CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 3 de marzo de 2011 [1]

I. Asunto

1. La petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Vicenza el 15 de febrero de 2010 versa sobre el concepto de lugar de cumplimiento al que se refiere el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [2]

2. El lugar de cumplimiento fundamenta, de conformidad con esta disposición, una competencia judicial alternativa, que se ubica junto a la competencia general del domicilio del demandado. [3] En los casos de contratos de compraventa de bienes muebles, el lugar del cumplimiento es en principio, [4] según el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001, el lugar de entrega de las mercaderías.

3. En concreto, en el presente asunto, ha de elucidarse dónde se halla este lugar cuando las mercancías se entregan «franco fábrica [en las instalaciones de la vendedora italiana]» a un transportista y son transportadas por éste a las instalaciones del comprador.

4. En cuanto atañe a la venta por correspondencia, el Tribunal de Justicia ha abordado recientemente, en su sentencia de 25 de febrero de 2010, [5] la problemática de la localización del lugar de entrega y, a falta de pactos de las partes en sentido contrario, se toma como referencia el lugar de la entrega material de las mercancías al comprador en «el destino final de la operación de compraventa». [6]

5. Ahora, en el presente asunto ha de elucidarse en esencia, al hilo de la sentencia Car Trim antes citada, qué relevancia puede revestir una cláusula contractual como la mencionada en el punto 3 *supra* para la determinación del lugar de entrega.

1 — Lengua original: alemán.

2 — DO L 12, p. 1. Este Reglamento se halla actualmente en vigor en la versión modificada por el Reglamento (UE) nº 416/2010 de la Comisión de 12 de mayo de 2010 (DO L 119, p. 7).

3 — Artículo 2, apartado 1, del Reglamento nº 44/2001.

4 — «[S]alvo pacto en contrario» [artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001].

5 — Sentencia Car Trim (C-381/08, Rec. p. I-1255).

6 — Punto 2 del fallo de la sentencia Car Trim (citada en la nota 5).

II. Marco normativo

6. A tenor del artículo 5 del Reglamento nº 44/2001:

«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 de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;

[…]»

III. Términos comerciales internacionales (International Commercial Terms o, abreviadamente, Incoterms) [7]

7. Mediante los Incoterms, la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce, ICC) estableció por vez primera en 1936 un clausulado estándar revisado y aumentado permanentemente con posterioridad. [8] Su finalidad es elaborar reglas internacionales, si bien jurídicamente no vinculantes, sobre la interpretación de las fórmulas contractuales utilizadas con más asiduidad en los contratos de comercio exterior. De este modo, se pretende evitar en la medida de lo posible los imponderables que pueden surgir de una interpretación diferente de tales términos. [9] Desde el 1 de enero de 2011, los Incoterms se hallan en vigor en una versión fundamentalmente nueva (Incoterms 2010). [10]

8. Los Incoterms están vinculados a cláusulas estandarizadas. A éstas se les atribuye, por un lado, un significado concreto y, por otro, una abreviatura sencilla compuesta por tres letras. Las cláusulas regulan a modo de

7 — «Incoterms» es una marca de la Cámara de Comercio Internacional.

8 — En 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2000, se publicaron refundiciones, adiciones y cláusulas adicionales al objeto de adaptarse a la evolución del comercio internacional. A este respecto, véase Jolivet, E.: *Les Incoterms, Etude d'une norme du commerce international,* Litec, París 2003, nos marginales 136 y ss. y pp. 475 y ss., en las que se puede consultar una lista cronológica de los Incoterms franceses (hasta el año 2000).

9 — *Incoterms 2000, Die offiziellen Regeln der ICC zur Auslegung von Handelsklauseln,* ICC Deutschland-Vertriebsdienst, Colonia 1999, p. 2.

