

EL VALOR DE LOS INCOTERMS PARA PRECISAR EL JUEZ DEL LUGAR DE ENTREGA

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 09.07.2012 / Aceptado: 16.07.2012

Resumen: El art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 establece que son competentes para conocer de los litigios derivados de un contrato de compraventa internacional los tribunales del «lugar de entrega», según el contrato, en cuanto «lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda». Los Incoterms facilitan y fijan claramente el lugar de entrega de las mercancías dependiendo del Incoterms utilizado, por ello la STJUE de 9 de junio de 2011, en el caso *Eurosteel Europe*, los ha utilizado para determinar el Tribunal competente. El problema más grave se plantea cuando las partes no pactan el lugar de entrega. En este caso, se estudian las distintas soluciones posibles para determinar el lugar de entrega: Incoterms, Convención de Viena de 1980, Reglamento Roma I..., y sus posibles consecuencias jurídicas. Sin olvidar que los Incoterms también se han utilizado como *Lex contractus*.

Palabras clave: art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, art. 31 Convención de Viena de 1980, contrato de compraventa internacional, lugar de entrega pactado, Incoterms, lugar de entrega en defecto de pacto, entrega material, destino final de la operación de compraventa, transmisión de riesgos.

Abstract: The art. 5.1.b) of Council Regulation (EC) N° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters states that have jurisdiction to hear in disputes arising from a contract of the sales of goods the courts of «the place of delivery», «under the contract», as «the place of performance of the obligation in question». Incoterms provide and fix clearly the place of delivery of goods depending on Incoterms used, so the STJUE of 9 June 2011, in the case *Eurosteel Europe*, have been used to determine the competent court. The most serious problem arises when the parties do not compromise the delivery location. In this case, we study the various possible solutions to determine the place of delivery: Incoterms, United Nations Convention on the International Sale of Goods of April 1980, Rome I Regulation..., and possible legal consequences. Not forgetting that Incoterms also have been used as *Lex contractus*.

Key words: art. 5.1.b) of Council Regulation 44/2001, art. 31 CISG, international sale of goods, place of delivery under the contract, Incoterms, the final destination of the sales transaction, transfer of risks.

Sumario: I. Introducción. II. Determinación del lugar de entrega ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001. 1. Consideraciones introductorias. 2. Individualización directa de los tribunales competentes por el lugar de entrega. 3. Valor jurídico de un Incoterm para determinar el lugar de entrega. A) Incoterms 2010: concepto. B) Cuestiones reguladas y no reguladas por los Incoterms 2010. C) Clasificación de los Incoterms 2010. a) Según el transporte utilizado. b) Según que el lugar designado sea donde se produzca la transmisión de los riesgos. 4. Valor jurídico de los Incoterms para determinar una estipulación tácita del lugar de entrega. 5. Valor jurídico de los Incoterms como *lex contractus*. A) Por jueces y tribunales estatales. B) Por Tribunales arbitrales. III. Determinación del lugar de la entrega en defecto de una cláusula contractual. 1. Consideraciones introductorias. 2. Aplicación de las soluciones de la Convención de Viena de 1980 en defecto de un Incoterm. IV. El asunto *Electrosteel Europe SA contra Edil Centro SpA*. 1. Determinación del lugar de entrega por inclusión de un Incoterm. 2. Determinación del lugar de entrega por los Incoterms 2010 en ausencia de una estipulación contractual que determine el lugar de entrega. V. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El objeto de este trabajo se centra en la determinación de los jueces y tribunales que pueden declararse competentes para conocer de un litigio derivado de una compraventa internacional de mercaderías en el ámbito de la Unión Europea, cuando las partes acuerdan incluir un Incoterm¹. Dicho de otro modo, si la inclusión de un Incoterm en el contrato de compraventa internacional de mercancías puede individualizar los tribunales competentes por el lugar de entrega *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*². Este tema es particularmente bienvenido por la reciente entrada en vigor de los nuevos Incoterms 2010 de la Cámara de Comercio Internacional, que se aplican a partir del 1 de enero de 2011 y que han reemplazado a los Incoterms 2000³.

El art. 5.1 Reglamento 44/2001 señala: «Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: cuando se tratare de una compraventa internacional de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieran ser entregadas las mercaderías; c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a)».

2. Este problema ha sido abordado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) en la sentencia de 9 de junio de 2011, asunto C-87/10, *Electrosteel Europe SA contra Edil Centro SpA*. En esta sentencia el Tribunal de Justicia, aunque aporta una aclaración muy útil sobre los usos y prácticas del comercio internacional a la hora de determinar el tribunal competente por el lugar de entrega, comete graves errores a la hora de interpretar dónde debe entenderse realizada la entrega en defecto de pacto. Lo más decisivo es que el Tribunal de Justicia confirma que los Incoterms determinan el lugar de entrega en el contrato de compraventa internacional de mercancías y es aplicable para determinar la competencia judicial internacional *ex art. 5.1.b) del Reglamento 44/2001*⁴. En realidad, no se trata de

¹ Vid. sobre este tema E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149.

² Publicado en el DOCE L 12 de 16 de enero de 2001.

³ Vid. los Incoterms 2010 en *Publicación n.º 715, CCI*.

⁴ R. BALDI, «Sull'art. 5.1 della Convenzione di Bruxelles», *Foro Padano*, 1987, pp. 219-224; E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149. G.A.L DROZ, «Delendum est forum contractus?, (vingt ans apres les arrêts *De Bloos et Tessili* interprétant l'article 5, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», *Recueil Dalloz*, 1997, doct., p. 135; A. FONT I SEGURA, «La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales», *Revista jurídica de Catalunya*, 2006-2, pp. 79-112; P. FRANZINA, «Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in piú luoghi nella convenzione di Bruxelles del 1968 e nel Regolamento 44/2001», *RDIPP*, 2002, pp. 391-406; ID., *La giurisdizione in materia contrattuale (l'art.5 n.1 del regolamento n.44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Cedam, Padova, 2006; M. GUZMÁN ZAPATER, «El lugar de ejecución de los contratos internacionales como criterio determinante de la competencia judicial internacional», *La Ley CE*, n.24, 1987, pp. 1-4; I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 9, 2004, pp. 55-84; V. HEUZÉ, «Des quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *RCDIP*, 2000, pp. 595 ss.; F. JAULT, «Commentaire de l'article 5-1 du règlement de Bruxelles I», *Petites Affiches*, 29 mayo 2002, pp. 16 ss.; T. LYNKER, *Der besondere Gerichtsstand am Erfüllungsort in der Brüssel I-Verordnung (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO)*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; P. MANKOWSKI, «Art. 5 Brussels I» en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., European Law Publishers, Alemania, 2012, pp. 88-294, esp. pp. 144-194; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Algunas consideraciones respecto de los arts. 5.1. y 17 CB», *La Ley CE*, 27 mayo 1997, pp. 12-14; A. MOURRE, «Trente ans après la convention de Bruxelles: bilan et perspectives de la jurisprudence concernant la détermination de la jurisdiction compétente en matière contractuelle», *RDAI*, 1999, pp. 385-409; ID., «La communitarisation de la coopération judiciaire en matière civile», *RDAI*, 2001-6, pp. 700-792; H. MUIR-WATT, «Peut-on sauver le for européen du contrat?», *Revue générale des procédures*, 1998, pp. 371 ss.; J.I. PAREDES PÉREZ, «Algunas consideraciones en torno al alcance de la noción autónoma de contrato en Derecho internacional privado comunitario», *REDI*, 2006, pp. 319-330; F. SALERNO, «L'incidenza del diritto applicabile nell'accertamento del *forum destinatae solutionis*», *RDIPP*, 1995, pp. 76-121; ID., «La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia contrattuale», *RDIPP*, 2008, pp. 381 y ss.; B. SUJECKI, «Bestimmung des zuständigen Gerichts gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO bei mehreren Erfüllungsorten in einem Mitgliedstaat», *EWS*, 2007, pp. 398-402.

una novedad, pues la doctrina española y extranjera ya habían puesto de manifiesto esta afirmación, pero sirve para poner fin al debate doctrinal relativo a ese asunto⁵.

3. Teniendo en cuenta las observaciones realizadas, en primer lugar se estudiará el valor jurídico de la referencia a un Incoterm en relación con la obligación de «entrega de la mercancía» y, por tanto, la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. A continuación, se tratará el valor de los Incoterms en defecto de pacto y cómo se localiza el lugar de entrega si las partes no lo acuerdan el contrato. Y, por último, se estudiarán las soluciones dadas para ambos supuestos por el TJUE en la Sentencia de 9 de junio de 2001, en el caso *Electrosteel Europe*. Hay que pensar que todas las consideraciones que se hagan al respecto tienen como fin determinar el juez competente por el lugar de entrega, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.

II. Determinación del lugar de entrega *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*

1. Consideraciones introductorias

4. Esta sentencia sirve para volver a recordar y traer a colación las dificultades que existen en el plano jurídico para localizar el juez del lugar de entrega dentro de la Unión Europea. Dentro de estas dificultades se encuentra la interpretación del «lugar de entrega» como lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda cuando se trata de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.

En concreto, el Tribunale Ordinario di Vicenza planteó el 15 de febrero de 2010 una cuestión prejudicial al TJUE, en relación con el asunto C- 87/10, *Edil Centro SpA / Electrosteel Europe SA*, en la que se preguntaba por la interpretación del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, que establece el lugar de cumplimiento de la obligación, cuando se trata de una compraventa de mercaderías sobre la posibilidad de varias formas de determinar el lugar, «según el contrato», donde hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías⁶. El Tribunal italiano se pregunta si el lugar de la entrega, pertinente a efectos de determinar el juez competente es:

- 1º el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato; o
- 2º el lugar en el que el vendedor se libera de la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto; o
- 3º si se puede buscar otro lugar con una interpretación distinta del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001.

5. Para entender la solución a la que llega el TJUE es necesario tener en cuenta varios datos que la doctrina ya había puesto de manifiesto con anterioridad⁷.

1º El art. 5.1 del Reglamento 44/2001 introduce una gran novedad en el foro relativo a la materia contractual al señalar que cuando el contrato sea una compraventa internacional de mercaderías el lugar donde debe cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda es el lugar donde deben ser entregadas las mercaderías, con independencia de que la obligación incumplida sea el pago. Dicho de otro modo, es la obligación característica del contrato y no la obligación litigiosa la que se toma en consideración para determinar el tribunal competente⁸.

⁵ *Vid.* sobre este tema E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149.

⁶ *Vid.* la cuestión prejudicial en, *DOCE C 100/30* de 17 de abril de 2010.

⁷ *Vid.* sobre este tema E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149.

⁸ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3ª ed., París, LGDJ, 2002, parágrafo 198; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8ª ed., 2004, París, Montchrestein, parágrafo 339.

En realidad, se trata de una competencia judicial internacional muy amplia, pues el tribunal del lugar del Estado donde se hayan entregado o deban ser entregadas las mercancías es el competente para conocer de todos los litigios derivados del contrato de compraventa internacional de mercancías, con independencia de la obligación incumplida⁹. Así lo ha puesto de manifiesto el TJUE en varias sentencias: STJUE de 3 de mayo de 2007, asunto C- 386/05, *Color Drack*; STJUE de 9 de julio de 2009, asunto C- 204/08, *Rehder* y STJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C- 381/08, *Car Trim GmbH*.

La simplificación operada por el art. 5.1.a) del Reglamento 44/2001 en relación con el art. 5.1 del Convenio de Bruselas es considerable y bienvenida. No hace falta determinar la obligación litigiosa, ni buscar si es o no autónoma en virtud de la *lex causae*. Tampoco hace falta, en la hipótesis de una pluralidad de obligaciones litigiosas, identificar la obligación principal o si todas las obligaciones litigiosas pueden ser concentradas ante un solo tribunal.

2º Esta competencia especial del juez del lugar de entrega del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 es alternativa a la competencia general del domicilio del demandado, *ex art. 2* Reglamento 44/2001, y cede frente a las cláusulas atributivas de competencia de sumisión expresa y tácita, *ex arts. 23 y 24* Reglamento 44/2001, respectivamente. Además determina la concreta competencia territorial, si necesidad de acudir al Derecho procesal del foro.

3º La solución del art. 5.1.b) se aplica «salvo pacto en contrario», por lo que las partes pueden decidir que sea el lugar de ejecución de la obligación litigiosa la que se tome en cuenta para determinar el tribunal competente en materia de compraventa internacional y no el de la obligación que caracteriza la compraventa¹⁰. En definitiva, el art. 5.1.b) abandona la solución del caso *Tessili* que obligaba al juez a buscar la Ley aplicable al contrato según sus normas de conflicto y a localizar su ejecución en el lugar fijado por la *lex contractus*, a través de una determinación material del lugar de ejecución que hay que tomar en consideración¹¹.

