introducido un Incoterm. En este sentido, JOHNSON explica que lo ideal es que las partes logren repartir riesgos y responsabilidades de una forma en que sea objetivamente determinable por cada una de ellas y, por supuesto, también por terceros.<sup>22</sup>

Por último, el efecto de piscina normativa resulta relevante porque desde un punto de vista lógico incluso si hay varias modificaciones a la estructura del Incoterm introducido por las partes, debiera concluirse que al menos alguna porción de la regulación de dicho Incoterm debiera gobernar el contrato. De lo contrario, al menos en principio, no tiene sentido que haya sido incluido. Esto es, en definitiva, una manifestación de la fuerza de objetivación de los Incoterms®, alimentada por la voluntad de los contratantes.

Cabe advertir, en todo caso, que esta interpretación objetiva en ningún caso puede significar una limitación a la libertad de contratación de las partes. La voluntad de los contratantes sigue siendo el pilar informativo fundamental sobre cómo debemos entender el contrato. Por ello, debemos tomar con precaución la idea de interpretación objetiva de los Incoterms®, porque su alcance solo se limita al Incoterm en sí, no al contrato. La regla de interpretación contractual no deja de ser subjetiva (a menos que el derecho aplicable diga lo contrario), sino que la aproximación al Incoterm en sí debe ser realizada de forma objetiva.

Esta necesidad de ponderar la objetividad del Incoterm introducido frente a la verdadera intención de las partes (la cual puede ser encontrada en los más diversos lugares del contrato, como veremos más adelante) es el centro del problema al que nos enfrentamos cuando estamos ante un contrato con dificultades interpretativas mayores, como ocurre en los casos de variaciones particulares antes descritos.

Profundizaremos y discutiremos más sobre este aspecto en el punto siguiente, sobre la esencia de los Incoterms®.

---

<sup>21</sup> MAGNUS y PILTZ, cit. (n. 7), p. 280.

<sup>22</sup> JOHNSON, William, “Analysis of Incoterms as Usage Under Article 9 of the CISG”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2014, vol. 35 N° 2, p. 388.



## ii.- Interpretación a favor de la esencia del Incoterm

Un segundo criterio se relaciona con el límite de la modificación o derogación que las partes pueden hacer del Incoterm que ya incluyeron en un contrato. En múltiples casos se ha tomado en cuenta lo que se ha identificado como la esencia de un Incoterm específico para interpretar qué fue exactamente lo que las partes acordaron o cómo operan las cláusulas incluidas en el contrato.<sup>23</sup> En dichos casos, la esencia del Incoterm devino en aquello que no podía ser modificado ni derogado por las partes, o al menos, aquello que la interpretación del contrato debe proteger en aras de la seguridad jurídica.

Pero ¿por qué resulta relevante desde un punto de vista interpretativo que tomemos en cuenta la esencia de un Incoterm? ¿No pueden acaso las partes simplemente abandonar todo el contenido del Incoterm incluido por medio de acuerdos voluntarios expresados en el contrato? Y, en todo caso, ¿cómo determinamos la esencia de un Incoterm?

Para empezar, debemos tener presente que la esencia es relevante por una exigencia de coherencia y no contradicción en las declaraciones de las partes, propias de toda interpretación contractual que pretenda llegar a una conclusión con respecto al contenido efectivo del contrato. En efecto, cuando las partes incluyen un Incoterm, como hemos visto, agregan toda una distribución de costos, riesgos, derechos y obligaciones al contrato. Cada modificación es una derogación parcial de dicha disposición contractual. Si las modificaciones, en tanto declaraciones de voluntad, pasaran a llevar el núcleo mismo de aquello que también han declarado como voluntad propia, esto es, el contenido del Incoterm incluido en el contrato, entonces estaríamos ante dos declaraciones contradictorias que no permiten una lectura conclusiva y coherente del contrato y que, por tanto, no pueden ser toleradas bajo una práctica interpretativa eficaz.

¿Significa esto que las partes no pueden modificar todo cuanto quieran? No. Como ya advertíamos en el punto anterior, debemos recordar que estamos trabajando con criterios interpretativos para situaciones de poca claridad con respecto al contenido del contrato, como ocurre en los casos de variaciones particulares. Si las modificaciones son expresas y claras, deben primar por sobre el Incoterm en todo lo que sean incompatibles,<sup>24</sup> incluso si eso significa que el Incoterm se vuelva una mera etiqueta vacía. Tanto el Incoterm como sus modificaciones expresan la voluntad de las partes, es cierto, pero elegir un Incoterm supone traer toda una estructura ya preparada dentro del contrato, una base para interpretar su contenido (el efecto de piscina normativa), y hacer una declaración en contrario es accidental, excepcional y,

---

<sup>23</sup> YEO, Tae Shig, “A Study on the Interpretation of Permuted CIF Contract”, *SungKyunKwan Law Review*, 2007, vol. 19 N° 2, p. 529; “*Denbigh Cowan & Co v Atcherley*” (1921) 90 LKJ 836; “*Soon Hua Heng Co Ltd v Glencore*” (1996) 1 *Lloyd’s Rep* 398.