10 — Zwilling-Pinna, C.: *Update wichtiger Handelsklauseln: Neufassung der Incoterms ab 2011,* Betriebs-Berater 2010, pp. 2980 y ss.

catálogo obligaciones importantes de vendedores [11] y compradores [12] en relación con la entrega de las mercancías, por ejemplo las modalidades de entrega, el momento de transmisión del riesgo y la cuestión relativa al cuál de las partes del contrato ha de soportar los gastos de transporte o de seguro. Las diferentes cláusulas y su catálogo de obligaciones tienen en cuenta las diferentes y posibles situaciones de intereses de las partes contratantes. Unas veces gravan más al comprador, y otras gravan más al vendedor. Desde un punto de vista terminológico, los Incoterms 2000 se guían por la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980. [13]

9. La denominada cláusula de recogida «EXW» (franco fábrica, Ex Works) de los Incoterms 2000 prevé, en el punto A4, en relación con la entrega, lo siguiente:

«El vendedor debe poner la mercancía a disposición del comprador en el lugar de entrega convenido, sin cargar el vehículo receptor, en la fecha o dentro del plazo acordados o, si no se ha acordado ese momento, en la fecha usual de entrega de esa mercancía. […]»

10. En el punto B4 se establece:

«El comprador debe recibir la mercancía cuando haya sido entregada de conformidad con A4 […]»

IV. Hechos y cuestión prejudicial

11. En el procedimiento principal las mercancías se entregaron «franco fábrica [de la vendedora italiana]» [14] y fueron transportadas a Francia hasta las instalaciones de la compradora. Tras haber reclamado el pago en Italia, la compradora propuso una excepción de falta de competencia ante los tribunales italianos y señaló que tiene su domicilio en Francia. A juicio de la vendedora, la competencia del tribunal italiano deriva de la cláusula contractual antes mencionada.

12. El órgano jurisdiccional remitente estimó que pueden tener la consideración del lugar de cumplimiento, que determina la competencia en el sentido del artículo 5 del Reglamento nº 44/2001, el lugar de destino final de las mercaderías en Francia o bien en el lugar en que dichas mercaderías hayan sido entregadas al transportista en Italia.

11 — Designadas en la lista de obligaciones con la letra «A» y numeradas de forma consecutiva en los Incoterms 2000. Así, la regla relativa a la entrega se recoge en el punto A4.

12 — Designadas con la letra «B».

13 — *Incoterms 2000, Die offiziellen Regeln der ICC zur Auslegung von Handelsklauseln* (citado en la nota 9), p. 10.

14 — En el contrato de 13 de marzo de 2008 se estipula en su idioma original: «Resa: Franco ns. sede».

13. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 5, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 44/2001, y en cualquier caso el Derecho comunitario, que establece que el lugar de cumplimiento de la obligación, cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, será el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías, en el sentido de que el lugar de la entrega, pertinente a efectos de determinar el juez competente, es el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato, o bien aquél en el que el vendedor se libera de la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto, o cabe aún una interpretación distinta de la citada norma?»

V. Apreciación jurídica

A. *Observación preliminar*

14. Con su petición de decisión prejudicial recibida el 15 de febrero de 2010 en la Secretaría del Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente pinchó en un «avispero jurídico»: [15] el de la ubicación del lugar de entrega en el caso de las ventas por correspondencia. [16]

15. En la doctrina [17] y en la jurisprudencia [18] se ha debatido esta cuestión con vehemencia. Las propuestas de solución se han movido en el espectro de las alternativas expuestas por el órgano jurisdiccional remitente. No quedaba claro, entre otras cosas, al objeto de perfilar con exactitud la situación del litigio, si el lugar de entrega ha de determinarse más bien en función de criterios fácticos fácilmente manejables o bien recurriendo a valoraciones jurídico-materiales.

15 — Así lo denominaba Mankowski en su comentario sobre la sentencia Car Trim, publicado en EWiR 2010, Art. 5 EuGVVO 1/10, pp. 287 y ss.

16 — En su comentario antes citado sobre la sentencia Car Trim, Mankowski señala que el Tribunal de Justicia no establece distinciones en función de si el transportista de la mercancía ha recibido el encargo del vendedor o del comprador.

17 — Puede leerse en una ingeniosa interpretación de la disposición, con una amplia valoración de la doctrina y jurisprudencia al respecto, en Wipping, F.: *Der europäische Gerichtsstand des Erfüllungsorts – Art. 5 Nr. 1 EuGVVO,* Duncker & Humblot, Berlín 2008, pp. 180 y ss.; Lynker, Th.: *Der besondere Gerichtsstand am Erfüllungsort in der Brüssel I-Verordnung (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO),* Peter Lang, Fráncfort del Meno 2006, pp. 84 y ss., e Ignatova, R., *Art. 5 Nr. 1 EuGVO – Chancen und Perspektiven der Reform des Gerichtstands am Erfüllungsort,* Peter Lang, Fráncfort del Meno 2005, pp. 210 y ss. Esta última aborda, entre otras, la cuestión de si debe tomarse como referencia el lugar de origen o de destino de las mercaderías, para lo cual realiza una interpretación gramatical comparativa de diversas versiones lingüísticas y llega a la siguiente conclusión: «El tenor de las disposiciones es abierto».