6. El art. 5.1, en sus apartados b) y c), del Reglamento 44/2001 distingue dos tipos de soluciones para poder determinar el tribunal competente en materia de compraventa internacional de mercaderías diferenciando dos supuestos de hecho distintos:

- 1º) 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, siempre que dicho lugar se encuentre en el territorio de los Estados miembros del Reglamento 44/2001. En este caso la determinación del tribunal competente se fija por el apartado b) del art. 5.1 del Reglamento 44/2001.
- 2º) Cuando las partes realizan un «pacto en contrario» estimando que cada obligación tiene su lugar de cumplimiento o no han fijado previamente el lugar de entrega de las mercaderías porque, por ejemplo, no han hecho referencia a ningún Incoterm, o a pesar de haberlo fijado, el lugar pactado de la entrega de las mercaderías se encuentra en un país en el que no se aplica el Reglamento 44/2001. En este caso, la solución prevista para individualizar directamente el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, establecida en el apartado b) del art.5.1 del Reglamento, no puede operar y hay que volver a la solución tradicional conflictualista aplicable «en materia contractual» —apartado a) del art. 5.1 del Reglamento 44/2001— tal y como se establece en el apartado c) del art. 5.1 del Reglamento 44/2001.

7. En ambos casos hay que resolver dos cuestiones previas que se solucionan de forma distinta dependiendo del supuesto de hecho concreto: cuál es la «obligación que sirve de base a la demanda» y cuál es el «lugar de cumplimiento» de la obligación que sirve de base a la demanda.

⁹ Vid. C.M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 64, 2011, p. 63.

¹⁰ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3ª ed., París, LGDJ, 2002, parágrafo 201.

¹¹ C. BRUNEAU, «Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale. Règl. Cons. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000», *JCP*, 2001, I, parágrafo 11.

2. Individualización directa de los tribunales competentes por el lugar de entrega

8. Cuando las partes pactan en el contrato el lugar de entrega de las mercaderías surge el problema de cuál es la «obligación que sirve de base a la demanda». Con la redacción actual del art. 5.1 del Reglamento 44/2001 la *obligación que sirve de base a la demanda* en los contratos de compraventa internacional de mercaderías es siempre la *entrega de las mercaderías* (art. 5.1.b). No importa, a estos efectos, el lugar de ejecución de la prestación pecuniaria, aunque ésta hubiera sido la obligación incumplida o litigiosa. En este caso se identifica la obligación que sirve de base a la demanda con la obligación de entrega.

9. Es muy importante determinar el contenido de la obligación de entrega de las mercaderías porque constituye el presupuesto para la determinación del tribunal competente. En este sentido, el Reglamento 44/2001 fija directamente la obligación que sirve de base a la demanda por el lugar convenido en la entrega, sin necesidad de acudir a las normas de Derecho internacional privado españolas para determinar el lugar de ejecución de la obligación litigiosa¹². El tratamiento particular reservado a los contratos de compraventa internacional -y a los contratos de prestación de servicios- es prueba de la realidad económica y jurídica del momento. Estos contratos son, en efecto, los más frecuentes en el comercio internacional. Además suponen instrumentos que fomentan la exportación. Así se acaba con una de las críticas que se le hacía al art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968 —que fue sustituido por el Reglamento 44/2001— en relación a la determinación del tribunal competente en la ejecución de las obligaciones dinerarias, pues realmente se trata de un elemento poco significativo para poder tener la fuerza de determinar el juez competente. Esta solución supone un adelanto en relación al desarrollo de la exportación, pues se beneficia al contratante que más expone a nivel internacional, el vendedor, aunque sólo sea en los casos previstos por el art. 5.1.b) del Reglamento 44/2001.

10. En cuanto al «lugar de cumplimiento» de la obligación que sirve de base a la demanda será el lugar de entrega de las mercaderías «pactado» por las partes en el contrato compraventa. La precisión del lugar de entrega en un contrato de compraventa internacional es esencial, pues se identifica el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda con el lugar de entrega de las mercaderías. La definición del lugar de ejecución de la obligación principal del vendedor de entregar la mercancía se corresponde con una noción jurídica¹³.

Cuando se celebra un contrato de compraventa internacional de mercancías las partes deben o, al menos así deberían hacerlo, precisar con claridad el lugar de entrega, puesto que implica el reparto entre las obligaciones del vendedor de entregar las mercancías en el lugar designado y las del comprador de ir a recoger las mercancías en tal lugar. Además, alrededor del cumplimiento de la obligación de entrega se organiza la transmisión de los riesgos, de tal modo que una vez que se entiende cumplida la obligación de entrega, el vendedor transmite los riesgos al comprador.

El problema es que a menudo el lugar de entrega fijado en el contrato se confunde, en la redacción de los documentos comerciales, con el lugar de destino, otro lugar físico en el que se hace la entrega material de las mercancías al comprador, a su llegada. En una venta a distancia esta entrega al comprador no se realiza jamás por el vendedor, sino por un transportista contratado al efecto. Muchas veces, incluso, en los supuestos en los que existe transporte de las mercancías, el riesgo es del comprador desde el lugar de entrega fijado en el contrato hasta el lugar de destino.

11. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la entrega y la transmisión de los riesgos pueden estar definidos de forma diferente dependiendo de la Ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Por eso es muy importante para las partes saber en qué lugar el vendedor cumple su obligación de entrega física de las mercancías y, por tanto, en cuál se transmiten los riesgos. En función del Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional, este lugar podrá ser el del local del vendedor, en el local del comprador o en cualquier otro lugar distinto. El Derecho aplicable a los contratos de compraventa internacional se determina por el Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a

¹² *IBID.*, parágrafo 11.

¹³ C. M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 64, 2011, p. 63.

las obligaciones contractuales (denominado «Reglamento Roma I») o por la Convención las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante CV)¹⁴.

El Reglamento Roma I entró en vigor el 17 de diciembre de 2009, excepto su art. 26 que se empezó a aplicar a partir del 17 de junio de 2009¹⁵. Todos los contratos que se hayan firmado a partir de esa fecha quedan regulados por dicho Reglamento Roma I.

Ahora bien, junto al Reglamento Roma I, España es parte de la Convención de Viena de 1980 que regula específicamente los contratos de compraventa internacional de mercancías, en vigor para España desde el 1 de agosto de 1991¹⁶. Se trata de uno de los instrumentos normativos uniformes más importantes en materia de contratos internacionales, no en vano está en vigor en 78 países entre los que se encuentran la mayoría de los Estados miembros del Reglamento Roma I. Sólo Malta, Irlanda, Portugal y el Reino Unido no son parte de la Convención de Viena. El resto de los Estados miembros de la Unión Europea son parte de la Convención en materia de compraventa internacional. Hay que tener muy presente que, en todo caso, la Convención de Viena indica que su aplicación no «perjudica» la aplicación de otros Convenios o textos internacionales (art. 90 CV)¹⁷.

Dado que el Reglamento Roma I y la Convención de Viena de 1980 regulan el contrato de compraventa internacional, surge la pregunta de cuál prevalece en su aplicación. Aunque son muchos los problemas que puede plantear este interrogante, a mi modo de ver la Convención de Viena de 1980 debe prevalecer sobre la aplicación del Reglamento Roma I. Por eso, en caso de conflicto, los jueces españoles aplicarán siempre, en primer lugar, la Convención de Viena de 1980, al tratarse de una norma especial en materia de contratos de compraventa internacional de mercaderías y porque lo regula de forma material y sustantiva. El Reglamento Roma I, sin embargo, regula todo tipo de contratos internacionales incluido el de compraventa sobre la base de normas de conflicto. De tal modo que, no se regula de forma material y sustantiva los aspectos relativos al contrato de compraventa internacional de mercancías, sino que remite su solución a un Derecho aplicable concreto. Así, el art. 3 Reglamento Roma I establece que las partes son libres de elegir la ley aplicable a su contrato internacional, a través de un pacto de *lege utenda*. Y, en defecto de pacto sobre la Ley aplicable, se regula por la ley de la residencia habitual del vendedor, *ex art. 4.1.a)* Reglamento Roma I. De este modo, el Derecho internacional privado de Derecho uniforme especial y material prima sobre el general y conflictual¹⁸.

Sin embargo, existen algunos casos en los que prima la aplicación del Reglamento Roma I sobre la Convención de Viena de 1980 a la hora de determinar la ley aplicable a un contrato de compraventa internacional¹⁹: a') cuando los partes que celebran el contrato de compraventa no tienen establecimientos en distintos Estados contratantes (art. 1.1.a) CV) y la aplicabilidad de dicho Convenio está condiciona-

¹⁴ Sobre la determinación de la legislación aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, *vid., per omnia*, E. CASTELLANOS RUIZ, «El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia», en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188, conccr. pp. 139 y 144-151; *Id.*, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, pp. 163 y ss. Sobre las relaciones entre el Reg. Roma I y Convenios internacionales que contienen normas de conflicto sobre obligaciones contractuales, que es una cuestión distinta a la anterior, *vid., ad ex.*, P. FRANZINA, «Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los Convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual», *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 92-101.

¹⁵ *DOUE* n° L 177 de 4 de julio de 2008. *Vid.*, sobre el Reglamento Roma I, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, n° 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008.

¹⁶ *BOE* n° 26, de 30 de enero de 1991; correc. de errores, *BOE* n 282, de 22 de noviembre de 1996.

¹⁷ Sobre los problemas de interpretación que plantea el art. 90 CV, *vid.*, F. FERRARI, «What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG», *International Review of Law and Economics*, sept. 2005, pp. 314-314.

¹⁸ Sobre la solución a este conflicto, *vid., per omnia*, E. CASTELLANOS RUIZ, «El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia», en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188, conccr. pp. 139 y 144-151; *Id.*, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 163 y ss.

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones es-cogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 1, n° 2, Octubre 2009, pp. 52-133.

da a la designación de la ley de un Estado contratante por las normas de conflicto (art. 1.1.b], CV); b') cuando las partes acuerdan su exclusión total o parcial (art. 6 CV); c') cuando, para integrar sus lagunas, es necesario recurrir a la legislación interna de un Estado (art. 7.2 CV), que no puede ser designada más que por una norma de conflicto; d') cuando se trata de cuestiones excluidas de la Convención de Viena de 1980 (arts. 4 y 5 CV); e') cuando se trata de ventas excluidas del ámbito de aplicación material de la Convención de Viena de 1980 (art. 2 CV).

Pues bien, de aplicarse la Convención de Viena de 1980, su art. 31.a) dispone que en defecto de acuerdo entre las partes, la entrega se entiende realizada cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, al ponerlas en poder del primer transportista para que las traslade al comprador

12. El problema que se plantea, cuando las partes pactan el lugar de entrega, es si es necesario valorar la validez de ese pacto conforme a la *Lex contractus* designada por las normas de Derecho internacional privado del país cuyos tribunales conocen del asunto. Dichas normas de Derecho internacional privado en materia de contratos de compraventa internacional son, como acabamos de ver, las contenidas en el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales para las compraventas internacionales de mercaderías excluidas del ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1980 y en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías para las compraventas internacionales siempre que se cumpla con el requisito de que las partes que celebran el contrato de compraventa tengan establecimientos en distintos Estados y no se haya uso del poder de las partes de excluir la aplicación de la Convención de Viena a un contrato de compraventa internacional incluido en su ámbito de aplicación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 6 CV. Ambas normativas convencionales otorgan plena libertad a las partes para fijar el lugar de entrega de las mercaderías, por lo que actúan con carácter subsidiario para los casos en los que los contratantes no han pactado el lugar de entrega. El acreedor además siempre podrá instar su demanda ante los tribunales del lugar del domicilio del deudor por incumplimiento de sus obligaciones contractuales (art. 2 del Reglamento 44/2001).

13. Para llegar a una solución correcta hay que tener en cuenta que el art. 5.1 b) del Reglamento 44/2001 señala que el lugar de la entrega de las mercaderías, a efectos de determinar el tribunal competente, se debe hacer «según el contrato». Si el lugar de entrega se estipula por las partes, el art. 5.1.b) es aplicable para designar el tribunal competente por el lugar contractualmente fijado, pero si el lugar de entrega no se acuerda el art. 5.1.b) es inaplicable y hay que volver al art. 5.1.a) del Reglamento 44/2001. En este último caso sí será necesario acudir al Derecho aplicable al contrato para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda.

Sin embargo, esta no ha sido la única solución propuesta y han sido varias las soluciones que han dado a este problema: a) Siguiendo la jurisprudencia del caso *Tessili* algunos autores consideran que será la *lex causae* la que determinará la validez de la cláusula de determinación de la entrega de las mercaderías²⁰. b) Ahora bien, hay otros autores que se inclinan por la aplicación de la *lex fori* para determinar el lugar de entrega en la determinación de los tribunales competentes en materia de compraventa internacional²¹. c) Otros, sin embargo, proponen que la «entrega» se produce cuando las mercaderías llegan a disposición material del comprador. No es relevante, por tanto, cuál sea el lugar de entrega según la *lex causae*²². d) Por último, parte de la doctrina ha considerado que se podían aplicar las soluciones de los Incoterms en lo relativo a la entrega de las mercaderías, dependiendo de que las compraventas sean

²⁰ A favor de esta postura, *vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/01/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149; P. GOTHOT / D. HOLLÉAUX, *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, La Ley, 1986, pp. 46-49.

²¹ J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p. 1044; V. HEUZÉ, «Des quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple d l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *RCDIP*, 89 (4), octubre-diciembre 2000, p. 620.