<sup>24</sup> MAGNUS y PILTZ, cit. (n. 7), p. 81.

por tanto, la única justificación lógica para que una cláusula contraria a lo dispuesto en el Incoterm esté ahí es porque viene a romper la regla base del contrato, que podemos encontrar en el Incoterm introducido por las partes. Por esto es por lo que podemos afirmar que incluso si las partes modifican profundamente el Incoterm, su nombramiento no resulta irrelevante, dado que es en sí una importante guía para determinar el contenido del contrato, a pesar de que no tenga un carácter conclusivo.<sup>25</sup>

Ahora bien, dado que la esencia de un Incoterm muestra de todas formas cierta utilidad interpretativa cuando estamos ante un contrato con modificaciones poco claras, debemos hacernos una pregunta evidente: ¿Cómo determinamos la esencia de un Incoterm?

Algunos autores se han referido a la esencia de algunos de ellos. Así, por ejemplo, Alsterberg ha identificado los elementos esenciales de un contrato *Free on Board* (“FOB”) y de un *Cost Insurance and Freight* (“CIF”).<sup>26</sup> Sin embargo, no existe un consenso claro con respecto a cuál es el elemento esencial de cada Incoterm en particular. No hemos podido encontrar ninguna obra en este sentido. Por lo demás, las publicaciones de la CCI tampoco han pretendido dar respuesta a esta pregunta, sino que en su mayoría se remiten a profundizar en todo el contenido de cada Incoterm sin poner una jerarquía entre los distintos elementos.<sup>27</sup>

Si bien no pretendemos profundizar en este punto ya que la respuesta a esta interrogante podría ser objeto de un extenso trabajo especialmente dedicado a responderla, consideramos necesario tener presentes algunas cuestiones sobre la búsqueda de la esencia de cada Incoterm.

Primero, no debemos caer en el error de creer que la esencia de cada Incoterm debe estar definida por su diferencia con cualquier otro que hubieran tenido disponible o en mente las partes al momento de contratar. La comparación no debe ser realizada solo con respecto al siguiente de la lista, sino con todos los demás. Es decir, no basta ver qué tienen de diferente dos o más Incoterms®, sino que resulta necesario determinar qué es lo que hace a cada Incoterm único frente a todos los demás. Esto es, su “esencia objetiva”.

Segundo, aunque no existiera algo así como la esencia objetiva de cada Incoterm, podemos hablar de una “esencia subjetiva” determinable por medio de la finalidad que perseguían las partes al incluir el Incoterm específico que finalmente introdujeron al contrato, o a través de las razones que hayan explicitado para elegir el Incoterm en cuestión. Ello, dado que la razón de introducción del Incoterm confluye con el aspecto del mismo que las partes persiguen incluir en su contrato, y por tanto, aquello que les

<sup>25</sup> MCKENDRICK, Ewan, *Sale of Goods*, LLP Professional Publications, London, 2000, p. 649.

<sup>26</sup> ALSTERBERG, Andreas, “*Transfer of risk in sale of goods on shipment terms*”, Tesis de magíster en Derecho, Lunds Universitet, Lunds, 2007, no publicada, pp. 9 y ss.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, RAMBERG, cit. (n. 4) y O’CONNOR, cit. (n. 4).

resulta esencial y necesario para la recta ejecución de su voluntad dentro de la operación económica.

Por último, no debemos olvidar que todo el sentido de la determinación del Incoterm es, como hemos reiterado con anterioridad, buscar un criterio para orientar la interpretación del contenido del contrato. No debe ser en absoluto una limitación a las modificaciones realizadas por las partes si estas han sido claras. Como hemos expuesto, la esencia busca proteger la seguridad jurídica a través de una interpretación conservadora de las modificaciones realizadas por las partes pero no pretende extirpar el rol de la autonomía de la voluntad.

### iii.- Interpretación del alcance de las modificaciones a través del precio

El precio no solo corresponde al centro obligacional de los deberes del comprador, en cuanto a su pago, sino que también desempeña una labor informativa desde el punto de vista de cuánto vale el producto adquirido. Sin embargo, cuando el precio es definido también en función de la inclusión de un Incoterm al contrato, se vuelve más evidente otra de las informaciones que refleja su valor: cuánto está pagando el comprador por los riesgos y obligaciones que quedan en manos del vendedor. En efecto, y como ya señalamos más arriba, en esencia, los Incoterms® son una forma de dejar saber al comprador qué viene incluido en el precio de venta del contrato.<sup>28</sup>

Debido a lo anterior, es posible considerar la variación del precio como un indicador del alcance de las modificaciones realizadas por las partes, en la medida en que dicho precio se calcula no solo en base al costo de producción del bien que se compra sino también en función de las obligaciones que toma el vendedor en el contrato respectivo.<sup>29</sup>

De este modo, y tomando en cuenta los usos y valores empleados en el mercado respectivo, podríamos concluir, por ejemplo, que si el comprador pagó un precio muy alto por un contrato *Ex Works* (“EXW”) y al mismo tiempo existen señales o indicios sobre la existencia de mayores obligaciones por parte del vendedor, debería realizarse una interpretación que justifique el mayor valor pagado por parte del comprador.

Asimismo, si las partes acuerdan un *Delivered Duty Paid* (“DDP”) y realizan modificaciones que tienden a disminuir la carga de riesgos y obligaciones para el vendedor, dicha disminución relativa puede en parte definirse tomando en consideración cuánto ha aumentado el precio de venta y si cubre efectivamente tanto los costos como los riesgos de un DDP en el mercado respectivo.

---

<sup>28</sup> O’CONNOR, cit. (n. 4), p. 4.

<sup>29</sup> BUTLER, Petra; HARINDRANATH, Arjun, “Article 53”, en: KRÖLL, S.; MISTELIS, L.; PERALES VISCACILLAS, M. (Eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2018, 2° edición, p. 772.

