

EL VALOR JURÍDICO DEL INCOTERM “EXW”, A PROPÓSITO
DEL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO,
DE 27 DE JUNIO DE 2019

THE LEGAL VALUE OF INCOTERM “EXW”, ON THE PURPOSE
OF THE PROVINCIAL AUDIENCE OF OVIEDO, JUNE 27, 2019

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche
(Acreditado a Profesor Titular de Universidad)*

ORCID: 0000-0002-8313-2070

Recibido: 02.11.2019 / Aceptado: 18.11.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5211>

Resumen: Los INCOTERMS son una de los elementos más usados en las relaciones comerciales internacionales desde muchos años atrás; su uso es tan frecuente que la jurisprudencia española los ha analizado en diversas ocasiones; es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección Séptima, de 27 de junio de 2019, que confirma la decisión del Juzgado que declaró la falta de competencia internacional de los Tribunales españoles, entendiendo que a quien corresponde conocer del asunto es a los Tribunales de Meeuwen-Gruitrode (Flandes-Bélgica), el recurso de apelación se alza contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gijón, que resuelve en sentido estimatorio la declinatoria planteada por la parte demandada, acordando el archivo de la causa, no por una falta de competencia territorial, como erróneamente señala la apelada en su oposición a la apelación, sino por una falta de competencia internacional, al considerar que el conocimiento de la causa correspondería a los Tribunales belgas.

Palabras clave: INCOTERMS, Comercio internacional, contratos internacionales, competencia judicial internacional.

Abstract: INCOTERMS are one of the most used elements in international trade relations since many years ago; their use is so frequent that Spanish jurisprudence has analyzed on several occasions; This is the case of the Order of the Provincial Court of Oviedo, Seventh section, of June 27, 2019, which confirms the decision of the Court that declared the lack of international jurisdiction of the Spanish Courts, understanding that who is responsible for knowing the matter is a the Courts of Meeuwen-Gruitrode (Flanders-Belgium). The appeal is raised against the order issued by the Court of First Instance No. 2 of Gijón, which resolves in an estimated sense the declination raised by the defendant, agreeing to file the case, not for a lack of territorial jurisdiction, as erroneously points out the appeal in its opposition to the appeal, but for a lack of international competence, considering that the knowledge of the case would correspond to the Belgian Courts.

Keywords: INCOTERMS, international trade, international contracts, international judicial jurisdiction.

*alfonso.ortega@umh.es

Sumario: : I. Planteamiento. II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas. III. Concepto, características y naturaleza jurídica de los INCOTERMS. 1. Ámbito de aplicación y finalidad de los INCOTERMS. 2. Elementos básicos en la aplicación de los INCOTERMS. 3. Valor jurídico de los INCOTERMS. IV. Clasificación de los INCOTERMS. V. Análisis del INCOTERM EX WORKS. 1. Inconvenientes de la aplicación del INCOTERM EXW. VI. INCOTERMS y Derecho internacional privado: competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable. VII. Reflexiones finales.

I. Planteamiento

1. El comercio internacional, con el transcurso de los años, se ha ido consolidando y adaptando a los cambios de la sociedad. Existe un consenso generalizado de que hemos entrado en una fase de expansión del comercio internacional, tras varios años de crecimiento moderado. Este crecimiento está ligado inexorablemente a la internacionalización de las empresas; y, en particular, al enorme peso en la economía mundial de las grandes corporaciones multinacionales que generan las dos terceras partes de todo el comercio mundial a través de sus transacciones.

2. A medida que va creciendo la actividad comercial en el mundo los legisladores no son capaces de seguir el ritmo frenético de la expansión del comercio y las finanzas internacionales, tampoco pueden adaptar el Derecho objetivo a las necesidades reales de estos sectores. Así, al igual que ocurría ya en la Edad Media, son los propios comerciantes y empresarios los que están creando un nuevo sistema legal supranacional para poder desarrollar con garantías su actividad comercial. Las necesidades de regulación y comunicación que plantea actualmente el comercio internacional son las mismas que hace casi mil años, de ahí que resurjan viejas costumbres como la utilización de una lengua comúnmente aceptada como vehículo de comunicación y de una regulación pactada de forma privada entre los comerciantes como es la *Lex Mercatoria* la cual hace referencia a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económicas internacionales, especialmente de los contratos internacionales, a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales. La actividad de los operadores del tráfico mercantil ha causado una total reconfiguración en el campo del derecho comercial internacional.¹

3. Los “contratos modelo” se han convertido de un tiempo a esta parte en fuente de derechos y obligaciones entre las partes en sustitución de las regulaciones nacionales, incapaces de aportar la flexibilidad y el dinamismo necesarios, al igual que el contrato de compraventa internacional de mercancías, los tribunales de arbitraje internacional comercial, o los INCOTERMS que describen principalmente las obligaciones, costes y riesgos que implica la “entrega” de las mercancías de los vendedores a los compradores y sólo se pueden aplicar en relación con una compraventa de mercaderías, que, normalmente será internacional.