²² D. ALEXANDRE / A. HUET, «Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale)», *Rep. internat. Dalloz*, enero 2003, p. 31, parágrafo 160; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, pp. 595-596, donde se cita la Sentencia del Tribunal de Rovereto, Italia, de 2 de septiembre de 2004, a favor de esta postura.

directas, a la llegada o a la salida, o compraventas indirectas, tanto cuando de forma expresa se incluya en el contrato un Incoterm como cuando, aunque no se incluya, sea de aplicación la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en lo referente a la entrega de las mercaderías en defecto de pacto (art. 31 CV) y a lo referente a la aplicación de los usos y prácticas utilizados por las partes tanto objetiva como subjetivamente (art. 9 CV)²³.

14. La Convención de Viena de 1980, a diferencia del Reglamento Roma I, al ser un texto de Derecho uniforme material, soluciona en la propia norma los problemas de determinación de lugar de ejecución de las obligaciones litigiosas, tanto cuando hay un pacto de entrega como en defecto de pacto. Se deduce del art. 31 CV que la obligación de entrega consiste en la entrega material de las mercaderías o su puesta a disposición del comprador. El tratamiento de esta obligación se regula en las reglas previstas para su ejecución (arts. 31 a 34).

Ahora bien, las disposiciones de la Convención relativas al lugar y al momento de la entrega están llamadas a aplicarse como reglas subsidiarias, pues la inclusión en el contrato de estipulaciones expresas entre las partes sobre estos puntos, normalmente a través de la elección de un Incoterm, prima sobre la aplicación de la Convención de Viena (art. 9 CV), que tiene carácter dispositivo (art. 6 CV).

3. Valor jurídico de un Incoterm para determinar el lugar de entrega

A) Incoterms 2010: concepto

15. Una de las formas más comunes y más sencillas de determinar el lugar de entrega en el comercio internacional es a través de la remisión a un Incoterm. 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 a 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 son un conjunto de términos comerciales internacionales de tres letras (FOB, CIF...) que reflejan usos empresariales en los «contratos de compraventa de mercaderías», codificados por la Cámara de Comercio Internacional y son reconocidos ante los tribunales como una referencia a las reglas Incoterms, en tanto que normas del comercio internacional²⁴.

La primera vez que la Cámara de Comercio Internacional publicó estos usos y prácticas mercantiles fue en 1936 con el fin de interpretar los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales. Desde esta fecha se han modificado con el fin de adaptarlos a las prácticas comerciales en vigor en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010. Incluso UNCITRAL recomendó el uso de los Incoterms 2000 pues considera que este conjunto de definiciones comerciales armonizan las Leyes que gobiernan el comercio internacional y los califica «como una valiosa contribución a la facilitación del comercio internacional». La redacción vigente de los Incoterms es de 2010 y se aplican desde el 1 de enero de 2011, reemplazando la aplicación de los Incoterms 2000. En esta última redacción se han simplificado los términos comerciales en torno a cuatro categorías: cláusulas E, cláusulas F, cláusulas C y cláusulas D²⁵.

16. Los contratantes pueden optar por incluir un Incoterm rígidamente preestablecido o alterar su contenido.

En el primer caso, hay que resaltar la importancia de incluir no sólo el Incoterm concreto sino también la frase «Incoterms© 2010» porque así los contratantes saben perfectamente, de antemano, que

²³ A favor de esta postura *vid.* J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p. 1044.

²⁴ *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 671; E. JOLIVET, «Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce» en, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 2, 2010, p. 48.

²⁵ M. MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Madrid, Tecnos, 1992.

sus obligaciones están perfectamente delimitadas en el texto oficial relativo a los Incoterms elaborado por la Cámara de Comercio Internacional. Para que el Incoterm elegido funcione correctamente además de la versión del año concreto utilizada, las partes deben designar un lugar o un puerto, de la forma más precisa posible (FOB Valencia, España, Incoterms 2010). De lo contrario, el Incoterm no tiene ningún valor. No sirve para nada. Sin embargo, la inclusión correcta de los Incoterms minimiza los problemas jurídicos relativos a los costes y al cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes, porque con el uso de un Incoterm formado por tres letras se definen muchos de los aspectos de las relaciones entre comprador y vendedor de una forma muy simple (FOB, CIF...). La estandarización y el nivel tan detallado de la explicación de cada uno de los Incoterms es una gran ventaja y supone un aliciente muy importante para su utilización.

En el segundo caso, no es necesario que se incluyan las cláusulas originales de los Incoterms tal y como se codifican por la Cámara de Comercio Internacional, sino que pueden tratarse de usos y costumbres que tomen prestados de los Incoterms algunos de sus elementos, como así se establece, por ejemplo, en el art. 23.1.c) Reglamento 44/2001 cuando regula la forma en que pueden realizarse los pactos atributivos de competencia judicial²⁶. Las partes, por tanto, pueden alterar el significado concreto de un Incoterm adaptándolo a su contrato²⁷. Sin embargo, para evitar problemas de interpretación por parte de los tribunales que están conociendo del caso, es mejor incluir un Incoterm tal y como están originalmente codificados, porque así se evitan muchos problemas interpretativos sobre aspectos muy importantes que se regulan por lo Incoterms, como el lugar de entrega o la transmisión de los riesgos —como a continuación se verá—.

17. Ahora bien, hay que tener en cuenta que los Incoterms no regulan todos los aspectos de la compraventa internacional de mercaderías y que, como veremos, su regulación pivota sobre la obligación de entrega y la consiguiente transmisión de los riesgos. También hay que destacar que los Incoterms se aplican sólo a los contratos de compraventa de mercaderías. No se aplican ni a los contratos de transporte ni a los contratos de seguro; por mucho que se mencionen en el reparto de los costes entre el vendedor y el comprador y por mucho que, en realidad, los Incoterms más utilizados son aquellos en los que el contrato de compraventa lleva consigo un transporte internacional. Los Incoterms, en definitiva, no regulan las relaciones entre transportista y comprador o vendedor ni las relaciones entre la Compañía aseguradora y el comprador o vendedor, sino única y exclusivamente algunos aspectos concretos y perfectamente fijados por la Cámara de Comercio Internacional, de las relaciones entre el exportador —vendedor— e importador —comprador—.

B) Cuestiones reguladas y no reguladas por los Incoterms 2010

18. ¿Qué cuestiones regulan los Incoterms?

Los Incoterms describen principalmente las obligaciones, costes y riesgos que implica la «entrega» de las mercancías de los vendedores a los compradores. Dicho de otro modo, los Incoterms sólo se pueden aplicar en relación con una compraventa de mercaderías, que, normalmente será internacional, aunque los Incoterms 2010 hacen una mención expresa de su aplicación también a las compraventas internas²⁸. Aunque son muy importantes, no regulan todos los aspectos del cumplimiento del contrato de compraventa de mercaderías.

²⁶ El art. 23.1.c) Reglamento 44/2001 dispone: «...Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: ...c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado...». Vid., sobre este particular, P. MANKOWSKI, «Art. 5 Brussels I» en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., European Law Publishers, Alemania, 2012, p. 164.

²⁷ Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 671.

²⁸ Las razones que han llevado a la Cámara de Comercio Internacional a reconocer formalmente que los Incoterms son también aplicables a las compraventas internas son dos básicamente. Por un lado, porque las empresas cada vez más utilizan los Incoterms en los contratos puramente nacionales. Y, por otro lado, por la mayor disposición de los Estados Unidos a utilizar los Incoterms en el comercio interior antes que los términos de embarque y entrega anteriores del Código de Comercio Uniforme.

19. Las cuestiones que regulan los Incoterms son:

- 1º Lugar y condiciones de entrega de las mercancías
- 2º Transmisión de los riesgos del vendedor al comprador en el momento de la entrega
- 3º Reparto de costes, como los de seguro, flete o las licencias de importación...y entrega de documentos.

20. Las cuestiones que no regulan los Incoterms son:

- 1º El precio a pagar, el método de pago o el lugar del pago.
- 2º La transmisión de la propiedad de la mercancías.
- 3º La Ley aplicable al contrato de compraventa internacional en caso de un incumplimiento contractual que regulará aspectos como las acciones que tienen las partes en caso de incumplimiento contractual, los requisitos para determinar la existencia o validez del contrato o las cláusulas de exoneración de responsabilidad.
- 4º La Ley aplicable a la validez de las cláusulas atributivas de competencia. Sin embargo, sí influyen en la determinación del tribunal competente al fijar de modo muy preciso el lugar de entrega, lugar que es el que determina la competencia judicial de los tribunales miembros de la Unión Europea para conocer de cualquier litigio derivado de una compraventa internacional, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.
- 5º Todos los contratos conexos que se firman y giran alrededor del contrato de compraventa, como son el de seguro, transporte o almacenaje.

Todas estas cuestiones no reguladas por los Incoterms se regulan por la Ley aplicable al contrato de compraventa internacional, en virtud del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales o de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías.

21. En definitiva, todas las cuestiones que regulan los Incoterms se establecen sobre la base de la «entrega» de la mercancía. El concepto legal de «entrega» es el componente esencial de los Incoterms. La transferencia de los riesgos y los costes relativos a la compraventa se organizan alrededor de este concepto. El lugar de entrega se convierte así, en el «*critical point*»²⁹. Los propios Incoterms 2010, con el fin de facilitar la aplicación de los mismos, establecen una lista con definiciones que sirven de orientación en los términos utilizados por los Incoterms. El más importante para este trabado es el concepto de «entrega» pues sobre esta obligación giran las obligaciones del comprador y del vendedor en cada uno de los 11 Incoterms 2010 recogidos por la Cámara de Comercio Internacional. El término «entrega» en las reglas Incoterms 2010 se utiliza para indicar dónde el riesgo de pérdida o de daños causados a las mercancías se transfiere del vendedor al comprador. Una de las principales ventajas de los Incoterms 2010 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 Incoterms³⁰. Hay que tener en cuenta que este concepto es simplemente orientativo y que está sujeto a los términos del contrato y, por supuesto, al Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional.

22. Por ello, para evitar el riesgo de que el Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional disponga una solución distinta a la recogida en los Incoterms, tanto en lo que se refiere a la entrega como en lo que se refiere a la transmisión de los riesgos, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, en vigor para España desde el 1 de agosto de 1991; en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea —sólo Malta, Irlanda, Portugal y el Reino Unido no son parte de la Convención de Viena—, y en total en 78 países, recogió las soluciones de los Incoterms tanto en lo referente a la entrega como en lo referente a la transmisión de riesgos. De tal modo

²⁹ Vid. E. JOLIVET, «Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce» en, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, nº 2, 2010, p. 48.

³⁰ Vid. C.M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, nº 64, 2011, p. 63.

que, aunque no se incluya un Incoterm, las soluciones son casi idénticas a las recogidas en los Incoterms, como se verá a continuación.

23. Así, según los Incoterms 2010 el lugar de entrega se entiende realizado:

El término EXW (*Ex Work*) significa que el vendedor cumple con la entrega de la mercancía y su puesta a disposición en el propio establecimiento del vendedor. Es lo que se denominan compraventas *en plaza* que están reguladas en el art. 31.c) CV.

El término D (*Delivered*) —DAF, DES, DEQ, DDU, DDP en la redacción de 2000 que se han reducido a DAT, DAP y DDP, en la redacción de 2010— 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) CV.

El término F —FCA, FAS, FOB— 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) CV.

El término C —CFR, CIF, CPT, CIP— 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) CV.

24. Como puede comprobarse en los Incoterms 2010 sólo en los Incoterms D se prevé que el lugar de entrega sea a la llegada en el país del comprador. En todos los demás Incoterms, E, F y C, la entrega tiene lugar inicialmente en el país del vendedor. En estos lugares de entrega definidos según el tipo de Incoterm además se traspasa el riesgo del vendedor al comprador. Así está claramente precisado en la columna A5 —«Transmisión de riesgos»— de cada Incoterm en lo que se refiere a las obligaciones del vendedor. La noción de «transmisión de riesgos» en los Incoterms 2010 hace referencia al riesgo de pérdida o daños causados a las mercancías. Lo que no se regula es el problema de la transmisión de la propiedad de las mercancías que se regirá por el Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías.

La definición del lugar de entrega como el lugar de transmisión de los riesgos en cada uno de los Incoterms evita así una posible confusión si se tiene en cuenta que los diferentes Derechos aplicables pueden fijar en un lugar distinto al de la entrega la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. Las reglas Incoterms reflejan la práctica del comercio internacional en la gran mayoría de los casos, donde la entrega se lleva a cabo mucho antes de la entrega física de la mercancía al comprador, en destino. Ello es así porque en un contrato de compraventa internacional el transporte de las mercancías se lleva a cabo normalmente por un tercero, a través de un contrato de transporte internacional que celebra el comprador o el vendedor, según el Incoterm escogido. Por esta razón, en la mayoría de los Incoterms la entrega se entiende satisfecha cuando el vendedor entrega las mercancías físicamente al primer transportista o porteador. Así las reglas Incoterms 2010 responden, como sus versiones anteriores, a la necesidad de la práctica comercial internacional de dar una definición clara tanto del lugar de entrega como del lugar donde el vendedor cumple sus obligaciones contractuales de entrega.