Desde ya podemos observar y advertir que este criterio por sí solo no resulta muy útil, porque más bien funciona como un criterio de prudencia y equilibrio que debe ser complementado o que al menos sirve para reafirmar o corroborar una conclusión ya alcanzada con respecto al alcance de las modificaciones que intentamos interpretar. En el fondo, nos ayuda a resolver la pregunta, ¿pagó el comprador un monto suficiente que justifique lo que pide al vendedor? O bien, desde el otro lado de la vereda, ¿se ha hecho cargo el vendedor de los riesgos y obligaciones del contrato en conformidad con el monto pagado por el comprador?

#### **iv. La relevancia de las negociaciones precontractuales en la interpretación de los Incoterms®**

El proceso de formación de contratos complejos supone una serie de comunicaciones e intercambios de propuestas y borradores de contrato. Dicho proceso toma tiempo y las más de las veces se define no solo por lo que finalmente se decidió, sino también por cómo se llegó a ese acuerdo, tomando en consideración lo que se dijo durante las negociaciones del contrato. La interpretación de la voluntad de los contratantes no se acaba en el sentido literal de lo que han suscrito: se encuentra en todas las circunstancias que envuelven al contrato.<sup>30</sup> Esto incluye las negociaciones.

Esta idea cobra particular importancia en el ámbito donde se suelen encontrar los Incoterms®, es decir, en la compraventa internacional de mercaderías. Ello se debe a que en estos casos suele aplicar la CISG, que en su artículo 8° reconoce expresamente la importancia de las negociaciones para determinar la intención de las partes.<sup>31</sup> Lo mismo sucede bajo la aplicación de otros instrumentos de derecho uniforme que suelen acompañar a los contratos que incluyen Incoterms®, como es el caso de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (“UPICC”), que en su artículo 4.3 (a) recoge la misma regla interpretativa. Por tanto, el cómo, cuándo y por qué de la introducción de un Incoterm pasan a ser tan relevantes como su contenido mismo en caso de controversia.

Con esto en mente, existen algunos aspectos de la contratación que nos parece interesante explorar en el presente trabajo y que están relacionados con la relevancia de las negociaciones precontractuales para la interpretación de los Incoterms®. A continuación, procederemos a revisarlos.

##### **a. El momento en que se introduce el Incoterm y sus modificaciones**

Como dijimos, las negociaciones toman tiempo. En ese tiempo se puede ir y venir entre distintas propuestas. Entre dichas propuestas puede haber un Incoterm, el cual

<sup>30</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, cit. (n. 18), p. 479.

<sup>31</sup> SCHMIDT-KESSEL, Martin, “Article 8”, en: SCHWENZER, I. (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 4° ed., p. 158.

puede tanto ser acordado al principio como al final de la negociación. La pregunta al respecto es, ¿resulta relevante cuándo se incluye dicho Incoterm? o ¿cuándo coexiste con ciertas cláusulas que implican una regulación distinta de su contenido? O, visto de otra forma, ¿importa si el Incoterm fue introducido antes o después de las cláusulas que modifican su alcance?

Cuando las cláusulas modificatorias del Incoterm son introducidas con posterioridad a la inclusión del Incoterm en cuestión dentro del contrato, parece bastante claro que dichas modificaciones prevalecen, en la medida en que su alcance sea claro.

Sin embargo, podría suceder que en un contrato específico el Incoterm sea introducido luego de que las partes hayan alcanzado otros acuerdos relativos al ámbito regulatorio del Incoterm y, por tanto, se argumente que el nuevo acuerdo viene a derogar los alcanzados con anterioridad aunque éstos no hayan sido eliminados del borrador final.

A nuestro parecer, la interpretación correcta dejaría en pie las cláusulas ya existentes aunque contradijeran al Incoterm introducido con posterioridad, siempre que estas fueran claras. Sostenemos esto por dos razones.

Primero, porque las partes no han eliminado dichas disposiciones pudiendo hacerlo y, por tanto, en principio el Incoterm viene a regular solo aquello que corresponde a su ámbito de aplicación y que las partes todavía no han podido zanjar. Y es que, de hecho, las regulaciones anteriores al Incoterm que versan sobre temas del ámbito de aplicación de este último constituyen acuerdos cristalizados que se mantienen hasta que sean derogados.

Segundo, porque existe tanto un conocimiento como una muy posible expectativa de que lo acordado no ha sido derogado ya que no existió ni expresa mención de ello ni eliminación de las disposiciones en conflicto.

De este modo, no importa si el Incoterm fue introducido antes o después de las cláusulas que modifican su alcance. La diferencia temporal de introducción en las cláusulas respectivas no afecta el hecho de que los acuerdos específicos diversos al Incoterm priman por sobre su contenido predeterminado.

### **b. Relevancia de la finalidad y las circunstancias subjetivas de las partes**

Para el análisis de esta sección seguiremos lo pertinente del caso diseñado por el Dr. Stefan Kröll para el 26th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> En palabras de JOCELYN-HOLT, "Los moot court son procedimientos judiciales simulados practicados en muchas facultades de Derecho del Common Law. En ellas se lleva a cabo un juicio, algunos alumnos cumpliendo el rol de demandantes, otros de demandados" (JOCELYN-HOLT, Emilia, *Del caos al imperio del derecho. La Búsqueda de la Justicia en Shakespeare*, Rubicón Editores, Santiago, 2018, p. 38). De acuerdo a las Reglas del Vis Moot, "The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (the "Moot") is an annual competition of teams representing law schools throughout the world (...) The Moot is intended to stimulate the study of international commercial law, especially the legal texts prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), and the use of international commercial arbitration to resolve international commercial disputes. The international nature of the Moot is intended to lead participants to

(“Vis Moot 2019”),<sup>33</sup> dado que nos permite ilustrar de manera concreta cuál puede ser el alcance de la finalidad y las circunstancias subjetivas de las partes en la interpretación de un Incoterm modificado.