18 — Véanse las citas recogidas en la nota 17, y un resumen en Wittwer, A.: «Gerichtsstand des Erfüllungsorts beim internationalen Versendungskauf», en *European Law Reporter 2010,* pp. 151 y 152, y la petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof alemán de 9 de julio de 2008 en el asunto Car Trim, que puede consultarse en la página Web del Bundesgerichtshof (http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html) con el número de asunto VIII ZR 184/07.

16. Sin embargo, diez días después de la recepción de la presente petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia fumigó, por así decirlo, el «avispero» y declaró en la sentencia Car Trim, antes citada, que «el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse *basándose en lo que disponga el propio contrato. Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega,* sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la 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 [en lo sucesivo, fórmula Car Trim]». [19]

17. A primera vista, la problemática planteada por el órgano jurisdiccional remitente parece ya aclarada a la luz de la sentencia Car Trim: en primer lugar, el lugar de entrega ha de ser determinado por el órgano jurisdiccional nacional [20] sobre la base de los pactos concluyentes de las partes, si bien únicamente en la medida en que ello sea posible sin recurrir previamente y con carácter subsidiario al Derecho material aplicable al contrato. [21] Si falta tal determinación contractual del lugar de entrega, en segundo lugar, deberá tomarse como referencia el lugar en que se produzca la entrega de las mercaderías al comprador. [22]

B. *Similitudes y diferencias entre el presente asunto y el asunto Car Trim*

18. Ahora bien, tras un examen más detallado, se pone de manifiesto que tanto los hechos en que se basa la sentencia Car Trim, antes citada, como las cuestiones prejudiciales que debieron responderse entonces se diferencian de los del presente asunto.

1. Asunto Car Trim

19. En el asunto Car Trim, antes citado, la entrega debía efectuarse «según lo acordado, […] a instancia de [la compradora demandada], franco fábrica de Colleferro (Italia)» [23] (en lo sucesivo, «cláusula Car Trim»).

20. En primer lugar, sorprende que en la sentencia Car Trim, antes citada, no se aborde en

19 — Punto 2 del fallo. El subrayado es mío.

20 — Sentencia, citada en la nota 5, apartado 54.

21 — Sentencia Car Trim, apartado 53.

22 — Sentencia Car Trim, apartados 60 a 62.

23 — Véase el punto 3 de las conclusiones presentadas en ese asunto De Landtsheer Emmanuel por el Abogado General Mazák el 24 de septiembre de 2009 (sentencia de 19 de abril de 2007, C-381/05, Rec. p. I-3115).

profundidad esta cláusula. El Tribunal de Justicia se contenta en esencia con hacer constar con carácter general que «las partes en un contrato disponen de autonomía de voluntad para determinar el lugar de entrega de las mercancías». [24] El Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la cuestión de si esa voluntad de las partes de determinar el lugar de entrega puede estar expresada concretamente en la cláusula «franco fábrica».

21. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no se vio obligado por dos motivos a abordar a fondo el pacto de las partes «franco fábrica» ni a examinar si podía constituir un pacto sobre el lugar de entrega. En efecto, por un lado, el Tribunal de Justicia atribuye al Juez nacional la elucidación de tales cuestiones [25] y, por otro, en la propia cuestión prejudicial no se parte de que la cláusula controvertida pueda ser relevante para la determinación del lugar de entrega. [26] A su vez, esto último tampoco sorprende, pues de la petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof alemán de 9 de julio de 2008 [27] ya se infiere que el tribunal de apelación, «en su examen sobre el fondo del asunto», abordó esta «cláusula pactada al principio de la relación contractual» y estimó, «a la vista de la sistemática general de las estipulaciones contractuales», que no se estaba en presencia de un pacto sobre el lugar de entrega, sino de una estipulación sobre el reparto de los gastos. [28]

22. Dicho con otras palabras: ni el órgano jurisdiccional remitente ni el Tribunal de Justicia tenían que atribuir a la cláusula de que se trata relevancia alguna, a efectos de la solución del litigio, para la ubicación del lugar de entrega.