II. Hechos, alegaciones de las partes y cuestiones controvertidas

4. El Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019 resuelve sobre el RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 299/2019, en los que aparece como parte apelante, VIAJES OPERADORA TURÍSTICA S.A., y como parte apelada, el señor DIEGO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón, en los autos de Procedimiento Ordinario número 930/2018, con fecha 29 de marzo de 2019, dictó Auto señalando la falta de competencia internacional de este Órgano Judicial, absteniéndose este Tribunal del conocimiento de la demanda promovida por VIAJES OPERADORA TURÍSTICA, S.A. frente al señor Diego. El Tribunal señala que En virtud de lo establecido en el artículo 9.6 de la

¹ *Vid.*, en particular, W. R. CADENA AFANADOR, “La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho”, en *Papel Político*, N° 13, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 106; y, en sentido amplio, A. ORTEGA GIMÉNEZ, *La nueva Lex Mercatoria: el valor jurídico de los incoterms en la jurisprudencia española*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

LOPJ² corresponde conocer del presente asunto a los Tribunales de Meeuwen-Gruitrode (Flandes-Bélgica). Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de VIAJES OPERADORA TURÍSTICA S.A., se interpuso recurso de apelación.

5. El recurso de apelación se alza contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Gijón, que resuelve en sentido estimatorio la declinatoria planteada por la parte demandada, acordando el archivo de la causa, no por una falta de competencia territorial, como erróneamente señala la apelada en su oposición a la apelación, sino por una falta de competencia internacional, al considerar que el conocimiento de la causa correspondería a los Tribunales belgas, por lo que, pese a lo alegado por dicha el apelado, cabe concluir que el presente recurso está correctamente admitido a tenor del art. 66 n° 1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.³

6. Mediante la demanda, interpuesta por la representación de VIAJES OPERADORA TURÍSTICA, S. A, con fundamento en el art. 1.124 del Código Civil⁴ se pretende la condena del demandado, don Diego, al pago de la cantidad abonada por la actora como precio por la compraventa de un caballo, junto con diversos gastos en los que incurrió con motivo de ello (de transporte y de veterinario), y ambas partes reconocen que la cuestión debe resolverse a la luz del art. 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵, con arreglo al cual: *Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro estado miembro:*

1. a) *en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda;*
- b) *a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será*
 - *cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías,*
 - *cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.*
- c) *cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a)*

7. El auto recurrido estimó en aplicación de esta normativa que, al encontrarnos ante un contrato de mercancías, sujeta a la cláusula *Ex Works*, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, la competencia correspondería a los Tribunales belgas.

8. En el recurso se cuestiona esta conclusión, negando que estemos ante una compraventa de mercaderías, sujeta a dicha cláusula, sosteniendo que estamos ante una compraventa verbal de naturaleza civil, en la que se pactó como lugar de entrega del caballo la localidad de Gijón. Pese a las alegaciones de la recurrente, el Tribunal señala que no se puede descartar que estemos ante una venta de mercancías, por cuanto aunque se afirme que la compra se hizo para el uso personal de la hija del presidente de la sociedad demandante, en realidad nada se prueba al respecto, debiendo advertirse que la compradora es una sociedad mercantil, y que, además, la factura no tiene IVA, por lo que si fiscalmente se sujeta a un régimen de compraventa mercantil, no hay razón para, en principio, negarle este carácter en este ámbito. En cualquier caso, lo cierto es que, su conceptualización como compraventa civil nos llevaría a la misma solución, al ser el territorio belga el lugar en el que se pactó el cumplimiento de ambas obligaciones.

² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 3 de julio de 1985.

³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 08 de enero del 2000.

⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁵ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

9. De un lado, la del pago del precio, que debía depositarse en una cuenta de una agencia bancaria sita en Bélgica, y a cuyos efectos se realizó el mismo por medio de una transferencia a dicha cuenta. De otro, la de la entrega del caballo que se realiza en las instalaciones del demandado, como se deduce del hecho de que fuera la propia compradora quien asumiera el pago de los gastos de transporte, lo que no se entiende si no es porque ese es el lugar de entrega, pues en otro caso el caballo debería haber viajado por cuenta y a costa del vendedor, siendo a estos efectos irrelevante que la contratación del transporte lo hiciera el apelado, pues en todo caso se hizo por cuenta de la compradora, y sin que en ningún caso quede acreditado que inicialmente se pactó la entrega en Gijón, y que pese a ello posteriormente la compradora se avino al pago de los gastos de transporte, pues no se explica el porqué de esta ulterior decisión, resultado la misma poco creíble, máxime cuando estamos hablando de una cantidad importante de 3.810 euros.

Lo expuesto conduce a la desestimación del recurso interpuesto por VIAJES OPERADORA TURÍSTICA S.A.

III. Concepto, características y naturaleza jurídica de los INCOTERMS

10. Los INCOTERMS o términos comerciales han sido tradicionalmente definidas como reglas uniformes para la interpretación de los principales términos de las compraventas internacionales. Constituyen un conjunto de reglas internacionales, de aceptación voluntaria por las partes, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional Contribuyendo a facilitar la interpretación de términos comerciales comúnmente utilizados. Los INCOTERMS se han desarrollado en el comercio internacional fruto de las prácticas comerciales internacionales, no son usos del comercio, sino que su validez se basa en la voluntad al menos presunta de los contratantes que utilizan estos signos. La selección del INCOTERMS influye sobre el costo del contrato la calificación de estos como “reglas” significa que no se trata de verdaderas normas jurídicas por lo que no son fuente de Derecho. Su eficacia depende de que las partes las hayan incorporado a su contrato por lo que sólo se aplican cuando el vendedor y el comprador se someten a estas “reglas”, tienen una naturaleza contractual ya que forman parte del contrato de compraventa al que se incorporan.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019, que analizamos la parte demandante interpone recurso negando y cuestionando encontrarse ante una compraventa de mercaderías, por lo que no puede estar sujeta a una cláusula de los INCOTERMS y sostiene que se encuentran ante una compraventa verbal de naturaleza civil, en la que se pactó como lugar de entrega del caballo la localidad de Gijón.

1. Ámbito de aplicación y finalidad de los INCOTERMS

11. El ámbito de aplicación de los INCOTERMS está regido a nivel mundial en todo lo relacionado a las compras y ventas de mercancías entre las partes contratantes y la determinación en materia de aduanas para el pago de impuestos a quien le corresponde.⁶

Los INCOTERMS vienen definidos por la Cámara de Comercio Internacional⁷ que fija el estricto sentido de su significado, la acepción plasmada y reconocida como única, uniforme y auténtica. Hay que tener muy en cuenta que las reglas fijadas por los INCOTERMS, sus cláusulas de condiciones implícitas, son de aplicación exclusiva para el comprador y el vendedor, o, si se prefiere, para las relaciones que pueden establecerse entre exportadores e importadores, quedando excluidas cualquiera otra persona física o jurídica

⁶ F.SÁNCHEZ-CALERO/J.SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, *Instituciones de derecho mercantil (Vol. II)* (Ed. XXXVII), Pamplona, Editorial Aranzadi, 2015. pp. 261-263.

⁷ La Cámara de Comercio Internacional (CCI), se creó en el año de 1919 en París (Francia). Actualmente agrupa a miles de empresas miembros, cámaras de comercio, asociaciones empresariales procedentes de más de 130 países. Sus comités nacionales, establecidos en más de 90 países, se coordinan con sus miembros para dirigir los intereses de la comunidad empresarial y para hacer llegar a sus gobiernos los puntos de vista empresariales formulados por la ICC. La ICC, constituida con personalidad jurídica y naturaleza asociativa, goza de la característica de entidad consultiva de primer orden ante las Naciones Unidas.

ca que intervenga en la operación comercial concertada entre compradores y vendedores y que sea como resultante de sus respectivos contratos derivados de la relación contractual de la compraventa internacional.

12. La finalidad de los INCOTERMS es otorgar seguridad jurídica a los contratantes en cuanto a los derechos y obligaciones con los que cuentan las partes con objeto de evitar en lo posible las incertidumbres derivadas de dichos términos en países diferentes en contratos de compraventa internacional. Además, delimitan con precisión el reparto de gastos entre exportador e importador, lugar de entrega de la mercancía, documentos que el exportador debe proporcionar al importador, transferencia de riesgos entre exportador e importador en el transporte de la mercancía.