El caso es el siguiente. *Phar Lap Allevamento* (“la vendedora”), empresa dedicada a los deportes ecuestres y la crianza de caballos, vende a *Black Beauty Equestrian* (“la compradora”), empresa participante del mismo rubro, cien dosis de semen congelado de uno de sus caballos de carrera más famosos, Nijinsky III, con fines reproductivos. Para ello, celebran una compraventa internacional de mercaderías que, entre otras cosas, incluía en su cláusula octava una mención al Incoterm DDP, algunas modificaciones expresas a dicho Incoterm en otras cláusulas y una referencia sobre *hardship*<sup>34</sup> en la cláusula doceava del contrato.

La entrega debía hacerse en tres cargamentos diferidos: los primeros dos de 25 dosis y el último de 50. Los primeros dos no tuvieron problema alguno. Sin embargo, antes del envío del tercer cargamento el gobierno del país de la compradora aumentó sorpresivamente en un 30% las tarifas de importación de los productos agrícolas (incluyéndose el semen de caballo, curiosamente), lo que generó que el costo de ejecución del contrato aumentara considerablemente. La vendedora contactó a la compradora con el fin de adaptar el precio.

Finalmente, decidió cumplir con la entrega a pesar de no haber alcanzado un acuerdo final, dado que tuvo la impresión de que las negociaciones llegarían a buen puerto. Sin embargo, tras hacer la entrega, la compradora se negó a seguir negociando y a pagar la variación del precio causada por el imprevisto cambio de las tarifas. Por

---

*interpret the texts of international commercial law in the light of different legal systems and to develop an expertise in advocating a position before an arbitral panel composed of arbitrators from different legal systems (...)* The Moot consists of the preparation of a memorandum for claimant, a memorandum for respondent and the oral hearings” (ASSOCIATION FOR THE ORGANISATION AND PROMOTION OF THE WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT, “The Rules”, <https://vismoot.pace.edu/media/site/26th-vis-moot/the-rules/rules.pdf>, 13 de mayo de 2019).

<sup>33</sup> Nos dispusimos a citar el caso del *Vis Moot 2019* por referirse exactamente al tema que tratamos en la presente investigación y por constituir el *Vis Moot* un referente pedagógico importante en cuanto a compraventa internacional de mercaderías. El caso en cuestión puede encontrarse en <https://vismoot.pace.edu/>.

<sup>34</sup> En palabras de HUBER y MULLIS, “*hardship means that performance may still be objectively possible but that the obligor (seller) faces serious obstacles that he would have to overcome in order to make performance. The law will then have to decide under which conditions these obstacles should be regarded as so important that it is justified to exempt the seller from his duty to perform*” (HUBER, Peter; MULLIS, Alastair, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, Sellier European Law Publishers, München, 2007, p. 193). En nuestro medio, resulta asimilable mas no idéntico a la teoría de la imprevisión, que también puede compararse con el principio *rebus sic stantibus*, la *eccesiva onerosità soppravenuta italiana* o el *Wegfall der Geschäftsgrundlage* alemán. Todas estas teorías tratan el tema del cambio de circunstancias en el derecho contractual (GIRSBERGER, Daniel; ZAPOULSKIS, Paulius, “Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption”, *Jurisprudence*, 2012, Vol. 19, n° 1, p. 122).

ello, la vendedora demandó la adaptación del contrato a un tribunal arbitral, en línea con la cláusula quinceava del contrato sobre solución de controversias.

Una primera lectura tanto de los hechos como del acuerdo de las partes llevaría a la conclusión de que, dado que estamos ante un contrato DDP y no hay cambios expresos con respecto a la distribución de riesgos, la vendedora debería cargar con la variación del precio.

Sin embargo, el caso estaba diseñado para que los participantes de la competencia acudieran a las negociaciones en busca del alcance de ciertos elementos del contrato, para demostrar que sí existían modificaciones al Incoterm introducido de común acuerdo y que dichas modificaciones limitaban la responsabilidad de la vendedora. Para alcanzar dichas conclusiones se debía recurrir a las ideas de “finalidad del contrato” y de “circunstancias subjetivas de las partes”.

Para los efectos de analizar estas dos ideas, resultan fundamentales nuevamente los artículos 4.3 de los UPICC y 8° de la CISG, no solo porque eran aplicables al caso del Vis Moot 2019, sino porque tienen amplia aplicación en las disputas del comercio internacional.<sup>35-36</sup>

El artículo 4.3 de los UPICC menciona expresamente en sus letras (a) y (d) que tanto las negociaciones como la naturaleza y la finalidad del contrato son relevantes para determinar la intención de las partes.

En cuanto al artículo 8° de la CISG, si bien a diferencia de las negociaciones que están expresamente mencionadas no incluye en su lista la finalidad del contrato como uno de sus criterios, es aceptado por la doctrina que este artículo no es exhaustivo<sup>37</sup> y, por tanto, en la medida en que la finalidad del contrato pertenece a las circunstancias

---

<sup>35</sup> SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal, “The CISG-Successes and Pitfalls”, *The American Journal of Comparative Law*, 2009, vol. 57 N° 2, p. 457; MASCAREÑO, Aldo; MEREMINSKAYA, Elina, “The making of world society through private commercial law: the case of the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review*, 2013, pp. 24-26.