2. Asunto Electrosteel Europe

23. El contrato controvertido en el litigio principal contiene una estipulación adoptada a modo de respuesta inmediata a la cláusula Car Trim, en virtud de la cual las mercaderías debían entregarse, conforme al contrato, «franco fábrica [de la vendedora italiana]». Sin embargo, a tal respecto, el órgano jurisdiccional remitente se conforma con hacer alusión a la existencia de esta cláusula sin pronunciarse en concreto sobre su pertinencia para la determinación del lugar de entrega.

24. En cambio, las partes defienden en este punto posiciones firmes y contrapuestas: la vendedora aprecia en ello una cláusula comercial que ha de equipararse al Incoterm «franco fabrica» (franco fábrica, Ex Works; denominada abreviadamente «EXW») y

24 — Sentencia, citada en la nota 5, apartado 45.

25 — Sentencia Car Trim, apartado 54.

26 — La segunda cuestión prejudicial del asunto Car Trim tenía el siguiente tenor: ¿El lugar en el que, según el contrato, se han entregado o deberían haberse entregado las mercancías, debe determinarse, en el caso de ventas por correspondencia, atendiendo al lugar de la entrega material al comprador o al lugar en el que las mercancías se entregan al primer transportista para su transmisión al comprador?

27 — Véase la nota 18 *supra*.

28 — Esto parece haberlo soslayado Wittwer (citado en la nota 18), pp. 193 y 195.

que constituye una estipulación contractual sobre el lugar de entrega en el sentido de la sentencia Car Trim, antes citada. Por ello, el elemento decisivo para determinar el lugar del cumplimiento es el lugar de entrega, de las mercancías adquiridas, al transportista en Italia, y no el lugar de destino definitivo de las mercancías en Francia. En cambio, la Comisión establece unos requisitos estrictos en lo relativo a la determinación contractual del lugar de entrega por las partes, las cuales deben precisar con claridad la forma, la fecha y el lugar de entrega de las mercancías adquiridas. A juicio de la Comisión, los Incoterms y otras cláusulas análogas regulan primordialmente la transmisión del riesgo y la cuestión relativa al reparto de los gastos. En consecuencia, para la determinación del lugar de entrega carece de pertinencia la cláusula controvertida en el litigio principal, pues, tras un examen global de los documentos obrantes en autos, sigue sin quedar claro qué objetivo regulador persigue la cláusula. Por ello, a la luz de la sentencia Car Trim, antes citada, a falta de una estipulación contractual sobre el lugar de entrega, ha de tomarse como referencia el lugar de destino final de las mercancías, en el que el comprador adquiere la facultad de disposición efectiva sobre las mismas. Por tal facultad de disposición ha de entenderse, desde un punto de vista puramente fáctico, la obtención de la posesión, sin que tenga relevancia el aspecto jurídico de la transmisión de la propiedad.

C. *Cuestiones jurídicas a elucidar*

25. En primer lugar, ha de aclararse qué significado tiene la cláusula «franco fábrica [de la vendedora italiana]» en el presente procedimiento.

26. Esta aclaración incumbe en última instancia [29] al órgano jurisdiccional remitente. En la medida de lo posible, se tendrá que examinar si la cláusula se ha convertido en una parte eficaz del contrato, averiguar la voluntad concreta de las partes y, en su caso, apreciar que el tenor de la cláusula controvertida no sea exactamente igual al del Incoterm «franco fábrica». [30]

27. Ahora bien, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre estos aspectos.

28. De lo anterior ha de diferenciarse la cuestión general previa sobre qué exigencias establece el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001 en relación con un pacto sobre el lugar de cumplimiento o bien con una estipulación contractual sobre el lugar de entrega que deba ser considerada por el tribunal nacional.

29. Ciertamente, la sentencia Car Trim, antes citada, permite que el lugar de entrega se identifique sobre la base de estipulaciones contractuales, pero aclara que este lugar de entrega habrá de determinarse en cualquier caso sin remitirse al Derecho aplicable al contrato. [31]

29 — Sentencia Car Trim, apartado 54 (citada en la nota 5).

30 — Sobre la problemática de la interpretación de las cláusulas de entrega, véase Fogt, M.M.: «Die Vereinbarung und Auslegung von FRANCO-Lieferklauseln beim CISG-Kauf», en *The European Legal Forum 2003*, pp. 61, 67 y 68.

31 — Sentencia, citada en la nota 5, apartado 53.