2. Elementos básicos en la aplicación de los INCOTERMS

13. Los INCOTERMS resuelven entre otros aspectos, cuatro elementos o cuestiones esenciales en toda compraventa:

- a) El lugar y la forma de la entrega de la mercancía. Se indica el punto de entrega marcado en el lugar del trayecto, generalmente va entre paréntesis a continuación. Se determina también el momento en que debe ejecutarse esta obligación. La entrega podrá ser directa o indirecta.
- b) La transmisión de los riesgos y responsabilidades de pérdida o daños de la mercancía del vendedor al comprador.
- c) La distribución de los gastos de la operación, indicando los incluidos en el precio dado y aceptado y que deben correr por cuenta y cargo del comprador por no estar comprendido en el precio.
- d) Qué parte debe realizar los trámites, gestiones y diligencias para complementar las formalidades oficiales y las exigencias administrativas para la exportación y la importación de los productos objeto de la compraventa internacional.

14. Para que el INCOTERMS elegido funcione correctamente además de la versión del año concreto utilizado, las partes deben designar un lugar o un puerto, de la forma más precisa posible. De lo contrario, el INCOTERMS no podría tener ningún valor, la inclusión correcta minimiza los problemas jurídicos relativos a los costes y al cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes. 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. Hay que tener en cuenta que los INCOTERMS no regulan todos los aspectos de la compraventa internacional de mercaderías, su regulación recae sobre la obligación de entrega y la consiguiente transmisión de los riesgos.

15. Es lo que se puede observar en el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019, en la que, mediante la demanda interpuesta por Viajes Operadora Turística, S.A., se pretende la condena del demandado, al pago de la cantidad abonada por la actora como precio por la compraventa de un caballo, junto con diversos gastos en los que incurrió con motivo de ello, en este caso la relación comercial que une a las partes es la compraventa del caballo. En el recurso se cuestiona esta conclusión, negando estar ante una compraventa de mercaderías y sosteniendo encontrarse ante una compraventa verbal de naturaleza civil, en la que se pactó como lugar de entrega del caballo la localidad de Gijón.

3. Valor jurídico de los INCOTERMS

16. Los INCOTERMS han sido recogidos por la Convención de Viena en lo que se refiere a la entrega y transmisión de riesgos, 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 artículo 8 de la Convención de Viena. Por otro lado, también cubre las prácticas que hayan establecido entre las partes, así lo señala en el

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

17. 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 (artículo 6 de la Convención de Viena).⁸ 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. El artículo 9.2 de la Convención de Viena 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.

El espíritu de la Convención de Viena, reguladora del Derecho uniforme de la venta internacional, es traducir en forma escrita los usos y las prácticas efectivamente seguidas en el comercio internacional.⁹ Los INCOTERMS han sido recogidos por la Convención de Viena en lo que se refiere a la entrega y transmisión de riesgos.

18. Los INCOTERMS 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.
- b) **Conocido por las partes.** El INCOTERMS usado debe ser conocido por ambas partes.
- c) **Efectivamente seguido por las partes.** No basta con que el INCOTERM sea conocido por las partes, sino que efectivamente sea seguido por los contratantes. La parte que invoca un INCOTERM seguido en el comercio internacional tiene la obligación de probarlo.

19. Aunque la aplicación de los INCOTERMS de forma objetiva se regula de forma muy restrictiva, si se dan las tres condiciones se podrían aplicar 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. La Convención de Viena se limita a exigirle al vendedor que, en principio, transmita al comprador la propiedad de las mercancías libre de cargas (artículos 30, 41 y 42). El concreto proceder del vendedor para satisfacer esta obligación es algo que sólo puede ser desvelado a la luz del ordenamiento jurídico designado por las reglas del sistema de Derecho internacional privado, en particular por el INCOTERMS aplicado a la relación contractual.¹⁰

20. De la misma forma que las condiciones generales de la contratación, la utilización de INCOTERMS no significa una exclusión tácita del total de la Convención de Viena, dado que se refieren a aspectos muy puntuales del contrato de compraventa. Cabe entender, por tanto, que cuando las partes hacen referencia en su contrato a la utilización de INCOTERMS, tal referencia sólo excepciona la aplicabilidad de la Convención de Viena en aquellos puntos que hayan sido regulados por los INCOTERMS

⁸ A. CABRERA CÁNOVAS, (2013) – *Las reglas INCOTERMS 2010*, Marge Books. Barcelona.

⁹ AUDIT, B. La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, *LGDJ*, 1990. p. 29.