C) Clasificación de los Incoterms 2010

25. Se utilizan unos u otros Incoterms según el tipo de mercancía, los medios de transporte utilizados y sobre todo según la intención de las partes de imponer obligaciones adicionales como, por ejemplo, la obligación, para el vendedor o para el comprador, de organizar el transporte o el seguro. El Incoterm designado sólo puede funcionar si las partes designan un lugar o un puerto, de la forma más precisa posible. Si no tienen dicho lugar el Incoterm carece de valor (Ex Works, Paseo de la Estación, 31, Madrid, España, Incoterm 2010).

26. Con la modificación y revisión sufrida de las reglas Incoterms de 2000, son 11 las reglas Incoterms 2010. Se pueden clasificar según el medio de transporte utilizado para entregar la mercancía

y dependiendo de que el lugar designado implique el lugar de entrega y, por tanto, la transmisión de los riesgos del comprador al vendedor.

a) Según el transporte utilizado

27. Para cualquier medio de transporte y con independencia de que se utilicen uno o más modos de transporte se pueden utilizar los siguientes Incoterms: EXW —En Fábrica—, FCA —Franco Transportista—, CPT —Transporte Pagado hasta—, CIP —Transporte y Seguro Pagados hasta—, DAT —Entrega en Terminal—, DAP —Entrega en Lugar— y DDP —Entregada Derechos Pagados—.

28. Para cuando se utiliza el transporte marítimo y vías navegables interiores, siempre que tanto el lugar de entrega como el lugar de destino de las mercancías sean puertos, se pueden utilizar los siguientes Incoterms: FAS —Franco al Costado del Buque—, FOB —Franco a Bordo—, CFR —Coste y Flete— y CIF —Coste, Seguro y Flete—. En las cláusulas FOB, CFR y CIF todas las menciones a la borda del buque como punto de entrega se han suprimido a favor de la entrega de mercancía cuando esté «a bordo» del buque. Este cambio elimina la imagen, ya un poco anticuada, del riesgo oscilando de un lado a otro sobre una línea imaginaria perpendicular desde que la mercancía sale del muelle con un grúa hasta que definitivamente se posa dentro del buque.

b) Según que el lugar designado sea donde se produzca la transmisión de los riesgos

29. Los Incoterms en los que el lugar designado es el lugar de entrega y donde se transmite el riesgo del vendedor al comprador son los siguientes: EXW, FCA, DAT, DAP, DDP, FAS y FOB. Por ejemplo, si se incluye en el contrato de transporte una cláusula «FCA Puerto de Valencia, España, Incoterm 2010» significa que el lugar de entrega se realiza cuando la mercancía está a bordo del buque del primer transportista que se encuentra en el puerto de Valencia. En ese lugar se entiende realizada la entrega y se transmiten los riesgos del comprador al vendedor. Eso quiere decir que si las mercancías sufren pérdidas o deterioros durante el transporte hasta su destino final no es responsabilidad del vendedor sino del comprador. Para la determinación del tribunal competente por el lugar de entrega, esta cláusula implica que los tribunales de Valencia son los competentes para conocer de cualquier litigio derivado del contrato de compraventa internacional donde se encuentra incluida esta cláusula, con independencia de la obligación incumplida, por aplicación del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001.

30. Los Incoterms en los que el lugar designado no es el lugar de entrega y donde se transmiten los riesgos, sino que se trata del lugar de destino hasta el que se paga el transporte son los siguientes: CPT, CIP, CFR y CIF. Así, por ejemplo, si se incluye la cláusula CIF Valencia, España, 2010 lo que significa es que el transporte lo paga el vendedor hasta el lugar de destino de la mercancía que es el puerto de Valencia, pero no significa que el lugar de entrega se realiza cuando llega al puerto de Valencia, sino cuando el vendedor pone las mercancías a bordo del primer transportista en el país de origen de la mercancía, por ejemplo el puerto de Génova, en Italia. En cuanto a la determinación, por tanto, del tribunal competente no se tiene en cuenta el lugar de Valencia sino el de Génova, que es donde se ha producido la entrega y donde se han transmitido los riesgos del vendedor al comprador. No hay que olvidar que la consecuencia más importante de realizar la entrega es la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador, pues desde ese momento el comprador tiene la obligación de pagar la mercancía aunque no llegue a su destino final o llegue deteriorada.

4. Valor jurídico de los Incoterms para determinar una estipulación tácita del lugar de entrega

31. Un problema que se puede plantear es si los Incoterms pueden utilizarse para determinar una estipulación «tácita» del lugar de entrega cuando no hay una referencia expresa a los Incoterms. Este problema surge cuando se describen ciertas obligaciones de forma similar a como se hacen en los Incoterms, o se pactan ciertas obligaciones que son parte de un Incoterm concreto, o se hace referencia simplemente a la aplicación de la *lex mercatoria*.

32. A mi entender son perfectamente aplicables las soluciones de los Incoterms para determinar una estipulación tácita del lugar de entrega «según el contrato», *ex art.* 5.1.b) del Reglamento 44/2001, sobre todo en aquellos casos en los que se aplica la Convención de Viena de 1980, que es la normativa de Derecho uniforme a aplicar en la mayoría de los contratos de compraventa internacional³¹. El art. 9 CV establece la aplicación de los usos y prácticas utilizados por las partes tanto objetiva, art. 9.2 CV, como subjetivamente, art. 9.1 CV; es decir, no solo en aquellos casos en los que se pacta un Incoterm sino también en aquellos supuestos en los que objetivamente se aplica un práctica contractual en el comercio internacional de que se trate³².

33. El art. 9.1 CV establece que las partes están obligadas por los usos y las prácticas que ellas mismas han convenido. Esta disposición cubre básicamente los usos cuya aplicabilidad han pactado las partes de forma expresa, como *ad ex*, cuando las partes recurren a expresiones o abreviaturas usuales en el comercio internacional, frecuentemente codificadas por corporaciones profesionales. Este el caso de los Incoterms. Como acabamos de ver 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 a 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. Los Incoterms han sido recogidos por la Convención de Viena en lo que se refiere a la entrega y transmisión de riesgos, como tendremos ocasión de comprobar (SAP de Barcelona, 8 de enero de 2003, SAP de Ciudad Real, 19 de septiembre de 2003).

También se refiere a los usos acordados por las partes de forma tácita, en aquellos casos en los que se infiere del comportamiento del comprador y del vendedor o de la interpretación de su voluntad conforme a los criterios del mencionado art. 8 de la Convención (Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York, 6 abril 1998, donde se había pactado la entrega de las mercaderías *ex work*, por lo que dicha práctica debía primar sobre la solución otorgada por la Convención de Viena).

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 ellas. (En este sentido puede citarse la Sentencia AG Duisburg, de 13 de abril de 2000 donde no se demostró la existencia de una práctica seguida por las partes, *ex art.* 9.1; o la Sentencia LG Bielefeld, de 24 de noviembre de 1998 donde, por el contrario, se acepta que el lugar del pago debía determinarse conforme a las prácticas establecidas entre las partes, *ex art.* 9.1, y no conforme a lo dispuesto en el art. 57 CV, que regula la determinación del lugar del pago sólo en defecto de pacto).

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

34. El art. 9.2 CV 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 utilizar los Incoterms objetivamente aplicables cuya validez no han pactado ni expresa ni tácitamente las partes.

Así, *ad ex.*, el tribunal neoyorquino en la Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York, 26 marzo 2002, señaló que aunque el término comercial internacional CIF no había quedado

³¹ A favor de esta postura, J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p.1045; en contra de esta opinión A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 595.

³² A favor de esta postura *vid.* J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p. 1044.

probado que las partes lo hubieran establecido entre ellas, en virtud del art. 9.1, sin embargo, 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.

Se refiere este precepto, en concreto, a la denominada *Lex Mercatoria* entendida como 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 jurídica³³. 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 el art. 9.2 CV, los eleva a rango de ley. Sólo por este motivo son directamente aplicables al margen de lo dispuesto por los contratantes. Fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Viena la denominada *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 dispositivo³⁴.

En definitiva, los Incoterms o usos objetivamente aplicables deben reunir tres requisitos:

- a) «Carácter internacional». Debe ser aplicable en el comercio internacional y no sólo en el comercio interno. Pese a que de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena se infiere la voluntad de excluir la obligatoriedad de los usos locales, se ha apuntado la posibilidad de que un uso local tenga también que ser cumplido por el contratante que carece de establecimiento en el lugar en que esté vigente, si lo conocía o tenía que conocerlo, y pertenece al sector de actividad en que dicho uso es regularmente observado, aun en el ámbito del comercio internacional. En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Apelación de Graz, de 9 de noviembre de 1995, puesto que un vendedor que ha realizado actividades comerciales en un país durante muchos años y celebrado repetidamente el tipo de contrato que era habitual en el ámbito empresarial en cuestión, tiene la obligación de tomar en cuenta los usos nacionales o locales, aun cuando no se hubiera hecho mención en el propio contrato. La misma idea se señaló en la Sentencia OGH, 21 de marzo de 2000, en relación a unos usos domésticos bávaros relativos al transporte de madera entre Austria y Alemania, puesto que el vendedor era austriaco y el comprador alemán.
- b) «Conocido por las partes». El Incoterm o uso debe ser conocido por ambas partes o debieran conocerlo ambas partes. Así se puede comprobar en la Sentencia del OLG Frankfurt, 5 julio 1995 y Sentencia OLG Köln, 22 febrero 1994, en las que sólo una de las partes conocía el uso y, por tanto, no se pudo aplicar el art. 9.2 CV; o en la Sentencia del Tribunal civil de Basel-

³³ Vid., J. BASEDOW, «Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in the Economic Perspective», *Rev. dr. unif.*, 2007, pp. 697-717; H. BOOYSEN, *International Transactions and the International Law Merchant*, Pretoria, 1995; F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria*, Zürich, 1989; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, 2002; P. DUBOUCHET, *Le droit spontané au XXe siècle*, Paris, 2002; E. GAILLARD, «La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international», en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 203-217; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2004; B. GOLDMAN, «La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», *JDI Clunet*, 106, 1979, pp. 475-505; Id., «Frontières du droit et 'lex mercatoria'», *Archives de philosophie du droit*, IX, 1964, pp. 177-192; S. GRANDE, «La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional», *Dikaion*, 22, 17, 2008, pp. 199-244; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984; F.K. JUENGER, «The lex mercatoria and private international law», *Unif. L. Rev.*, 5, 2000, pp. 171-187; P. LAGARDE, «Approche critique de la lex mercatoria», en *Études Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 125-150; E. MACKAAY, «Le droit spontané comme fondement du droit – Un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile», *Rev.int.dr.écon.*, 1989, pp. 247-287; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 1994; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992; U. STEIN, *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, Frankfurt am Main, 1995; P.-F. WEISE, *Lex mercatoria. Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, 1990.

³⁴ Vid. N.E. HATZIMIHAL, «The many lives –and faces– of Lex Mercatoria: History as genealogy in International Business Law», *Law & Contemp. Prob.*, 71, Summer 2008, pp. 169-190, un estudio excelente, que pone de relieve las diversas acepciones del concepto actual de *Lex mercatoria*, y lo importante que fueron los autores CLIVE SCHMITTHOFF y BERTHOLD GOLDMAN para la creación de dicho concepto.

Stadt, 21 diciembre 1992, en las que ambas conocían el uso y, por tanto, se les aplicó por mandato del art. 9.2 CV.

- c) «Efectivamente seguido por las partes». No basta con que el Incoterm o uso sea conocido por las partes sino que efectivamente sea seguido por los contratantes. La parte que invoca un Incoterm o uso seguido en el comercio internacional tiene la obligación de probarlo. En este sentido, en la Sentencia OLG Dresden, 9 julio 1998, el comprador no pudo demostrar que existiera un uso en el comercio internacional en virtud del cual el silencio ante una carta comercial de confirmación supusiera consentimiento, *ex art. 9.2 CV*. Igualmente en la Sentencia OGH (Austria), 27 febrero 2003, el comprador alegó la existencia del uso comercial invocado según el cual existía una costumbre en el comercio internacional, ampliamente conocida y regularmente observada por los comerciantes de pescado, según la cual, a falta de toda especificación contractual en sentido contrario, el pescado debía ser de la pesca efectuada durante el mismo año. Para el juez de primera instancia quedaba suficientemente probado este uso internacional, por lo que el vendedor no podía entregar pescado del año anterior, por ir en contra de este uso. Sin embargo, cuando el asunto llegó a la Corte de Apelación revocó la petición del comprador porque estimó que la existencia del mencionado uso comercial no había sido debidamente probada. Es, por último, el Tribunal Supremo austriaco el que consideró que la Corte de Apelación no había investigado la cuestión suficientemente y le devolvió el caso para que estudiara en mayor profundidad si el uso comercial mencionado había sido o no debidamente probado en el caso concreto.

35. Aunque la aplicación de los Incoterms de forma objetiva se regula de forma muy restrictiva, si se dan las tres condiciones se podrían aplicar los Incoterms de forma tácita para determinar el lugar de entrega de la mercancía. Este lugar de entrega determinaría el tribunal competente para conocer de cualquier litigio derivado de un contrato de compraventa internacional regulado por la Convención de Viena de 1980. Sin embargo, el TJUE en el caso *Electrosteel Europe*, como tendremos ocasión de comprobar, cierra esta posibilidad al establecer que si no hay un pacto de entrega de la mercancía se entiende realizada en el de la «entrega material,» donde efectivamente comprador puede disponer o podría disponer de sus mercancías en el «destino final de operación de compraventa».