<sup>36</sup> Debemos advertir, de todos modos, que un dato no menor a tener en cuenta es que, de acuerdo a las 2017 ICC Dispute Resolution Statistics, “In 87% of the disputes referred to ICC Arbitration in 2017, parties included a choice-of-law clause in their contracts. In 99% of cases the parties chose national laws, and their choices covered the laws of 104 different nations (...) Only 1% of contracts provided for the application of rules or instruments other than national laws. These included the UN Convention on contracts for the International Sale of Goods (five contracts), the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (one contract), *lex mercatoria* (one contract), ‘customary international law (one contract), ‘UNCITRAL Law’ (one contract) and the ICC Incoterms (one contract)” (CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, “2017 ICC Dispute Resolution Statistic”, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>, 13 de mayo de 2019). A pesar de que esto podría llevar a la conclusión de que la CISG y los UPICC no son relevantes, es importante considerar que la CISG es parte de la legislación de la mayoría de los países mencionados en las estadísticas y por tanto suele tener amplia aplicación. Además, los UPICC suelen apoyar la interpretación y uso de la CISG de forma constante. De ahí que mantengan su relevancia para el presente análisis.

<sup>37</sup> ZUPPI, Alberto, “Article 8”, en: KRÖLL, S.; MISTELIS, L.; PERALES V., P. (Eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2018, 2° edición, p. 157.

que rodean al acuerdo y permite interpretar la intención de las partes, en nuestra opinión resulta incluido.

Ahora bien, en las negociaciones del contrato se podían encontrar al menos tres circunstancias que permitían concluir que el DDP introducido por las partes había sido modificado considerablemente.

En primer lugar, con respecto a la finalidad de la elección de un contrato DDP, la compradora declaró expresamente vía correo electrónico que, dada la urgencia del envío y la considerablemente mayor experiencia de la vendedora en el transporte de semen congelado, incluyendo la documentación de exportación e importación, resultaba preferible que se introdujera una cláusula DDP.<sup>38</sup>

La expresión por parte de la compradora de la finalidad pretendida con la inclusión de un Incoterm es orientadora por dos razones.

Primero, permite determinar qué aspecto del Incoterm en cuestión es aquel que lo vuelve imprescindible para el contrato, y por tanto, sirve en cierto modo para delinear aquella difusa “esencia” de la cual hablábamos con anterioridad. Si bien pudiera no ser una esencia objetiva, a lo menos es lo esencial del Incoterm para las partes, lo que resulta igual o incluso más importante, pudiendo ser calificada como la esencia subjetiva de la que hablábamos un poco más arriba.

Segundo, conocer la finalidad nos permite interpretar con mayor información si es que las modificaciones alegadas por una de las partes son coherentes con la intención de los contratantes, permitiéndonos satisfacer la necesidad de no contradicción entre las declaraciones de las partes de forma más integral. Ello justifica echar mano sobre las negociaciones precontractuales para terminar de definir el contenido del contrato.

De este modo, podemos ver que lo esencial del DDP que buscaba la compradora era que la vendedora estuviera a cargo del transporte, la exportación y la importación. Sin embargo, a esta altura seguimos en las negociaciones, y la vendedora respondió al correo mencionado poniendo algunos límites al Incoterm propuesto.

En efecto, y pasando a la segunda circunstancia relevante de las negociaciones del caso, encontramos una declaración expresa de la vendedora vía correo electrónico donde señala que no está dispuesta a correr con los riesgos asociados a un DDP, en particular aquellos relacionados con regulación aduanera y restricciones a la importación. Es por ello que la vendedora propone la inclusión de una cláusula *hardship* que se refiera a dichos riesgos.<sup>39</sup>

Dicha solicitud se justificaba en gran medida en que, dada la mala situación financiera de la vendedora, ésta no tenía intenciones de correr mayores riesgos por la

---

<sup>38</sup> Específicamente, declaró: “given the urgency of the delivery and your much greater experience in the shipment of frozen semen including the necessary export and import documentation we would insist for this contract on a delivery on the basis of DDP” (KRÖLL, Stefan, “The 26th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Problem”, <https://vismoot.pace.edu/media/site/26th-vis-moot/the-problem/po2.pdf>, 10 de abril de 2019).

<sup>39</sup> KRÖLL, cit. (n. 38), p. 12.



inclusión de un Incoterm donde la principal razón de su introducción era obtener un mejor transporte y trato aduanero.<sup>40</sup>

Aquí entonces vemos aplicados ambos criterios: finalidad y circunstancias subjetivas de las partes. La finalidad se observa en la razón de limitar el DDP, esto es, para disminuir los riesgos de la vendedora. Por su parte, las circunstancias subjetivas sirven al intérprete porque permiten entender la actitud sumamente conservadora de la vendedora frente al contrato, tomando en cuenta que además había pedido un aumento del precio,<sup>41</sup> y ayuda con respecto a la interpretación de la cláusula *hardship*, como veremos a continuación.