¹⁰ E. MUÑOZ/I. SCHWENZER, *Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Tomo I y II)* 2011.

incompatibles con la aplicación de la misma, por lo que no hay ninguna razón para descartar la normativa uniforme sobre las demás materias del contrato no expresamente reguladas por estos términos comerciales. Cuando las partes incluyen un INCOTERM están estableciendo las responsabilidades de las partes por tanto, la validez de todas las cláusulas incluidas en el contrato de compraventa queda sometidas a la *lex contractus*.¹¹

21. Así las cosas, en el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019, en la cual las partes reconocen que la cuestión debe resolverse a la luz del art. 7 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, con arreglo al cual una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro estado miembro, cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías. El Auto recurrido estimó en aplicación de esta normativa que, al encontrarnos ante un contrato de mercancías, sujeta a la cláusula *Ex Works*, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, la competencia correspondería a los Tribunales belgas.¹²

IV. Clasificación de los INCOTERMS

22. Actualmente los INCOTERMS se clasifican en 11 reglas, para el 2020 se mantiene la clasificación con algunos cambios establecidos por la ICC que los clasifica en función del modo de transporte utilizado. Así en el primer grupo se incluyen 7 INCOTERMS que son los: EXW (En fábrica), FCA (Franco porteador), CPT (Transporte pagado hasta), CIP (Transporte y seguro pagados hasta), DAT (Entregado en terminal), DPU (Entregada en lugar descargada) y DDP (Entregada con derechos pagados) que pueden utilizarse con independencia del modo de transporte y de si emplean uno o más modos de transporte. En el segundo grupo se agrupan 4 INCOTERMS que son: FAS (Franco al costado del buque), FOB (Franco a bordo), CFR (Costo y flete) y CIF (Costo, seguro y flete) a utilizar cuando la mercancía se transporta entre dos puertos, la entrega al transportista se hace a bordo o al costado del buque, por lo que el vendedor debería controlar la mercancía hasta ese momento.

23. Algunos de los ejemplos de INCOTERMS más utilizados en el comercio internacional son el CIF, el FCA o el EXW, aunque generalmente se usan de manera incorrecta, puesto que las empresas lo usan más por costumbre o por que la otra parte lo usa habitualmente, sin considerar que en algunas operaciones de compraventa internacional algunos de estos términos no son recomendables por las obligaciones que genera a las partes y por el riesgo que se corre en el comercio exterior. En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019 que estamos analizado se estimó la aplicación del INCOTERM EXW al encontrarse ante un contrato de mercancías, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, en la que la responsabilidad de las partes se ha delimitado por el uso de este INCOTERM.

¹¹ *Vid.*, en sentido amplio, W. KONRADI, H. FIX-FIERRO, “La *lex mercatoria* en el espejo de la investigación empírica” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 117, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2006.

¹² Los INCOTERMS 2010 establece que la “regla EXW” estipula que el lugar de entrega es el del vendedor. Los costos y riesgos se transfieren al comprador tan pronto como los bienes se ponen a disposición del vendedor en el momento acordado o en otro lugar acordado (por ejemplo, fábrica, almacén, etc.). Los costos de transporte, la adquisición de los documentos necesarios y los riesgos asociados son responsabilidad exclusiva del comprador. En la nueva versión de los INCOTERMS 2020, se insiste en que este INCOTERM “EXW” es aplicable solo para operaciones en las que el comprador debe realizar la carga, además se añade como punto de entrega, no solo el lugar del expedidor sino cualquier otro punto en el que éste tenga jurisdicción.

V. Análisis del INCOTERM EX WORKS

24. Muchas empresas que tienen actividad en el comercio internacional, usan solo algunos INCOTERMS ya sea por inexperiencia o por desconocimiento, por lo que suelen proceder de la misma manera en una operación de exportación que en una compraventa nacional, usando el INCOTERM EXW (En fábrica), en esta clase de INCOTERMS se entiende que una mercancía está entregada cuando el vendedor la pone a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor o en otro lugar convenido (ya sea su fábrica, un almacén, etc.) Es lo más parecido al alcance normal de una compraventa nacional, por lo que a priori puede parecer la opción más cómoda.

El vendedor no es responsable de la carga de la mercancía en el transporte provisto por el comprador ni del despacho aduanero de exportación, excepto si se ha pactado lo contrario. El comprador soporta todos los costos y riesgos inherentes al transporte de la mercancía desde los locales del vendedor hasta el destino deseado. Por lo que este término representa la mínima obligación por parte del vendedor.