5. Valor jurídico de los Incoterms como *lex contractus*

A) Por jueces y tribunales estatales

36. La naturaleza jurídica de los Incoterms, como parte de la *Nueva Lex Mercatoria*, ha sido siempre muy discutida. El dilema se encuentra entre los autores que consideran los Incoterms auténticas normas jurídicas y los autores que consideran que son meras cláusulas materiales que sólo pueden aplicarse, como manifestación de la autonomía material de las partes, al concreto contrato donde se incluye el Incoterm³⁵. Como se ha visto anteriormente, esta segunda solución se ve excepcionada por lo previsto en el art. 9 CV, cuando se refiere a los usos y prácticas aplicables objetivamente. Ahora bien, se apliquen porque las partes los pacten o se apliquen objetivamente, *ex art. 9 CV*, los Incoterms no se pueden considerar como las normas materiales que rigen el contrato, en virtud de las normas de Derecho internacional aplicables, si quien está conociendo de su aplicación son tribunales estatales. Cuestión distinta es que los Incoterms sean la *Lex contractus*, cuando quien está conociendo es un Tribunal arbitral.

37. Por un lado, dado que los Incoterms no regulan todas y cada una de las cuestiones que se pueden suscitar en un contrato de compraventa internacional, el tribunal que está conociendo de un litigio derivado de una compraventa internacional, no puede considerar los Incoterms como la Ley que rige el contrato de compraventa internacional, en ejercicio de la autonomía conflictual de la

³⁵ *Vid.* sobre este dilema, *per omnia*, A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, pp. 69-72.

partes. Los Incoterms pueden incluirse en un contrato de compraventa internacional, pero en manifestación de la autonomía material de las partes, pues cuando las partes incluyen un Incoterm están estableciendo cuándo el vendedor entrega la mercancía, además de cuál de las partes en el contrato de compraventa tiene la obligación de encargarse del transporte o del seguro, y qué costes asume cada una de las partes. Todas las demás cuestiones no reguladas por los Incoterms, como por ejemplo, las cuestiones relativas a la obligación del pago del precio, deben regularse en virtud de las cláusulas pactadas por las partes en el contrato. Ahora bien, las partes deben de ser conscientes de que los preceptos de Derecho material aplicables al contrato de compraventa internacional pueden invalidar cualquier cláusula contractual, manifestación de la libertad contractual de las partes, incluida la del Incoterm elegido. Por tanto, la validez de todas las cláusulas incluidas en el contrato de compraventa quedan sometidas a la *Lex contractus*.

38. La STJUE *Electrosteel Euroepe*, sin embargo, va en contra de esta posibilidad al considerar que el uso de los Incoterms para determinar el lugar de entrega y, por tanto, determinar el tribunal competente por este lugar, *ex art. 5.1 Reglamento 44/2001*, es siempre válida «sin posibilidad de recurrir al Derecho material aplicable». Pero sobre todo su solución es todavía más criticable para los casos en los que el Incoterm no se incluye en el contrato y las partes no fijan el lugar de entrega, porque, en este caso, la entrega se entiende realizada en el lugar del «destino final de la operación de compraventa», sin posibilidad alguna de acudir a la Ley que rige el contrato de compraventa internacional. Esta solución va en contra del contenido literal y textual del art. 5.1 b) Reglamento 44/2001, donde ese establece la fijación directa del juez competente por el lugar de entrega cuando las partes hayan fijado dicho lugar. Si las partes no lo han fijado, no podemos acudir al lugar de entrega sino a la concreta obligación incumplida, que puede ser también el pago, y la validez de dicho pacto la debe otorgar la *lex contractus*, como había venido señalando el TJCE en relación al Convenio de Bruselas de 1968. La primera decisión fue la STJCE de 6 de octubre de 1976, as.12/76, *Industrie Tessili Italiana Como vs. Dunlop AG*. El TJCE dejó claro en el caso *Tessili* que el juez que conoce «debe determinar, según sus propias normas de conflicto, cuál es la Ley aplicable a la relación jurídica de que se trate y definir, conforme a dicha Ley, el lugar de cumplimiento de la obligación contractual controvertida». La solución del caso *Tessili* se ha mantenido a lo largo de la jurisprudencia del TJCE: STJCE de 28 de septiembre de 1999, as. C-440/97, *GIE Grupo Concorde y otros vs. Capitán del buque «Suhadiwano Panjan» y otros*; STJCE de 5 de octubre de 1999, as. C-420797, *Leathertex Divisione Sintetici SpA vs. Bodetex BVBA*; STJCE de 19 de febrero de 2002, as. C-256/00, *Besix SA vs. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar Gmb & Co. KG (WABAG), Planungs- und Forschungsgesellschaft Dial.Ing.W. Kretzschmar GMBH & Co. KG (Platog)* y STJCE de 29 de junio de 2004, as. C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd vs. Stawa Metallbau GmbH*.

39. Cabe entender, por tanto, que cuando las partes hacen referencia en su contrato de compraventa a la utilización de Incoterms, tal referencia sólo excepciona la aplicabilidad del Derecho material que rige el contrato de compraventa —que se determina bien por el Reglamento Roma I o por la Convención de Viena de 1980- en aquellos puntos que hayan sido regulados por los Inconterms incompatibles con la aplicación de la Convención de Viena o la *lex contractus* aplicable, primando sobre lo previsto 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. En la sentencia dictada por el OLG de Karlsruhe, de 20 de noviembre de 1992, en relación a un contrato de venta entre un comprador alemán y un vendedor francés, en el que se pactó que la entrega de la mercancía debía realizarse «Frei Haus», se dictaminó que las partes, al incluir dicha cláusula, habían derogado implícitamente la disciplina contenida en los artículos 31 a 67 de la Convención de Viena, que ofrecían una solución parcialmente distinta, en virtud del poder que les confiere el artículo 6 CV.

B) Por Tribunales arbitrales

40. Cuestión distinta es que sea un tribunal arbitral el que esté conociendo de la aplicación de los Incoterms como *lex contractus*. Con ocasión de los trabajos preparatorios anteriores a la publicación

de los Incoterms 2000 se examinaron 80 laudos arbitrales dictados entre 1988 y 1999, de los que la mitad contenían referencias a términos comerciales internacionales³⁶. En el 70% de los laudos en los que se contenía un Incoterm, este era el Incoterm FOB. El 20% restante contenían otro tipo de Incoterms. Los resultados de este estudio fueron presentados oralmente durante la celebración del 70 aniversario de los Incoterms, en el año 2006. Dado que los Incoterms eran utilizados por las partes normalmente en aquellos contratos de compraventa internacional de mercaderías en los que existía un contrato de transporte marítimo internacional, los Incoterms 2000 se volvieron a modificar para adaptarlos a esta realidad.

41. Un estudio sistemático de laudos arbitrales dictados entre el año 2000 y el 2006 ha puesto de manifiesto que a menudo los Incoterms son usados indirectamente para determinar el Derecho aplicable al contrato de compraventa, bien por una referencia general en el contrato a la relevancia de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional o bien por una referencia concreta a uno de los Incoterms³⁷. En estos casos, los árbitros utilizan los Incoterms como un criterio para determinar el Derecho aplicable, por ejemplo, como elemento de conexión con el Derecho material que los árbitros deben aplicar para solucionar el litigio³⁸. Sin embargo, hay casos en los que las partes no se refieren a los Incoterms y los árbitros igualmente determinan que son la ley aplicable al contrato de compraventa.

Hay que distinguir, por tanto, los casos en los que las partes determinan como *lex contractus* los Incoterms de los casos en los que no existe ninguna referencia a los Incoterms.

42. En cuanto al primer caso, en el contexto arbitral internacional, es usual encontrar cláusulas de determinación de ley aplicable a favor de los Incoterms. En este caso, los Incoterms se utilizan bien como normas sustantivas al mismo nivel que las de un Derecho nacional, o bien junto o en defecto del Derecho nacional aplicable. Incluso se puede prever que, en caso de conflicto, prime la aplicación de los Incoterms sobre la de las normas de Derecho material aplicable al contrato en virtud de las normas de Derecho internacional privado (Convención de Viena de 1980 y Reglamento Roma I). Sin embargo, lo más común, es que las partes incluyan en el contrato una cláusula de Derecho aplicable a favor de un Derecho nacional o de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías para colmar las lagunas de las cláusulas contractuales o de los propios Incoterms.

43. En este ámbito, los tribunales arbitrales también utilizan los Incoterms como un medio para determinar el Derecho aplicable. En este sentido, los árbitros interpretan que el deseo de las partes es someter todo su contrato o parte del contrato a unas reglas no-estatales en lugar de a un Derecho estatal.

Cuando el tribunal arbitral decide que la ley aplicable para dirimir el litigio es la del lugar de la entrega de la mercancía o la del lugar más estrechamente conectado con el contrato la referencia a los Incoterms se usa por los árbitros para identificar tácitamente el Derecho aplicable. Como la «entrega» es el concepto central alrededor del cual los Incoterms organizan sus soluciones, se puede establecer que la Ley del lugar de entrega es la Ley aplicable al contrato de compraventa internacional. En el Reglamento Roma I, en defecto de pacto, se establece que la Ley aplicable al contrato de compraventa es el de la residencia habitual del vendedor. Sin embargo, conforme al art. 4.3 Reglamento Roma I, se puede llegar a considerar que el lugar de la entrega está más estrechamente conectado con el contrato que el de la residencia habitual del vendedor, con lo cual la inclusión de un Incoterm ayudaría a establecer el lugar de la entrega y, por tanto, la Ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Esta solución arbitral podría aplicarse por los jueces estatales. Sin embargo, los árbitros van más allá al considerar que no es necesario que se apliquen normas sustantivas de la ley del lugar de entrega sino que se pueden aplicar incluso usos y costumbres reconocidos en el lugar de entrega de la mercancía³⁹. Esta solución, sin em-

³⁶ Vid., «Extracts from ICC Arbitral Awards», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 2, 2010, pp. 53 y ss.

³⁷ Vid., «Extracts from ICC Arbitral Awards», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 1, 2010, pp. 55 y ss.

³⁸ Vid. E. JOLIVET, «Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce» en, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 1, 2010, pp. 53-54.

³⁹ Vid. E. JOLIVET, «Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce» en, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 2, 2010, pp. 50-51.

bargo, no podría ser aplicable por tribunales estatales que deben aplicar siempre un Derecho estatal para determinar la validez de las cláusulas contractuales y colmar las lagunas de lo no pactado en el contrato.

44. En cuanto al segundo caso, si las partes no incluyen una cláusula de Ley aplicable a favor de un Derecho estatal o si la referencia no es clara, y ni siquiera se plantean la determinación de la Ley aplicable al contrato de compraventa durante el proceso, los árbitros pueden considerar que las partes no tienen ninguna intención de ver sometido su contrato a un Derecho nacional y que, implícitamente, quieren que quede sometido a los usos, costumbres y principios generales del comercio internacional⁴⁰.

III. Determinación del lugar de la entrega en defecto de una cláusula contractual

1. Consideraciones introductorias

45. Según el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, si las partes realizan un «pacto en contrario» o no fijan el lugar de entrega o si lo fijan se encuentra fuera del territorio donde es aplicable el Reglamento 44/2001 hay que volver al criterio tradicional diseñado por el Convenio de Bruselas de 1968 en su art. 5.1, como señala su apartado c).

46. Según la redacción literal de este precepto, «la obligación que sirve de base a la demanda» será la obligación concreta litigiosa incumplida, por lo que puede ser tanto la entrega de la mercadería como el pago del precio. Por tanto, el lugar de cumplimiento de la obligación no es siempre el lugar de entrega.

47. En cuanto al «lugar de cumplimiento» de la obligación que sirve de base a la demanda habrá que acudir a las normas de Derecho internacional privado del país cuyos tribunales conocen del asunto para determinar la «Ley aplicable» al contrato. Nuevamente hay que acudir al Reglamento Roma I y a la Convención de Viena de 1980 (STJCE 29 de junio 1994, *Custom Made Comercial LTD vs. Stawa Metallbau GmbH*).