Finalmente, la tercera circunstancia guarda relación con el alcance de la cláusula *hardship* en tanto derogación parcial de las reglas contenidas en el DDP introducido por las partes. En el caso de referencia, podemos observar que dicha cláusula libraba de responsabilidad al vendedor por *hardship* causado por requerimientos adicionales de salud y seguridad o por eventos comparables imprevistos que hicieran el contrato más oneroso.<sup>42</sup>

La discusión en esta parte se centraba en el alcance del término “comparables” y si es que acaso un cambio de tarifas era realmente comparable a una variación de los requerimientos de salud y seguridad mencionados por la cláusula. En efecto, podía optarse entre una interpretación literal o autónoma, o una interpretación que tomara en cuenta las negociaciones del contrato. Una y otra llevaban a conclusiones distintas.

Si se seguía la primera (cuestión que usualmente hacían los equipos que actuaban en representación de la demandada en la competencia), se podía llegar a la conclusión de que una tarifa difiere de un requerimiento adicional de salud y seguridad ya sea por su finalidad o por su naturaleza. Por tanto, la cláusula *hardship* no cubría las circunstancias sobrevinientes y la adaptación del precio no procedía.

Si se seguía la segunda, en cambio, se podía desprender de las negociaciones que las partes acordaron cubrir todos los riesgos mencionados en el correo de la vendedora en que solicita la cláusula *hardship*, es decir, tanto regulación aduanera como restricciones a la importación y requerimientos adicionales de salud y seguridad. De este modo, la cláusula *hardship* sí cubría las circunstancias sobrevinientes alegadas por la vendedora.

Consideramos que la respuesta correcta es esta última. No solo porque la CISG y los UPICC permiten acudir a las negociaciones, sino porque dicho recurso permite superar el obstáculo interpretativo que supone el término “comparables”, que soporta más de una interpretación posible en el contexto del contrato.

---

<sup>40</sup> KRÖLL, cit. (n. 38), p. 59.

<sup>41</sup> KRÖLL, cit. (n. 38), p. 12.

<sup>42</sup> Específicamente, la cláusula doceava del contrato señala, en su parte relevante: “*Seller shall not be responsible for (...) hardship, caused by additional health and safety requirements or comparable unforeseen events making the contract more onerous*” (KRÖLL, cit. (n. 38), p. 14).

Dado que la autonomía y el acuerdo de las partes deben primar, es del todo lógico que en casos como el propuesto por el Dr. KRÖLL hagamos uso de las negociaciones aplicando los criterios de finalidad y circunstancias subjetivas de las partes para determinar la existencia y alcance de las modificaciones de un Incoterm que las partes aleguen en juicio. La certeza jurídica no se ve transgredida por ir más allá del texto literal del contrato, sino todo lo contrario: la certeza jurídica se perfecciona cuando interpretamos cabalmente la voluntad de los contratantes.

### **c. La modificación escriturada y la modificación oral de un Incoterm**

De manera constante la literatura referida a los Incoterms® recomienda a quienes los utilicen el llevar a cabo una inclusión expresa o escriturada sobre la variación de su significado o con respecto a las modificaciones que las partes pretendan realizar.<sup>43</sup>

Concordamos en que esta es una muy buena recomendación porque, en definitiva, permite prevenir los problemas interpretativos que, de hecho, nos han llevado a realizar esta investigación. Sin embargo, por ser solo una recomendación y no un requisito de eficacia, no evita que se produzcan de todos modos problemas interpretativos por falta de claridad en las modificaciones de los Incoterms®.

Lo anterior nos deja sin orientación sobre qué hacer ante la falta de derogación expresa. Y aunque de vez en cuando podamos sortear dichas dificultades apelando a una derogación lógica por incompatibilidad entre algunas cláusulas y el Incoterm introducido, debemos tener presente que, como hemos explicado más arriba, muchas veces es en las negociaciones donde podremos encontrar ciertos acuerdos o posturas que terminan por informar e incluso conformar el contrato y que afectan los efectos del contenido del Incoterm respectivo. Por tanto, ante la pregunta “¿dónde podemos encontrar la modificación del Incoterm que alega una de las partes?”, consideramos posible responder que su hallazgo puede ocurrir tanto en lo expresamente dispuesto en el acuerdo escriturado así como en los acuerdos de palabra que, dependiendo del derecho aplicable, podrían llegar a ser considerados también al momento de interpretar el contrato.

En efecto, mencionamos el derecho aplicable porque no todos los ordenamientos jurídicos reconocen la posibilidad de recurrir a las negociaciones desde un principio. Podría ocurrir que las partes elijan un derecho aplicable cuya tónica difiera de un análisis con tinte más bien subjetivo.

Así, por ejemplo, si se elige el derecho de algún país anglosajón donde prime la llamada “*four corners rule*”, el contrato deberá ser interpretado conforme a lo que efectivamente contenga, sin tomar en cuenta ninguna evidencia extraña ni externa a

---

<sup>43</sup> LIGHTBURN, J.J.; NIENABER, G.M., “Out-turn clauses in cif contracts in the oil trade”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1987, N° 177, p. 179; RAMBERG, cit. (n. 4), pp. 41-43; ALSTERBERG, cit. (n. 26), p. 10; COETZEE, Juana, “The Interplay Between Incoterms® and the CISG”, *Journal of Law & Commerce*, 2013, vol. 32 N° 1, p. 5.

él<sup>44</sup>. Si ello no fuera posible dada la ambigüedad de sus términos, el tribunal podría pasar a determinar la verdadera intención de las partes yendo más allá de las cuatro esquinas del contrato, haciendo uso de evidencia extrínseca al mismo<sup>45</sup>.