1. Inconvenientes de la aplicación del INCOTERM EXW.

25. Hay que tener en cuenta que el INCOTERM EXW tiene grandes desventajas ya que a pesar de no comportar casi obligaciones para el exportador (entrega de mercancía y documentación necesarias y embalaje), y al contrario de lo que muchos creen, éste asume riesgos que desconoce y que pueden tener importantes consecuencias. Así el principal riesgo de utilizar EXW es la falta de control sobre las formalidades aduaneras de exportación. Esto se traduce en dos grandes problemas en el momento del despacho de exportación y después del despacho de exportación.

- a) **En el momento del despacho de exportación:** El vendedor aparecerá como exportador en la declaración de exportación autorizando al agente de aduanas que haya escogido el comprador para realizar las gestiones. En este caso quién controlará los datos declarados será el comprador escogiendo estos datos tan sensibles como la partida arancelaria.
- b) **Después del despacho de exportación:** Al tratarse de una operación de exportación, la venta estará exenta de IVA. No obstante, la normativa exige expresamente que el exportador debe tener en su poder los documentos acreditativos de dicha exportación empezando por el DUA de exportación. En las exportaciones EXW quien se encarga de las gestiones aduaneras es el comprador por lo que en la mayoría de los casos el exportador quedará con una entrega exenta de IVA sin tener el documento acreditativo de dicha exención.

26. En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019, podemos observar como la relación comercial que une a las partes está condicionada por el INCOTERM EXW en el cual el contrato de mercancías está sujeta a la cláusula EXW, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, se puede observar cómo en base a este INCOTERMS el vendedor entrega al comprador el caballo en las instalaciones del vendedor donde este transmite todos los riesgos al comprador y por esta razón el comprador lo transporta hasta Gijón. Como hemos señalado anteriormente el uso de este INCOTERM representa la mínima obligación para el vendedor, por esta razón en el Auto la parte recurrente manifiesta que no se acordó el uso de este término sosteniendo que es una compraventa verbal de naturaleza civil, en la que se pactó como lugar de entrega del caballo la localidad de Gijón y por este motivo reclama los gastos que le ha ocasionado trasladar el caballo hasta ese punto.

27. Es habitual que esta situación se produzca en las compraventas internacionales, porque las empresas no hacen un uso correcto de este INCOTERM y cuando ven las responsabilidades que corresponde a las partes es cuando generalmente aparecen los conflictos por parte del Comprador como ocurre en el Auto analizado. Han sido muchas las pronunciaciones al respecto por parte de los Tribunales ya que se han analizado este tipo de conflictos en diversas sentencias, siendo la más reciente la analizada por el Juzgado de lo mercantil N° 1 de Alicante, sentencia del 23 de mayo de 2018, que trata de una

compraventa internacional en la que se aplica el INCOTERM EXW donde la demandada vendió a la empresa IVORE MARBRE ET GRANIT DE ABIDJAN de Costa de Marfil una partida de mármol en condiciones EXW, el Tribunal señala que el INCOTERM EXW limita la responsabilidad del vendedor a la simple disposición de la mercancía en su almacén, para ser recogida por el porteador o transportista contratado por el comprador, por lo que será el comprador el responsable de contratar el seguro de la mercancía, contratar a un agente de aduanas para realizar los despachos de exportación (en origen) e importación (en destino), y contratar un agente de carga o transitorio para que realice el transporte internacional de la mercancía, de forma que el vendedor (demandado en el presente procedimiento), no es responsable de la carga de la mercancía mientras que el comprador lo será de contratar y gestionar todas las fases del transporte internacional de la mercancía hasta su destino. Por lo que se desestime la demanda por falta de legitimación pasiva de la mercantil demandada¹³. Otro ejemplo de la aplicación del INCOTERM EXW es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de abril de 2011, donde la entidad demandada señala la falta de legitimación activa de la entidad aseguradora al haberse vendido la mercancía por la entidad “IRIZAR S. COOP” a la empresa “IRIZAR BRASIL LTD” en condiciones INCOTERM EXW, siendo, por tanto, la perjudicada la compradora y no la vendedora a la que aseguraba la actora, en este caso El Tribunal señala que en esta relación contractual ha interferido el INCOTERM EXW por lo que la vendedora se obliga a entregar la mercancía en su fábrica o almacén, transmitiendo el riesgo desde el momento de su puesta a disposición en ese lugar al comprador, ha de estarse a las circunstancias del caso en concreto para determinar quién es el perjudicado por los daños sufridos en las mercancías y, en consecuencia, quién resulta legitimado para reclamar al transportista por los daños. Por lo que se determina la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto.¹⁴