30. En este contexto se plantea la cuestión de si las cláusulas comerciales internacionales como los Incoterms, para cuya interpretación ha de recurrirse a las normas de la Cámara de Comercio Internacional, satisfacen el principio de certeza, que resuena en el dispositivo de la sentencia Car Trim al objeto de determinar el lugar de entrega sobre la base del contrato: en efecto, si, según la sentencia Car Trim, se prohíbe recurrir al Derecho material aplicable al contrato, lo mismo cabría afirmarse igualmente respecto al recurso a los Incoterms.

31. Dado que no cabe excluir que el juez nacional recurra al régimen de los Incoterms a la hora de interpretar la cláusula contractual controvertida, [32] considero apropiado abordar esta problemática para responder a la cuestión prejudicial. Dicha problemática queda igualmente comprendida en la amplia formulación de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, el cual solicita al Tribunal de Justicia con carácter general una interpretación del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001 («¿[…] o cabe aún una interpretación distinta de la citada norma […]?» para el asunto de que conoce.

32 — Magnus propone recurrir a la propia definición de los Incoterms al objeto de interpretar una cláusula igualmente definida en los Incoterms si las partes no han hecho referencia expresa a la misma, a menos que existan indicios evidentes que apunten a una voluntad de las partes distinta (von Staudinger, J., Magnus, U.: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht [CISG]*, Sellier-de Gruyter, Berlín 2005, artículo 31 CISG, número marginal 31).

32. En consecuencia, examinaré en una primera fase si cláusulas comerciales tales como los Incoterms pueden servir como estipulación contractual del lugar de entrega en el sentido del número 2 del dispositivo de la sentencia Car Trim, antes citada. En una segunda fase habrá de modificarse, a la luz de la conclusión así obtenida, la «fórmula Car Trim» para el presente asunto.

1. ¿Son los Incoterms y otras cláusulas comerciales análogas estipulaciones contractuales con un significado definido de forma concreta sobre cuya base pueda determinarse el lugar de entrega a efectos del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001?

33. La sentencia Car Trim, antes citada, precisa el margen de que disponen las partes para la determinación contractual del lugar de entrega a efectos del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001.

34. Desde un punto de vista sistemático, según la estructura del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001, ha de diferenciarse entre los pactos sobre el «lugar de cumplimiento de la obligación» y los pactos sobre el lugar de entrega.

a) Admisibilidad de los pactos sobre el lugar de cumplimiento en el campo de tensión entre las expresiones «salvo pacto en contrario» y «[lugar de entrega] según el contrato» [artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001]

35. A primera vista, el tenor del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001 parece abrir dos variantes para la determinación contractual del lugar de cumplimiento: por un lado, un, por así llamarlo, pacto indirecto sobre el lugar de cumplimiento mediante la concreción contractual del lugar de entrega [33] en cuanto «lugar […] en el que, según el contrato, debieren ser entregadas las mercaderías», [34] y, por otro lado, un pacto directo sobre el lugar de cumplimiento, en la medida de lo posible independiente del lugar de entrega: [35] en efecto, según el tenor del artículo 5, número 1, letra b), sólo cabe recurrir al lugar de entrega al objeto de determinar el lugar de cumplimiento «salvo pacto en contrario».

36. Sin embargo, en última instancia tampoco queda claro en términos generales, de conformidad con la sentencia Car Trim, antes citada, [36] en qué medida las partes, conforme a la citada disposición, pueden pactar «algo distinto» de una vinculación al lugar de entrega, de suerte que los controvertidos planteamientos interpretativos de la doctrina [37] a este respecto siguen requiriendo una elucidación. [38]

37. Ahora bien, en el presente asunto esta cuestión no desempeña función alguna, puesto que no se trata de saber si son admisibles los eventuales pactos sobre el lugar del cumplimiento *independientes del lugar de entrega,* sino de aclarar si mediante una cláusula comercial puede precisarse válidamente *el lugar de entrega* y de este modo determinar contractualmente el lugar del cumplimiento.

33 — La sentencia Car Trim (citada en la nota 5) reconoce en el apartado 51 que el Reglamento no define el concepto de lugar de entrega, y para su determinación remite, en primer lugar, a las estipulaciones contractuales (apartado 54).

34 — El denominado lugar de cumplimiento «jurídico».