Dado que el problema que estamos analizando supone en gran parte la ambigüedad y falta de claridad de lo estipulado expresamente en el contrato, creemos que perspectivas como la de la *four corners rule* no sería un mayor problema cuando la ambigüedad sea superlativa. Sin embargo, es positivo advertir que esta es una cuestión de grado y corresponderá al tribunal respectivo determinar si procede o no la revisión excepcional, bajo ese tipo de derecho aplicable, de lo que las partes se comunicaron entre sí durante las negociaciones del contrato o de lo que han expresado de forma oral en algún otro momento de la contratación, sin dejar constancia de ello en instrumento alguno.

Desde luego, una vez que nos enfocamos en las negociaciones o en conversaciones entre las partes, el problema se torna sobre todo en principio uno de tipo probatorio, correspondiendo a quien alega la modificación no escriturada del Incoterm la prueba de dicha circunstancia. Una vez probado el hecho que puede ser interpretado como modificación, pasamos a la temática de la presente investigación.

Ahora bien, otra dificultad con que podemos encontrarnos en la práctica es que algunos cambios hayan sido realizados expresamente y otros no. En rigor, ello no cambia la metodología: todavía podrá alegarse la existencia de otra modificación oral, y si logra probarse, aplicaremos los criterios interpretativos con los que venimos trabajando hasta ahora.

Sin embargo, el hecho de que ya existan modificaciones escrituradas da para interpretar o al menos sospechar que las partes finalmente solo decidieron incorporar dichos cambios y no los otros que se discutieron durante las negociaciones. Ello dejaría, muy probablemente, a la modificación oral cual si fuera meramente una discusión que no terminó por zanjarse durante el curso de la negociación, en especial bajo culturas jurídicas o derecho aplicable donde se enfatice el resultado final por sobre el proceso de acuerdo de las partes. Esto no es concluyente, desde luego, pero el peligro de interpretación desfavorable está presente.

Todos estos puntos nos permiten reafirmar la importancia de la recomendación sobre la manifestación expresa de las modificaciones a los Incoterms®, ya que es la forma más segura de prevenir los problemas interpretativos que luego pueden surgir durante la ejecución del contrato. Una negociación transparente y directa que lleve a un producto contractual exhaustivo y riguroso es la mejor manera de evitar malos entendidos en la interpretación del acuerdo de las partes.

---

<sup>44</sup> Corte Suprema de Mississippi, 28 de febrero de 1990, “Pursue Energy Corp. v. Perkins” 558 So. 2d 349; Corte Suprema de Mississippi, 18 de Agosto de 1975, “Pfisterer v. Noble” 320 So. 2d 383.

<sup>45</sup> ROWLEY, Keith, “Contract Construction and Interpretation: From the “Four Corners” to Parol Evidence (and Everything in Between)”, Scholarly Works, 1999, Paper 554, p. 99.

## V.- CONCLUSIONES

La relevancia y la profusa utilización de los Incoterms® en el comercio internacional descansa en su capacidad para proveer de un lenguaje y de una interpretación común sobre la distribución de los costos, riesgos, derechos y obligaciones del contrato de compraventa internacional de mercaderías celebrado por las partes.

Si se pierde la claridad, se pierde el principal beneficio de los Incoterms®: la certeza interpretativa acerca del contenido del contrato.

La principal razón por la que la claridad se ve afectada es por las modificaciones a los Incoterms® que realizan las partes. Si bien existen variaciones generalizadas cuyo apuro interpretativo es menor, también existen variaciones particulares en donde se hace necesario emplear criterios que permitan abstraer el contenido efectivo del acuerdo de las partes. Para ello, resulta necesario atender a todas las circunstancias relevantes que envuelven la contratación, como bien sostienen los artículos 8° y 4.3 de la CISG y los UPICC, respectivamente.

Como pudimos ver en este trabajo, dichas circunstancias incluyen cuestiones tales como i) el efecto de piscina normativa de la interpretación objetiva de los Incoterms®, ii) la determinación de la esencia objetiva o subjetiva del Incoterm pertinente, iii) la información contractual reflejada en el precio, y iv) las negociaciones precontractuales, con especial recurso a la finalidad y las circunstancias subjetivas de las partes, tomando también en cuenta los acuerdos escritos y orales de las partes y priorizando la verdadera intención de los contratantes.

Bajo una correcta guía interpretativa y el uso de los criterios ya descritos, es posible determinar un contenido contractual que funcione de forma efectiva como un conjunto coherente de declaraciones de voluntad realizadas por las partes. No hay que olvidar que tanto el Incoterm como las modificaciones que hayan elegido las partes constituyen manifestaciones de la libertad contractual de que gozan como participantes del comercio internacional. La autonomía que informa dicha libertad es el núcleo que todo intérprete debe proteger al querer determinar el contenido del contrato.

## BIBLIOGRAFÍA

### a) Doctrina

ASSOCIATION FOR THE ORGANISATION AND PROMOTION OF THE WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT, “The Rules”, <https://vismoot.pace.edu/media/site/26th-vis-moot/the-rules/rules.pdf>, 13 de mayo de 2019.

ALSTERBERG, Andreas, “Transfer of risk in sale of goods on shipment terms”, Tesis de magíster en Derecho, Lunds Universitet, Lunds, 2007, no publicada.

BOYERAS SCHUMANN, Daniel, “La compraventa internacional de mercaderías la modalidad FOB”, Tesis de doctorado en Derecho, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2013, no publicada.