En cuanto a la Convención de Viena, siempre que la compraventa se incluya en su ámbito de aplicación, habrá que acudir a las soluciones en materia de entrega de las mercaderías, conforme al art. 31 CV, para fijar el lugar de ejecución de la entrega de las mercaderías cuando sea ésta la obligación que sirve de base a la demanda, respecto de los Estados parte de la Convención de Viena que son miembros del Reglamento 44/2001. Ahora bien, si la obligación incumplida es el pago habrá que estar a la solución material adoptada por el art. 57 CV. El comprador debe pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la Convención, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor (art. 59 CV). En este sentido pueden citarse las siguientes sentencias: Sentencia LG Alsfeld, 12 mayo 1995; Sentencia LG Bochum, 24 enero 1996; Sentencia LG Kassel, 15 febrero 1999). El pago debe efectuarse en el lugar convenido (Sentencia LG Bielefeld, 24 noviembre 1998). En su defecto, si el pago ha sido previsto contra entrega de las mercaderías o los documentos, debe efectuarse en el lugar donde se produce tal entrega (determinada conforme a los arts.31 a 34 CV). En los demás casos, se debe efectuar en el establecimiento del vendedor (art. 57 CV). Así se establece en la Sentencia LG Alsfeld, 12 mayo 1995; Sentencia LG Trier, 7 diciembre 2000; Sentencia LG Flensburg, 19 enero 2001; Sentencia Corte de Casación francesa, 26 junio 2001; Sentencia OLG Rostock, 30 agosto 2001; Sentencia BGH, 7 noviembre 2001, en relación a los supuestos en los que es un tercero el que debe realizar el pago; o Sentencia Tribunal de Apelación Gent (Bélgica), 31 enero 2002, en relación a la determinación del lugar del pago del precio para determinar el tribunal competente, en virtud del art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968: «lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda»; o la Sentencia LG Göttingen, 30 septiembre 2002. Si el vendedor careciera de establecimiento o contara con una pluralidad de ellos, situados en diferentes países, será de aplicación lo dispuesto en el art. 10

⁴⁰ *IBID.*, p. 51.

de la Convención (Sentencia U.S. District Court, Northern District of California, San Jose División, 27 julio 2001).

48. Si no es de aplicación la Convención de Viena, y sobre todo para los Estados miembros del Reglamento 44/2001 que no son parte de la Convención de Viena, habrá que aplicar el Reglamento Roma I para determinar el lugar de ejecución de la concreta obligación litigiosa. Según el art. 3 Reglamento Roma I, las partes son libres de elegir la Ley de un Estado como *lex contractus*. Si la elección no fuera válida o las partes no hubieran hecho uso de su autonomía conflictual, se aplicará la Ley del país indicada por las presunciones del art. 4, apartados 2 a 4. El art.4.2 señala que es la Ley de la residencia habitual del vendedor la *lex causae*.

Sólo en este caso tiene sentido afirmar que el legislador comunitario con la solución directa de la determinación del tribunal competente buscaba procurar que la competencia judicial coincidiera con la competencia legislativa. Sin embargo, esta coincidencia sólo será posible cuando las partes no pacten la entrega de las mercancías, y por tanto la *lex contractus*, según el Reglamento Roma I sea la Ley de la residencia habitual del vendedor en los contratos de compraventa internacional de mercaderías⁴¹. Aunque esta coincidencia sólo se producirá si la Ley de la residencia habitual determina que el lugar de ejecución de la obligación incumplida debe cumplirse en el establecimiento del vendedor; de lo contrario no habría coincidencia entre la competencia judicial y la competencia legislativa.

49. Es necesario que la «Ley del contrato» concrete el lugar de ejecución de la obligación incumplida en un país participante en el Reglamento 44/2001; pues de lo contrario el foro especial en materia contractual no sería de aplicación. Esto no quiere decir que no sea de aplicación el Reglamento 44/2001, sino que el acreedor siempre podrá acudir al foro general del art. 2 del Reglamento 44/2001 que determina la competencia general del tribunal del lugar donde se encuentre domiciliada la parte demandada del contrato de compraventa.

Puede ocurrir que las partes no establezcan de forma expresa el lugar de la entrega a través de la inclusión de un Incoterm y haya que deducir de las circunstancias que rodean el contrato una *estipulación tácita* del lugar de ejecución de la entrega de las mercaderías. Ahora bien, de admitir una posible voluntad tácita de determinación de la ejecución de la entrega, hay algunos autores que piensan que es inevitable recurrir a las normas de Derecho internacional privado del juez del foro⁴². Esta actitud es, sin embargo, totalmente contraria a la jurisprudencia del TJCE.

2. Aplicación de las soluciones de la Convención de Viena de 1980 en defecto de un Incoterm

50. La solución conflictualista plantea muchos problemas a la hora de ponerla en práctica, por eso sería mucho mejor aplicar las soluciones de la Convención de Viena de 1980 en lo referente a la «entrega» de las mercaderías en defecto de pacto (art. 31 CV) y a lo referente a la aplicación de los usos y prácticas utilizados por las partes tanto objetiva como subjetivamente (art. 9 CV)⁴³.

Cuando las partes no incluyen un Incoterm en su contrato, si es aplicable la Convención de Viena, sus soluciones son perfectamente aplicables por los jueces de los Estados miembros del Reglamento 44/2001 que son parte también de la Convención de Viena, dado que la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea son parte de la Convención de Viena. La Convención de Viena de 1980, a diferencia del Reglamento Roma I, es un texto de Derecho uniforme material, por lo que soluciona en la propia norma los problemas de determinación de lugar de ejecución de las obligaciones

⁴¹ A. MOURRE, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p. 782.

⁴² L. De LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol.III, Almedina, Coimbra, 2002, p. 84; G. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON, «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *RCDIP*, n. 90, 2001, p. 635; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGV0 und Lugano-Übereinkommen*, 8ª ed., Heidelberg, 2005, art. 5 n. 41.

⁴³ A favor de esta postura *vid.* J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n. 4, 2001, p. 1044.

litigiosas. Así, el art. 31 CV establece dónde se entiende realizada la entrega de las mercaderías en defecto de pacto.

Se deduce del art. 31 CV que la obligación de entrega consiste en la entrega material de las mercaderías o su puesta a disposición del comprador. El tratamiento de esta obligación se regula en las reglas previstas para su ejecución (arts. 31 a 34 CV).

51. Las disposiciones de la Convención de Viena relativas al lugar y al momento de la entrega están llamadas a aplicarse como reglas subsidiarias, pues la inclusión en el contrato de estipulaciones expresas entre las partes sobre estos puntos, normalmente a través de la elección de un Incoterm, prima sobre la aplicación de la Convención de Viena (art. 9 CV), que tiene carácter dispositivo (art. 6 CV).

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 al 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.

52. Las soluciones de la Convención de Viena, aplicables subsidiariamente en defecto de un Incoterm, relativas al lugar de la entrega de la mercancía están realmente copiadas de los Incoterms, de tal modo que la solución va a ser la misma tanto si se incluye un Incoterm como si se aplica la Convención de Viena, como la ley que rige el contrato, y a las que están sometidas todas las cláusulas del contrato, incluida la del Incoterm, si la hubiera. La Convención de Viena al igual que los Incoterms, también distingue entre compraventas indirectas o *con expedición* y compraventas directas, *a la llegada* o *en plaza*⁴⁴.

1º *Venta con expedición*. 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 CV); por lo que el vendedor no se hace responsable de los daños posteriores causados por el porteador. En este sentido pueden verse las siguientes sentencias: Sentencia OGH, 10 septiembre 1998, en relación a la determinación del lugar de entrega de las mercancías para determinar el tribunal competente, en virtud del art. 5.1 del Convenio de Lugano: «lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda»; Sentencia HG des Kantons Zürich, 10 febrero 1999; Sentencia LG Flensburg, 24 marzo 1999; Sentencia AG Duisburg, 13 abril 2000; Sentencia HD (Dinamarca), 15 febrero 2001, en relación con la fijación del lugar de entrega para determinar si los tribunales daneses eran los competentes en virtud del art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968. En este caso en cuestión, el tribunal danés se declaró incompetente, pues el lugar de entrega era Italia y el demandado estaba domiciliado también en Italia. Se trata de 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.

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 transporte⁴⁵.

Como puede comprobarse, la primera solución está copiada de los Incoterms F y la segunda solución de los Incoterms C.

Ahora bien, 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, por lo que salvo que sea propiedad del porteador, el vendedor sigue corriendo con los riesgos. No se puede equiparar, por tanto, la figura del

⁴⁴ G. ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 66-76, realiza esta clasificación en lo que a la tipología de la compraventa internacional se refiere.

⁴⁵ *Vid.* las diferencias entre los dos tipos de venta con expedición, en G. ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 70-73.

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). Así lo ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 20 de octubre de 1999.

2º *Venta con entrega directa a la llegada*. 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 —que puede ser 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 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.

Esta solución está copiada de los Incoterms D.

3º *Venta con entrega directa en plaza*. En defecto del conocimiento de estos diferentes lugares se entiende efectuada la entrega en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato (art. 31.c). Este tercer supuesto es otro caso de «venta con entrega directa», pero «en plaza» puesto 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 se presente—⁴⁶.

Esta solución está sacada del Incoterm *Ex Works*.

53. Como hemos visto en el estudio de los Incoterms, la entrega de la mercancía implica la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. Dicho de otro modo, la transmisión de los riesgos en la Convención de Viena, al igual que en los Incoterms, se regulan alrededor del cumplimiento de la «entrega» de las mercancías. Por eso, algunos autores consideran que la fijación de la entrega de las mercaderías, conforme al art. 31 CV, sobre todo cuando la compraventa es con expedición, no puede utilizarse para adoptar la competencia judicial internacional por el art. 5.1 Reglamento 44/2001, pues es un precepto que realmente tiene como finalidad determinar desde qué momento se produce la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador⁴⁷. Ahora bien, no se puede olvidar que los comentaristas más prestigiosos de la Convención de Viena han considerado que las normas autónomas de localización de las obligaciones de este texto realmente estaban destinadas para la aplicación práctica del Convenio de Bruselas, actual Reglamento 44/2001⁴⁸.

La regulación de la transmisión de los riesgos, en defecto de la inclusión de un Incoterm, se regula en los arts. 66 a 70 CV, y, aunque está muy conectada con la obligación de entrega por su gran conexión con la misma, la determinación del lugar de entrega puede tener como objetivo la transmisión de los riesgos o cualquier otro dilema jurídico, como la determinación del juez competente, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.

⁴⁶ R. HERBER, «Art. 31» en CAEMMERER / SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrech. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG - Kommentar*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 1995, p. 270.

⁴⁷ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado II, vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, pp. 595-596; V. HEUZÉ, «De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *RCDIP*, 2000, p. 621.

⁴⁸ *Vid.* en este sentido U. HUBER, «Art. 31 y art. 45» en P. SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, art. 31 parágrafo 32 y art. 45 parágrafos 63 y ss.

54. Las soluciones previstas en la Convención de Viena relativas a la transmisión de los riesgos también se aplican de manera subsidiaria, en defecto de un Incoterm incluido en el contrato de compraventa. El art. 66 define indirectamente lo que debe entenderse por «transferencia de riesgos» 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 (Sentencia LG Regensburg, 24 septiembre 1998; Sentencia AG Duisburg, 13 abril 2000). La Convención 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 entrega. Esta solución sobre la transmisión de los riesgos, de forma mucho más razonable, se apoya en los contratantes y no en las mercaderías. En este sentido, la Convención establece unas reglas generales en materia de riesgos (arts. 67 y 69 CV) y unas reglas particulares para casos concretos (arts. 68 y 70 CV).

Al igual que los Incoterms la Convención de Viena distingue distintas soluciones relativas a la transmisión de los riesgos dependiendo de que la venta sea indirecta, o directa, bien a la llegada o en plaza y también se han copiado de las soluciones recogidas en los Incoterms.

1º *Ventas indirectas*. Dentro de las reglas generales en materia de transmisión de riesgos, el art. 67 CV se refiere a las ventas indirectas, con expedición o a la salida. 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 comprador⁴⁹.

El art. 67.1 distingue, en este sentido, 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. Esta solución no es aplicable si se trata de una compraventa *con expedición* en la que se pacta un término F o C. En ambos casos, la transmisión de los riesgos se produce a partir del momento en que pone la mercancías a manos del primer porteador, momento en el que se entiende satisfecha la entrega y no cuando llega a su punto de destino. En este sentido, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 31 de octubre de 1997, donde se 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. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una compraventa entre un comprador establecido en Valencia y un vendedor establecido en Berlín. Pactada la entrega en Valencia, 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 *in fine* 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 Valencia el riesgo lo corre el comprador.

En cualquier caso, la transferencia de los riesgos supone que las mercaderías deben estar identificadas en los términos del contrato. En su defecto, el riesgo lo asume el vendedor. La identificación de las mercaderías debe realizarse mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de cualquier otro modo (art. 67.2). La transferencia de los riesgos no se efectúa por el hecho de que el vendedor esté autorizado a conservar los documentos representativos de las mercaderías, como garantía (Sentencia de la Cámara Nacional Argentina de Apelaciones de lo Comercial, 31 octubre 1995).

⁴⁹ M. MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 137.

Ventas directas. La segunda regla general en la transferencia de los riesgos contenida 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.

2º *Ventas en plaza.* Cuando el comprador deba hacerse cargo de las mercancías en el establecimiento del vendedor o en cualquier otro sitio previsto por el art. 31 CV y el contrato no implique el transporte de las mercaderías, los riesgos se transfieren al comprador en el momento de su retirada efectiva (art. 69.1). El problema se plantea cuando se pacta un plazo de tiempo para retirar las mercancías (*freetime*). Si, *ad ex.*, 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, *ex art.* 85. En cualquier caso, esta solución no es aplicable si las partes incluyen un término *Ex Works* en el contrato, en virtud del cual todos los riesgos le corresponden al comprador desde el momento en que la mercancía se sitúa en el establecimiento del vendedor. Es el INCOTERM que más beneficia al vendedor.