35 — Ahora bien, en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, el Tribunal de Justicia ya ha formulado su oposición a los «pactos abstractos sobre el lugar de cumplimiento» en conexión con las prestaciones efectuadas en su sentencia de 20 de febrero de 1997, MSG (C-106/95, Rec. p. I-911), apartado 35, y los ha considerado admisibles únicamente en la medida en que al mismo tiempo se observen los requisitos de los acuerdos atributivos de jurisdicción (artículo 17 del Convenio de Bruselas). Sobre la jurisprudencia dispuesta, por lo demás, a aceptar tales pactos, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, Zelger (56/79, Rec. p. 89), apartado 5.

36 — En su comentario sobre la sentencia Car Trim publicado en EuZW 2010, pp. 303 a 305, Leible cree poder inferir cuando menos, puesto que en el apartado 46 de la sentencia se habla de un pacto sobre «el lugar de cumplimiento de la obligación», que el Tribunal de Justicia no permite, por un lado, tomar como referencia, en vez del lugar de cumplimiento, otros lugares con conexión contractual, y que, por otro lado, sigue sin autorizar pactos abstractos sobre el lugar de cumplimiento.

37 — En particular, la doctrina alemana es rica en planteamientos interpretativos: así, por ejemplo, Klemm, M.: *Erfüllungsortvereinbarungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht,* Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena 2005, pp. 71 a 80, y puede verse una amplia exposición del estado del debate en Leible, S., en Rauscher, Th.: *Europäisches Zivilprozessrecht und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR,* Revisión de 2011, Sellier, Múnich 2011, artículo 5 del Reglamento Bruselas I, apartado 57 b.

38 — Gráfica resulta la afirmación más bien fatalista de Briggs, A. y Rees, R.: *Civil Jurisdiction and Judgments,* Informa Publishing Group, 3ª ed. 2002, p. 131: «It is close to impossible to make sense of the words "or otherwise agreed" […] They can be forgotten until an imaginative court is able to breathe meaning into them».

b) Los criterios de la «fórmula Car Trim» sobre la determinación contractual del lugar de entrega y su aplicación a cláusulas comerciales con un significado definido con exactitud

38. Según la sentencia Car Trim, antes citada, las partes pueden pactar libremente el lugar de entrega,[39] de suerte que este lugar de entrega deba poder inferirse del contrato, «sin remitirse al Derecho material aplicable al contrato».[40]

39. Si estos criterios se proyectan sobre la cláusula franco fábrica de los Incoterms 2000, ha hacerse constar antes de nada que esta última no se remite al Derecho aplicable al contrato. Así pues, si se atendiera estrictamente al tenor de la sentencia Car Trim, antes citada, tal cláusula no suscitaría ninguna duda al respecto.

40. La cláusula franco fábrica también serviría sin más para determinar el lugar de entrega, pues no sólo describe la transmisión del riesgo (puntos A5 y B5), sino también el lugar de entrega (punto A4 y B4) en el sentido de una estricta cláusula de recogida. En consecuencia, una tesis defendida en la doctrina[41] y en la jurisprudencia[42] sostiene que mediante la cláusula franco fábrica de los Incoterms válidamente incluida en el contrato pueden determinarse el lugar de entrega y el de cumplimiento en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001.

41. Esta tesis me parece fundada. ¿Por qué habría de prohibirse a las partes recurrir a cláusulas comerciales sencillas para determinar contractualmente el lugar de entrega? Por ello aboga en particular el hecho de que pueden determinarse de forma ponderada y objetiva en su significado gracias a la normativa de la Cámara de Comercio Internacional, en la medida de lo posible, en cuanto cláusulas contractuales formuladas libremente por las partes o incluso en una lengua extranjera que no se domina por completo.

42. En cambio, no convence la objeción según la cual a quien aplica el Derecho, por ejemplo el tribunal que examina su competencia, no se le revela el significado concreto de la cláusula, en su caso, hasta el examen de la normativa de la Cámara de Comercio Internacional.

43. Ciertamente, en la sentencia Car Trim, antes citada, el Tribunal de Justicia se pronunció expresamente a favor del principio

39 — Sentencia, citada en la nota 5, apartados 45 y 46.

40 — Sentencia, citada en la nota 5, apartado 55.

41 — Véase por ejemplo Leible (citado en la nota 37), y las referencias ahí citadas.