28. En el mismo sentido se ha pronunciado la SAP de Valencia de 7 junio de 2003¹⁵, la SAP de Burgos de 31 de julio de 2013, donde las partes contratantes habían estipulado el INCOTERM EXW, pero la compradora POLITESA había modificado las condiciones de la compraventa pasando de EXW a CPT, no obstante, se siguió la misma dinámica observada en los anteriores pedidos¹⁶. De la misma forma se han pronunciado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de abril de 2012 donde el recurso se desestima por que el Tribunal señala que no hay duda que el INCOTERM EXW en virtud del cual, el vendedor realiza la entrega cuando pone la mercancía a disposición del comprador en los locales del vendedor o en otro lugar designado, no libera en absoluto al vendedor del pago del transporte cuando aquél se conforma al margen de la relación contractual del transporte¹⁷.

29. Es lo que aprecia la Audiencia Provincial de Oviedo, en su Auto de 27 de junio de 2019, donde la de la entrega del caballo que se realiza en las instalaciones del demandado, como se deduce del hecho de que fuera la propia compradora quien asumiera el pago de los gastos de transporte, por lo que se entiende que ese es el lugar de entrega y donde termina la responsabilidad del vendedor, asumiendo desde ese momento todos los riesgos y gastos el comprador.

VI. INCOTERMS y Derecho internacional privado: competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable.

30. Dado que las Reglas INCOTERMS forman parte del contrato, es necesario que las partes tengan en cuenta cuál es el Derecho aplicable al contrato. Al respecto tiene gran importancia la Convención de Viena¹⁸, que rige los contratos de compraventa internacional de mercancías, igual que los

¹³ Juzgado de lo mercantil N° 1 de Alicante, sentencia del 23 de mayo de 2018.

¹⁴ SAP de Madrid, de 29 de abril de 2011 (Id Cendoj: 28079370282011100128)

¹⁵ SAP de Valencia de 7 junio de 2003 (AC\2004\1085).

¹⁶ SAP de Burgos de 31 de julio de 2013 (JUR\2014\241841).

¹⁷ SAP de Alicante de 17 de abril de 2012 (JUR\2012\250355).

¹⁸ Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. BOE *núm.* 142, de 13 de junio de 1980.

INCOTERMS de la ICC. Debemos tomar en cuenta 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 INCOTERM.¹⁹

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.²⁰

31. El criterio de internacionalidad es la residencia de las partes, se aplica cuando el vendedor y el comprador tienen sus establecimientos en Estados diferentes, siempre que ambos sean contratantes o que las normas de Derecho Internacional Privado del foro dispongan la aplicación de la ley de un Estado contratante. Así lo señala la Convención de Viena en su artículo 1. La aplicación de la Convención de Viena a un contrato de compraventa no priva de eficacia a las Reglas INCOTERMS. Al contrario, no sólo conviven ambas, sino que priman las normas de la ICC. De un lado, la Convención es dispositiva así lo establece en su artículo 6. Por otro lado, la Convención de Viena otorga preferencia a los usos y prácticas acordados por las partes, así lo establece en su artículo 9. La Convención de Viena no regula todos los extremos del contrato de compraventa. Su artículo 4 lo deja claro cuando dispone que la norma uniforme no disciplina ni la validez del contrato ni su incidencia sobre la propiedad de las mercancías vendidas.

32. De ahí que deba tenerse en cuenta el Derecho aplicable al contrato. Para determinar el Derecho aplicable al contrato, debemos tener en cuenta el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)²¹. En su artículo 3 establece el principio de libertad de elección: *El contrato se regirá por la ley elegida por las partes*. En defecto de acuerdo, el artículo 4 dispone que se aplicará al contrato *“la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual*. Junto al Derecho aplicable, las partes deberían ser conscientes de la jurisdicción competente para resolver los conflictos que pueda generar su relación, especialmente cuando ésta es internacional. A tales efectos debe diferenciarse el arbitraje de la jurisdicción.

En defecto de cláusula compromisoria válida, deberá tenerse en cuenta el Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento (Bruselas I bis)²², el artículo 25 del Reglamento “Bruselas I Bis” acepta la prórroga de la jurisdicción. En defecto de pacto, resultan competentes los tribunales del domicilio del demandado y los del lugar de entrega. El Reglamento “Bruselas I bis”, se aplica sólo cuando la sociedad demandada tiene su establecimiento en un Estado miembro. En caso contrario rige el artículo 22 de la LOPJ²³.

33. 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, sin embargo, la obligación que sirve de base a la demanda en los contratos de compraventa internacional de mercaderías es siempre la entrega de las mercaderías, 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. Es muy importante determinar el contenido de la obligación de entrega de las mercaderías porque constituye el presupuesto para la determinación del

¹⁹ Vid. 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.