3º *Ventas a la llegada.* Cuando el comprador debe hacerse cargo de las mercancías en un lugar determinado distinto al lugar del establecimiento del vendedor, 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, *ad ex.*, en caso de entrega en almacenes generales. En la Sentencia OLG Hamm, de 23 de junio de 1998, el tribunal alemán señaló que no se había producido la transmisión del riesgo, en virtud del art. 69.2, puesto que según lo acordado por las partes, la entrega debía realizarse a petición del comprador, en virtud del art. 33.a), lo que no se había hecho, y el vendedor no había puesto los muebles a disposición del comprador, en virtud del art.31.b). Igualmente, en la Sentencia OLG Oldenburg, de 22 de septiembre de 1998, en donde se concluyó que el vendedor había cumplido sus obligaciones y que el riesgo se había transmitido al comprador, en virtud del art. 69.2; por lo que el comprador estaba obligado a pagar el precio de compra, en virtud del art. 66.1, aunque no hubiera recibido el salmón crudo.

Igualmente, 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, en el *freetime* es el comprador también el que responde, pues el vendedor no tiene el control material de las mercaderías. En cualquier caso, las mercancías no individualizadas no pueden considerarse como puestas a disposición del comprador más que cuando estén claramente identificadas en los términos del contrato.

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).

Esta solución no es aplicable si las partes incluyen un término D, en virtud del cual el vendedor es que soporta los riesgos y los costes inherentes al transporte de la mercancía hasta el lugar designado. Es, por tanto, el Incoterm que más beneficia al comprador.

4º *Ventas en tránsito.* La Convención también regula 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 *in fine*).

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 una incumplimiento esencial del contrato (tal y como se define por el art. 25). Si, *ad ex.*, 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. Dicho de otro modo, 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).

IV. El asunto *Electrosteel Europe SA contra Edil Centro SpA*

1. Determinación del lugar de entrega por inclusión de un Incoterm

55. ¿Qué ha cambiado el TJUE con el asunto *Electrosteel Europe* a la hora de determinar el «lugar de entrega» a través de la inclusión de un Incoterm, *ex art. 5.1.b*) Reglamento 44/2001?

Veamos los hechos que dieron lugar a la STJUE de 9 de junio de 2011, para después pasar a estudiar los fundamentos jurídicos utilizados por el TJUE y valorar si su fallo es encuadrable en la interpretación del concepto de «lugar de entrega», *ex art. 5.1.b*), que se venía haciendo por la doctrina y jurisprudencia. Para ello se diferenciará la solución dada por el TJUE en esta sentencia en los casos en los que se incluye un Incoterm de los casos en los que no existe acuerdo alguno sobre el lugar de entrega de las mercancías.

56. La sociedad italiana vendedora *Edil Centro* celebró un contrato de compraventa internacional con la sociedad francesa *Electrosteel*, en el que se contenía una cláusula «*Resa: franco ns. Nostra Sede*» (*delivered free Ex our business premises*). El litigio nació de una acción de pago reclamada por la parte vendedora italiana interpuesta ante los Tribunales de Vicenza, donde se encontraba su establecimiento, contra la parte compradora francesa. Las mercaderías debían entregarse en Italia según una cláusula contractual que preveía la entrega al vendedor «franco sede» de la vendedora, circunstancia que según el vendedor, justificaba la competencia judicial del juez italiano, según el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001. Sobre esta cuestión le surge al juez italiano la duda sobre su competencia y plantea una cuestión prejudicial al TJUE el 15 de febrero de 2010. El Tribunal italiano se pregunta si el lugar de la entrega, pertinente a efectos de determinar el juez competente es:

- 1º el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato; o
- 2º el lugar en el que el vendedor se libera de la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto; o
- 3º si se puede buscar otro lugar con una interpretación distinta del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001.

57. El TJUE en su sentencia de 9 de junio de 2011, ha interpretado esta cláusula contractual como una referencia al Incoterm 2000 *Ex Works (En fábrica)*, en virtud del cual el vendedor cumple con la entrega de la mercancía y su puesta a disposición en el propio establecimiento del vendedor, según se establece en la obligación A4 del vendedor de este Incoterm⁵⁰.

⁵⁰ *Vid.*, las notas doctrinales relacionadas con la STJUE de 9 de junio de 2011, G. CARADONNA, «Competenza giurisdizionale e individuazione del luogo di consegna dei beni», *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1506; M. COMBET, «Les Incoterms au secours du règlement «Bruxelles I»», *Revue Lamy droit des affaires*, 2011, n° 65, pp. 63-65; X. DELPECH, «Compétence européenne: lieu de livraison dans les ventes à distance», *Recueil Le Dalloz*, 2011, p.1694; L. IDOT, «Compétence en matière contractuelle. Quand la Cour de justice fait référence aux Incoterms pour déterminer le lieu de livraison de la marchandise», *Europe 2011*, Août-Sept. Comm., n° 8-9, p. 47; A. LEANDRO, «Vendite a distanza: individuabile il Foro competente nel luogo dove c'è la consegna materiale del bene», *Guida al diritto*, 2011, n° 29, pp. 92-94; S. LEIBLE, «Bestimmung des Lieferorts beim

El TJUE entendió que la expresión recogida por el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 «según el contrato», a efectos de determinar el lugar en el que hubieren sido o debieran ser entregadas las mercancías de cara a fijar el tribunal competente, significa que el juez que está conociendo debe tener en cuenta los usos, particularmente si se han recopilado, precisado y publicado por las organizaciones profesionales reconocidas y que se siguen ampliamente en la práctica por los operadores económicos. El TJUE considera que desempeñan un papel importante en la normativa no estatal del comercio internacional, facilitando las actividades de dichos operadores económicos en la redacción del contrato, dado que mediante el uso de términos breves y sencillos, se puede determinar gran parte de sus relaciones mercantiles. Así, los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, que definen y codifican el contenido de determinados términos y cláusulas utilizados habitualmente en el comercio internacional, tienen un reconocimiento y un uso práctico elevado (apartado 21 de la STJUE de 9 de junio de 2011).

El TJUE, además, recuerda que el art. 23 Reglamento 44/2001, que regula la validez de los pactos de sumisión expresa a tribunales de Estados miembros de la Unión Europea, señala que los acuerdos atributivos de competencia pueden celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b) o en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado⁵¹. Y dentro de estos usos del comercio internacional se encuentran los Incoterms, por lo que no tendría sentido que el legislador comunitario quisiera incluirlos en la interpretación de la voluntad de las partes, *ex art. 23 del Reglamento 44/2001*, y quisiera excluirlos en la interpretación de la voluntad de las partes, «según el contrato», art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, cuando se trata de disposiciones del mismo Reglamento comunitario (apartados 19 y 20). Lo importante es asegurar una interpretación de la voluntad de las partes conforme a la práctica comercial internacional⁵².

Sin embargo, esta analogía introduce una gran confusión entre la validez de las cláusulas atributivas de competencia, que priman sobre el resto de los foros, y la simple indicación del lugar de entrega de las mercancías, que ofrece una opción más al demandante junto con el foro del domicilio del demandado (art. 2 Reglamento 44/2001). No se puede confundir la existencia de un acuerdo atributivo de competencia con la interpretación de una cláusula contractual. Hubiera sido mucho más correcto que el TJUE se hubiera inspirado en el art. 9.2 CV —ya estudiado— que prevé «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». Sin embargo, esta inspiración no es posible para el TJUE desde el momento en que niega públicamente toda posibilidad de acudir al Derecho aplicable al contrato para fijar el lugar de entrega de las mercancías, basando su fallo judicial, precisamente, en la prohibición de acudir al Derecho material aplicable al contrato en la interpretación jurisprudencial del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001⁵³.

El TJUE consideró, por tanto, que para determinar el lugar de entrega en el sentido del art. 5.1.b) Reglamento 44/2011, el tribunal que esté conociendo de su posible competencia debe tener en cuenta «*todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato, incluidos, en su caso, los tér-*

Versendungskauf», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, pp. 604-606; P. MANKOWSKI, «Zum Erfüllungsortsgerichtsstand beim Versendungskauf («Electrosteel»)), *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2011, pp. 497-498; D. MARTEL, «Le rôle des usages commerciaux internationaux dans la détermination du lieu de livraison des marchandises», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, n° 38, pp. 1659-1662; Ch. M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, 2011, n° 64, pp.63-65; C. SILVESTRI, «Ancora sul forum contractus nel Reg. n.44/2001: il valore delle previsioni contrattuali e delle clausole d'uso del commercio internazionale nell'individuazione del «luogo di consegna» ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett.b)», *Int'l Lis*, 2011, p. 127-130; A. WITWER, «Abstrakte Erfüllungsortsvereinbarungen - Zur Vereinbarung des Erfüllungsorts nach Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO», *European Law Reporter*, 2011, pp. 287-288.

⁵¹ G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, 1980; U. MAGNUS, «Art. 23 Brussels I» en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., European Law Publishers, Alemania, 2012, pp. 436-514.

⁵² *Vid.* C.M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 64, 2011, p. 63.

⁵³ *Vid.*, las críticas realizadas al respecto, D. MARTEL, «Le rôle des usages commerciaux internationaux dans la détermination du lieu de livraison des marchandises», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, n° 38, p. 1661.

minos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms, dado que permiten identificar dicho lugar de manera clara» (apartado 22).

En concreto, el Incoterm al que se hacía referencia era el Incoterm *Ex Works* que no regula solo la transmisión de los riesgos y el reparto de los gastos sino también establece claramente cuál es el lugar de la entrega de las mercancías, según se establece en la rúbrica A4 de cada uno de los Incoterms. Así lo establece claramente la Abogado General J. KOKOTT en el punto 40 de sus conclusiones que presentó el 3 de marzo de 2011 al asunto C-87/10, cuyas conclusiones están articuladas sobre la base de determinar el significado de la cláusula «franco fábrica». Según la Abogado General, la cláusula «franco fábrica» no sólo sirve para regular la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador y hacer un reparto de los costes del transporte, sino que también determina el lugar de entrega de las mercancías, relevante, en este caso, para determina el juez competente⁵⁴.

En el Incoterm *Ex Works*, como se ha visto ya, la entrega se entiende realizada en el establecimiento del vendedor, por eso el tribunal competente, según el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, para conocer de todos los litigios relativos al contrato de compraventa internacional celebrado entre la sociedad vendedora italiana *Edil Centro* y la sociedad compradora francesa *Electrosteel* es el de Vicenza, lugar donde tenía su establecimiento la sociedad vendedora.

58. Hay que tener en cuenta que el TJUE hace una afirmación muy importante y muy grave cuando señala que las partes pueden pactar libremente el lugar de entrega, siempre que este lugar de entrega se pueda inferir del contrato «sin remitirse al Derecho material aplicable al contrato» (apartado 55 de la STJUE de 25 de febrero de 2010, *Car Trim* al que se refiere el apartado 16 de la sentencia *Electrosteel*). Esta misma afirmación ya la había realizado en la Sentencia *Car Trim*. Por ello, sobre la base de las consideraciones de la Sentencia *Car Trim*, la Abogado General puso de manifiesto en sus conclusiones al caso *Electrosteel*, que la cláusula *Ex Works* —«franco fábrica»— de los Incoterms 2000 no hace referencia al Derecho aplicable al contrato y puede servir sin más para determinar el lugar de entrega, pues no sólo describe la transmisión del riesgo sino también el lugar de entrega en el sentido de una estricta cláusula de recogida (apartado 40). Sólo en ausencia de pacto a cerca del lugar de entrega se puede ir al criterio de la entrega material, unida a la mera posesión de las mercaderías (apartados 47 y 48). Pero, los Incoterms no pueden considerarse jamás la ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Se trata de unas meras cláusulas contractuales que pueden ser incorporadas al contrato en virtud de la autonomía material de las partes. Por tanto, con la inclusión de un Incoterm se determina «según el contrato» el lugar de entrega y se cumple la condición que exige el TJUE de la prohibición de recurrir al Derecho sustantivo aplicable al contrato según las normas de Derecho internacional privado recogidas en el Reglamento Roma I o en la Convención de Viena.

Esta prohibición del TJUE de no poder acudir el juez nacional, en ningún caso, al Derecho material aplicable para determinar el lugar de entrega de las mercancías es el error más grave que comete en esta sentencia, que copia su fallo de la STJUE de 25 de febrero de 2010, en el caso *Car Trim* —la llamada «fórmula *Car Trim*»—. Esta solución del TJUE es muy criticable, porque si lo relevante es el lugar de entrega «fijado en el contrato» para determinar el tribunal competente, sin acudir al Derecho material aplicable al contrato de compraventa internacional, podría ocurrir que la Ley aplicable al contrato internacional invalidara esa cláusula contractual y, sin embargo, sería perfectamente válida para determinar el tribunal competente. Ello es debido a que el contenido de la Ley aplicable al contrato es irrelevante para el TJUE a la hora de determinar el tribunal competente por el lugar de entrega fijado, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*⁵⁵. Dicho de otro modo, la Convención de Viena de 1980 o el Reglamento Roma I no pueden aplicarse jamás para otorgarle validez al pacto de determinación de entrega de la mercancía a través de un Incoterm.