BRIDGE, Michael, *The International Sale of Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 3° edición.

BUTLER, Petra; HARINDRANATH, Arjun, “Article 53”, en: *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2018, 2° edición.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, “2017 ICC Dispute Resolution Statistics”, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>, 13 de mayo de 2019.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, “ICC prepares to launch Incoterms® 2020”, <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-prepares-launch-incoterms-2020/>, 13 de mayo de 2019.

CHULIÁ, Eduardo; BELTRÁN, Teresa, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, T. 2.

COETZEE, Juana, “INCOTERMS® as a form of standardisation in international sales law: an analysis of the interplay between mercantile custom and substantive sales law with specific reference to the passing of risk”, Tesis de doctorado en Derecho, Universidad de Stellenbosch, Stellenbosch, 2010, no publicada.

COETZEE, Juana, “Incoterms® variants: greater precision or more uncertainty?”, *De Jure*, 2013, vol. 46 n. 2.

COETZEE, Juana, “The Interplay Between Incoterms® and the CISG”, *Journal of Law & Commerce*, 2013, vol. 32 N° 1.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, *Instituciones de derecho comercial*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, 4° edición, T. 2.

DELACOLLETTE, Jean, *Les contrats de commerce internationaux*, Éditions Universitaires, París, 1991, 2° edición.

EISEMANN, Frédéric, *Incoterms®*, Banco Exterior de España, Madrid, 1985, 2° edición.

ESPLUGUES, Carlos; PALAO, Guillermo; ESPINOSA, Rosario; FERNÁNDEZ, Enrique, *Derecho del comercio internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 2° edición.

- GIRSBERGER, Daniel; ZAPOULSKIS, Paulius, “Fundamental alteration of the contractual equilibrium under hardship exemption”, *Jurisprudence*, 2012, Vol. 19, N° 1.
- HUBER, Peter; MULLIS, Alastair, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, Sellier European Law Publishers, München, 2007.
- JOCELYN-HOLT, Emilia, *Del caos al imperio del derecho. La Búsqueda de la Justicia en Shakespeare*, Rubicón Editores, Santiago, 2018.
- JOHNSON, William, “Analysis of Incoterms® as Usage Under Article 9 of the CISG”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2014, vol. 35 N° 2.
- KRÖLL, Stefan, “The 26th Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Problem”, <https://vismoot.pace.edu/media/site/26th-vis-moot/the-problem/po2.pdf>, 10 de abril de 2019.
- LAZAR, Anca, “The INCOTERMS® rules and their importance”, *Juridical Tribune*, 2011, vol. 1, N° 1.
- LIGHTBURN, J.J.; NIENABER, G.M., “Out-turn clauses in cif contracts in the oil trade”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1987, N° 177.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Los contratos. Parte general*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, 6° edición.
- MAGNUS, Ulrich; PILTZ, Burghard, “Trade Terms and INCOTERMS®”, en: DIMATTEO, Larry; JANSSEN, André; MAGNUS, Ulrich; SCHULZE, Reiner (Eds.), *International Sales Law*, C.H.Beck-Hart-Nomos, Baden-Baden, 2016.
- MASCAREÑO, Aldo; MEREMINSKAYA, Elina, “The making of world society through private commercial law: the case of the UNIDROIT Principles”, *Uniform Law Review*, 2013.
- MCKENDRICK, Ewan, *Sale of Goods*, LLP Professional Publications, London, 2000.
- O’CONNOR, Emily, *Incoterms® 2010 Q & A. Questions and expert ICC guidance on the Incoterms® 2010 rules*, ICC Publication, 2013.
- PÉREZ CORREA CAMARENA, Fernando, “Análisis comparativo de los Incoterms® 2010 frente a los Incoterms® 2000”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2011, vol. 61 N° 256.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1998.
- RAMBERG, Jan, *ICC Guide to Incoterms® 2010*, ICC Publication, 2011.
- ROWLEY, Keith, “Contract Construction and Interpretation: From the “Four Corners” to Parol Evidence (and Everything in Between)”, *Scholarly Works*, 1999, Paper 554.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin, “Article 8”, en: Schwenzler, Ingeborg (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Oxford, 2016, 4° edición.
- SCHWENZLER, Ingeborg; HACHEM, Pascal, “The CISG-Successes and Pitfalls”, *The American Journal of Comparative Law*, 2009, vol. 57 N° 2.
- YEO, Tae Shig, “A Study on the Interpretation of Permuted CIF Contract”, *SungKyunKwan Law Review*, 2007, vol. 19 N° 2.

ZUPPI, Alberto, “Article 8”, en: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; PERALES V., Pilar (Eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, C.H.Beck-Hart-Nomos, München, 2018, 2º edición.

b) Jurisprudencia

Corte del distrito Este de Virginia, 11 de agosto de 1969, “Minex v. International Trading Company of Virginia”, 303 F. Supp. 205 (E.D. Va. 1969), <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/303/205/1623668/>.

Corte Federal de Nueva York, 26 de marzo de 2002, “St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.”, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>.

Corte Suprema de Mississippi, 18 de agosto de 1975, “Pfisterer v. Noble”, 320 So. 2d 383.

Corte Suprema de Mississippi, 28 de febrero de 1990, “Pursue Energy Corp. v. Perkins”, 558 So. 2d 349

“Denbigh Cowan & Co v Atcherley”, 1921, 90 LKJB 836.

“Soon Hua Heng Co Ltd v Glencore”, 1996, 1 Lloyd’s Rep 398.