²⁰ Vid. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2012, p. 671.

²¹ Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOUE L 177/6, de 4 de julio de 2007.

²² Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil Reglamento (Bruselas I). DOUE L 351/1, de 12 de diciembre de 2012.

²³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

tribunal competente²⁴. En este sentido, el Reglamento fija directamente la obligación que sirve de base a la demanda por el lugar convenido en la entrega.

34. 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 porque suponen instrumentos que fomentan la exportación. En cuanto al lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda será el lugar de entrega de las mercaderías, es decir el lugar 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 jurídica. 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 comprador²⁵.

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.

35. Señala la Audiencia Provincial de Oviedo, en su Auto de 27 de junio de 2019, que ambas partes reconocen que la cuestión debe resolverse a la luz del art. 7 del Reglamento (UE) 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, con arreglo al cual el auto recurrido estimó en aplicación de esta normativa que al encontrarnos ante un contrato de mercancías, sujeta a la cláusula EXW, en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, la competencia correspondería a los Tribunales belgas. Pese a la persistencia por parte de la recurrente en considerar que la relación contractual es del ámbito Civil, la competencia seguiría siendo la misma, por lo que se desestima el recurso.

VII. Reflexiones finales

36. La regulación del comercio internacional se sustenta sobre la base de un cuerpo de normas de carácter privado que se originan en la praxis del comercio internacional, y que son consolidadas por el uso de las partes en la compraventa internacional, una de esas reglas que generalmente se usa son los INCOTERMS.

Los INCOTERMS describen principalmente las obligaciones, costes y riesgos que implica la entrega de las mercancías de los vendedores a los compradores, sólo se pueden aplicar en relación con una compraventa de mercaderías, que, normalmente será internacional, están concebidas para reflejar la práctica comercial, pero no de un tipo concreto de mercancía, sino de cualquiera. 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.

²⁴ M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, (Tomo XVI): Los contratos internacionales (I): Competencia judicial y ley aplicable. Contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Pamplona, Aranzadi, 2014.

²⁵ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado, vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2012, pp. 595-596.

37. El término “En Fábrica” (EX WORKS, EXW) identifica una venta directa a la salida, que puede ser utilizada con cualquier tipo de transporte. Se caracteriza por imponer las menores obligaciones al vendedor y las máximas al comprador. El primero queda obligado, básicamente, a poner las mercancías en su establecimiento a disposición del comprador, sin tener que cargar los efectos en el vehículo receptor. Ni siquiera está obligado a despachar las mercancías para la exportación, sino que corresponde al comprador realizar este trámite y pagar los derechos correspondientes. Un ejemplo del análisis de la aplicación de este término es el que se realiza en el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de junio de 2019 resuelve sobre el RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 299/2019, en los que aparece como parte apelante, VIAJES OPERADORA TURÍSTICA S.A., y como parte apelada, el señor DIEGO. Mediante la demanda, interpuesta con fundamento en el art. 1.124 del Código Civil se pretende la condena del demandado al pago de la cantidad abonada por la actora como precio por la compraventa de un caballo, junto con diversos gastos en los que incurrió con motivo de ello (de transporte y de veterinario).

38. El auto recurrido objeto de este comentario señala que, al encontrarse ante un contrato de mercancías, sujeta a la cláusula “EXW” en tanto en cuanto el caballo en cuestión, habría sido entregado en las instalaciones del demandado en Bélgica, viajando luego hasta la localidad de Gijón por cuenta del comprador, la competencia correspondería a los Tribunales belgas.

39. Pese a las alegaciones de la recurrente, la Audiencia Provincial de Oviedo señala que no se puede descartar que estemos ante una venta de mercancías, por cuanto debiendo advertirse que la compradora es una sociedad mercantil. En cualquier caso, lo cierto es que, su conceptualización como “compraventa civil” (como sugiere la recurrente) nos llevaría a la misma solución, al ser el territorio belga el lugar en el que se pactó el cumplimiento de ambas obligaciones; de forma que se desestima el recurso.

40. En definitiva, no perdamos la vista que cuando se celebra un contrato de compraventa internacional de mercancías aplicando el INCOTERMS EXW 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, como ocurre en el Auto analizado, por uno u otro motivo considerando otro lugar físico en el que se debe hacer la entrega material de las mercancías al comprador, a su llegada. 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 y aplicar el INCOTERMS que se ajusta a las necesidades de ambas partes.