⁵⁴ Vid. C. SILVESTRI, «Ancora sul forum contractus nel Reg. n.44/2001: il valore delle previsioni contrattuali e delle clausole d'uso del commercio internazionale nell'individuazione del «luogo di consegna» ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett.b)», *Int'l Lis*, 2011, p. 127.

⁵⁵ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 596.

2. Determinación del lugar de entrega por los Incoterms 2010 en ausencia de una estipulación contractual que determine el lugar de entrega

59. Ya en la STJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C-381/08, *Car Trim GmbH*, el TJUE había precisado que el lugar de entrega era el previsto en el contrato de compraventa internacional. En ausencia de pacto relativo al lugar de la entrega, según el TJUE, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud del cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa (apartado 16).

Sin embargo, esta solución es contraria tanto a los Incoterms 2010 como a las soluciones contempladas por la Convención de Viena en su art. 31, en defecto de pacto.

El TJUE realiza varias precisiones que pueden ser útiles para entender la solución a la que llega:

- 1º El órgano jurisdiccional nacional que está conociendo del litigio deberá comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato».
- 2º Si existe tal pacto de fijación del lugar de entrega, ese lugar es el que debe tenerse en cuenta para determinar el juez competente en materia de contratos de compraventa internacional, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.
- 3º Si el contrato no contiene ninguna estipulación sobre el lugar de entrega, la entrega debe considerarse como un concepto autónomo del Reglamento 44/2001, sin posibilidad de remisión alguna al Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional, como *ad ex.*, a las soluciones recogidas por el art. 31 CV, en defecto de pacto, si fuera aplicable al contrato de compraventa internacional. Se sigue la fórmula *Car Trim*.
- 4º El TJUE consideró que el lugar de la «entrega material» de las mercancías al vendedor, como lugar del «destino final», se adapta mejor a los objetivos del Reglamento 44/2001, de otorgar la competencia judicial internacional a un tribunal próximo y que sea previsible para las partes.

Sin embargo, estos dos últimos argumentos sorprenden bastante si se tiene en cuenta que se trata de un contrato de compraventa a distancia, que implica un transporte, la mayoría de las veces internacional, de mercancías.

60. Ahora bien, la Abogado General señala en sus conclusiones que las soluciones a las que llega el TJUE en el caso *Car Trim* deben aplicarse con carácter general a todos los contratos de compraventa internacional y no sólo a la venta por correspondencia, aunque reconoce que la determinación del lugar de entrega suscita problemas particulares precisamente en el caso de la venta por correspondencia (apartado 45 de las conclusiones). Según la fórmula *Car Trim*, en defecto de una estipulación contractual sobre el lugar de entrega, ha de tomarse como referencia el destino final de las mercancías, puesto que el objetivo fundamental de un contrato de compraventa de mercancías es el traspaso de las mismas del vendedor al comprador, operación que no está del todo cerrada hasta que las mercancías no llegan a su destino final. Según el TJUE, el hecho de que haga la entrega de las mercancías al transportista, cuya identidad no coincida con el comprador, no fundamenta en ningún caso un lugar de entrega concreto, puesto que la operación de compraventa no se cierra hasta la entrega material al comprador (apartados 60 y 61 de la STJUE *Car Trim*). Ahora bien, si el comprador va a recoger la mercancía al establecimiento del vendedor, ya no estaríamos ante un contrato de compraventa a distancia, por lo que el destino final de la operación de compraventa se alcanzaría precisamente en el establecimiento del vendedor y la operación de compraventa finalizaría con la entrega de la mercancía al comprador, que recogería la misma. Así lo establece en el apartado 53 de sus conclusiones la Abogado General al asunto *Electrosteel Europe*, criticando las soluciones del caso *Car Trim*.

61. Esta solución es totalmente contraria a la práctica comercial internacional cuando la compraventa internacional implica un transporte de mercancías. Las partes, normalmente, contratan el transporte con un tercero, el transportista. Si el contrato de transporte lo concluye el comprador, el vendedor no tiene ningún control sobre el transporte de las mercancías al lugar de su destino final. Es muy difícil considerar, en este caso, la obligación de entrega no se cumple por parte del vendedor hasta que la mercancía llega su destino final.

62. Además, lo que es más grave, se quiebra todo el sistema de interpretación del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 que establece que cuando hay un pacto de entrega dentro del territorio 44 se fija directamente el tribunal competente por el lugar de entrega pactado en el contrato. Ahora bien, si las partes no pactan el lugar de entrega, habría que ir a la concreta obligación incumplida, que puede ser la entrega o el pago, y, en este caso, para determinar el tribunal competente hay que acudir a la ley aplicable al contrato de compraventa internacional —la Convención de Viena, en la mayoría de los casos— que será la que determine dónde se entiende realizada la obligación que sirve de base a la demanda —la entrega o el pago—, en defecto de pacto. Sin embargo, este sistema se rompe completamente cuando el TJUE establece la fórmula *Car Trim*, según la cual, en defecto de pacto de lugar de entrega se debe acudir al lugar de entrega material, considerado como el lugar del destino final de la operación de compraventa. Teniendo en cuenta además, que este lugar de entrega material puede ser distinto al lugar de entrega fijado según la ley que rija el contrato, con lo cual, habrá dos lugares de entrega distintos: uno para determinar el tribunal competente y otro para precisar si realmente se ha producido la ejecución de la obligación de entrega por parte del vendedor. Así, por ejemplo, puede ocurrir que la entrega material se produzca en un lugar distinto del lugar en el que se transmiten los riesgos, si la ley que regula la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador establece una solución distinta a la del TJUE recogida en su fórmula *Car Trim*. La seguridad jurídica en estos casos brillará por su ausencia⁵⁶.

63. A mi entender, si era necesario determinar el lugar de entrega a través de una estipulación tácita, los Incoterms podrían haber sido una buena solución para determinar el lugar de entrega en defecto de pacto, puesto que reflejan las diferentes prácticas del comercio internacional; y si algo ha dejado claro el TJUE en el caso *Electrosteel Europe* es que es perfectamente válido que, en un contrato de compraventa internacional, las partes pueden definir claramente el lugar de entrega por remisión a un Incoterm. Este es el elemento que se tiene en cuenta para determinar la competencia del juez en materia de contratos de compraventa internacional, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.

64. Por otro lado, si se parte de las consideraciones realizadas tanto por el TJUE como por la Abogado General, es relevante distinguir entre compraventas a distancia y compraventas en plaza, cuando las partes no estipulan el lugar de entrega de la mercancía, para comprobar la incongruencia de sus soluciones. En las compraventas a distancia, dado que hay un transportista, hasta que las mercancías no llegan a su destino final no se considera realizada la entrega de la mercancía. Sin embargo, en las compraventas en plaza, donde el comprador va directamente al establecimiento del vendedor a recoger las mercancías se considera realizada la entrega en el momento en el que las recoge, con independencia de que después exista un contrato de transporte. Este último caso se correspondería con la cláusula *Ex Work* (A4: «El vendedor debe entregar la mercancía poniéndola a disposición del comprador en el punto acordado, si lo hay, en el lugar de entrega designado, y no cargada en ningún vehículo de recogida. Si no se ha acordado un punto específico en el lugar de entrega designado, y si hay varios puntos disponibles, el vendedor puede elegir el punto que más le convenga»).

También se podrían plantear problemas si la compraventa es a la llegada, es decir, si la primera entrega efectiva se hace en un almacén del comprador pero, en realidad, el destino definitivo es otro centro de explotación. En este caso ¿cuál sería el lugar de entrega de la mercancía, si no hay un pacto en el contrato? Teniendo en cuenta las consideraciones del TJUE dependería de que el vendedor supiera de antemano el destino final de las mismas. Dicho de otro modo, si el vendedor supiera que el destino final es otro centro de explotación, no habría satisfecho su entrega y, por tanto, no habría cumplido con su obligación de entrega, cuando entrega la mercancía en el almacén del comprador, sino cuando llegara al otro centro de explotación. Definitivamente, este razonamiento es completamente ilógico e irrazonable, puesto que el vendedor ya no tiene ningún control sobre la mercancía, por lo que no puede tener la obligación de correr con los riesgos de lo que le pueda pasar a la mercancía.

Además, en el caso de las compraventas a distancia, las soluciones del TJUE y la conclusiones de la Abogado General son totalmente contradictorias con las soluciones recogidas en los Incoterms

⁵⁶ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 596.

referidos a este tipo de contratos; en concreto los Incoterms F y C, en virtud de los cuales se entiende hecha la entrega cuando las mercancías están en manos del primer porteador. En ese momento, se considera hecha la entrega, aunque la mercancía no haya llegado a su destino final.

Esta circunstancia es muy importante, no sólo en la determinación del lugar que ha de tenerse en cuenta para fijar el tribunal competente por el lugar de entrega sino también en la transmisión de los riesgos, pues para los Incoterms F y C, una vez que las mercancías están en posesión del primer porteador o transportista se considera que hay transmisión de los riesgos por parte del vendedor al comprador.

65. En definitiva, tanto en los contratos en plaza o a la llegada como en los contratos a distancia existe normalmente un contrato de transporte internacional. La diferencia estriba en que en los contratos de compraventa en plaza o a la llegada la entrega y, por tanto, la transmisión de los riesgos, es independiente al transporte de las mercancías, y, sin embargo, en los contratos a distancia el lugar de entrega se identifica con la entrega de la mercancía al primer transportista, momento a partir del cual se considera que hay una transmisión de los riesgos del vendedor al comprador, por lo que si las mercancías no llegan en buen estado a su destino final ya no es obligación del vendedor sino del comprador, al haberse transmitido los riesgos. El TJUE tendría que haber tenido en cuenta todas estas observaciones para dar una solución más completa y más adaptada al comercio internacional, partiendo de las soluciones adoptadas por los Incoterms, como hizo la Convención de Viena de 1980.

V. A modo de conclusión

66. Con el asunto *Electrosteel Europe* se pone de manifiesto la importancia y la superioridad de los Incoterms en la individualización del lugar de entrega respecto al criterio de la entrega material, destinado a una aplicación subsidiaria. La voluntad de las partes sale reforzada con esta sentencia, con el único límite de que el lugar designado para la entrega de las mercancías permita identificar dicho lugar «de manera clara». Y para ello, el tribunal nacional tiene que tener en cuenta «todos los términos y todas las cláusulas pertinentes» del contrato.

Esta decisión corrige o complementa la Sentencia *Car Trim* sobre el problema de la individualización del lugar de entrega en los contratos de compraventa. En la Sentencia *Car Trim*, el TJUE está más preocupado por remarcar la imposibilidad de acudir al Derecho material aplicable para fijar el lugar de entrega que por clarificar la regla de competencia judicial establecida en el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001. Además el TJUE, en el caso *Car Trim* no entra en la definición del lugar de entrega realizado por los Incoterms sino que parte de que sólo sirven para determinar la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. Al menos con el asunto *Electrosteel* el TJUE da marcha atrás y considera que además de la transmisión de los riesgos los Incoterms sirven para fijar con claridad el lugar de entrega de las mercancías, a los efectos de determinar el juez del lugar de entrega, *ex art.* 5.1.b) Reglamento 44/2001.

67. Sin embargo, el TJUE con las sentencias *Car Trim* y *Electrosteel Europe* vuelve a dar un paso atrás al comercio internacional, en los casos en los que las partes no pactan el lugar de entrega de las mercancías en el contrato. En mi opinión, en ausencia de pacto, debe primar la aplicación de los usos y prácticas comerciales internacionales, incluso las soluciones materiales aplicables al contrato de compraventa internacional, *ex art.* 31 CV, puesto que son soluciones mucho más armónicas con el comercio internacional. El TJUE, sin embargo, deja muy claro que no se pueden aplicar los Incoterms si no se incluyen en el contrato y que, en ningún caso, podrá remitirse el juez nacional a las soluciones de Derecho material aplicable al contrato internacional, es decir, en muchos casos al art. 31 CV. En este caso, la única solución aplicable es acudir al lugar de la entrega material de las mercancías, entendido como el lugar del «*destino final de la operación de compraventa*». Esta última expresión ha sido criticada incluso por la Abogado General en sus conclusiones a la Sentencia *Electrosteel* porque considera que plantea más confusión que provecho. De hecho, en el apartado 57 de sus conclusiones señala que «...me parece preferible renunciar a la expresión *destino final de la operación de compraventa*. Con el lugar de entrega material al comprador se dispone de un criterio suficientemente claro y previsible para ambas partes, que no requiere modificación posterior alguna».

68. Hay que tener una cosa muy clara: para evitar soluciones contradictorias sobre la determinación del tribunal competente en los litigios derivados de una compraventa internacional es obligatorio incluir una cláusula atributiva de competencia judicial internacional, *ex art. 23 Reglamento 44/2001*—o, lo que es más difícil en caso de litigio, acordar tácitamente el tribunal competente, *ex art. 24 Reglamento 44/2001*—, o una cláusula que permita identificar «claramente» el lugar de entrega de las mercancías, como, por ejemplo, a través de la inclusión de un Incoterm No en vano, la Abogado General J. KOKOTT en sus conclusiones al caso *Electrosteel Europe* consideró como un «avispero jurídico» el problema de la ubicación del lugar de entrega» (apartado 14).