42 — Véase, sobre la cláusula «delivery: ex works», la resolución del Oberlandesgericht Karlsruhe de 28 de marzo de 2006, IPRspr 2006, nº 111, pp. 242 a 250.

de una determinación pragmática del lugar de cumplimiento dejando a un lado un eventual recurso a las normas de Derecho internacional privado y de Derecho material,[43] si bien me parece que una referencia a los Incoterms entendidos de forma concreta no es comparable con la remisión «al Derecho sustantivo aplicable al contrato»,[44] rechazada por el Tribunal de Justicia. En efecto, su significado concreto puede averiguarse con independencia de complicadas cuestiones jurídicas mediante un examen de normas fácilmente disponibles. Ello se observará, al menos, cuando el Incoterm esté redactado con claridad en su versión aplicable *ratione temporis* (por ejemplo los Incoterms 2000). Sería un mero formalismo que carecería de fundamento jurídico en el artículo 5 del Reglamento nº 44/2001 supeditar la respuesta a la cuestión de si puede pactarse válidamente un lugar de entrega mediante un Incoterm al hecho de que se adjunte o no al contrato un ejemplar de las normas que describen la cláusula correspondiente.

c) Conclusión provisional

44. Así pues, como conclusión parcial cabe afirmar que los Incoterms y otras cláusulas comerciales similares pueden constituir en principio estipulaciones contractuales sobre cuya base puede determinarse el lugar de entrega en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001.

2. Modificación de la «fórmula Car Trim» en el presente asunto

45. Al objeto de proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, ha de señalarse que los principios establecidos en la sentencia Car Trim, antes citada, deben aplicarse con carácter general a los contratos de compraventa y no sólo a la venta por correspondencia. En efecto, el artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001 no diferencia –al igual que la cuestión prejudicial en el presente asunto– entre la venta por correspondencia y los demás contratos de compraventa,[45] aun cuando debe reconocerse que la determinación del lugar de entrega suscita problemas particulares precisamente en el caso de la venta por correspondencia.

46. Así pues, antes de nada, por regla general el elemento decisivo será el pacto de las partes concluyente en sí mismo.[46] Los Incoterms y otras cláusulas comerciales similares con un significado definido de forma concreta pueden constituir, en principio, estipulaciones contractuales sobre cuya base puede determinarse el lugar de entrega en el sentido del

43 — Sentencia, citada en la nota 5, apartados 53 y 54.

44 — Sentencia, citada en la nota 5, punto 2 del fallo.

45 — Del mismo modo procede el Abogado General Mazák en el punto 32 de sus conclusiones presentadas en el asunto Car Trim.

46 — Sentencia, citada en la nota 5, apartados 54 y 55.

artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001.

47. Si no se da la posibilidad de determinar el lugar de entrega sobre la base de los pactos concluyentes de las partes, habrá de procederse, al igual que en la sentencia Car Trim, antes citada, en virtud del principio de la «designación pragmática del lugar de cumplimiento», con arreglo a criterios fácticos [47] y habrá de tomarse como referencia el lugar de la entrega física de las mercancías al comprador en virtud de la cual se adquiere la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías.

48. De la versión vinculante alemana de la sentencia Car Trim, antes citada, se desprende con suficiente claridad y no requiere mayor concreción el hecho de que se está aquí en presencia de un criterio estrictamente fáctico y vinculado a la mera posesión.

49. Ahora bien, sí es necesario examinar con más detalle a qué alude la fórmula Car Trim con la entrega «en el destino final de la operación de compraventa».

50. Debe tratarse aquí del lugar en el que «*en principio*, las mercancías –que constituyen el objeto material del contrato– habrán de encontrarse [...] tras la ejecución del propio contrato [mediante la entrega material al comprador] [48]». [49]

51. De ello se deduce, por un lado, que la entrega de las mercancías al transportista (cuya identidad no coincide con la del comprador) no fundamenta en ningún caso un lugar de entrega concreto. [50] En efecto, a juicio del Tribunal de Justicia, la operación de compraventa no se cierra hasta la entrega material al comprador.

52. Por otro lado, ello pone de manifiesto que carece de relevancia la existencia de un transporte adicional *imprevisto* de las mercancías por el comprador a efectos de la ubicación del lugar de entrega. En efecto, tal transporte adicional, por ejemplo desde el almacén del comprador a otro centro de explotación, quedaría fuera de la operación de compraventa y conducirá a un lugar en el que las mercancías, *en principio, no* tienen que hallarse tras el cumplimiento del contrato.

53. Dado que se toma como referencia fundamental la operación de compraventa, parece que el criterio del destino final se ajusta además no sólo a la venta a distancia, sino también al caso de recogida personal de la mercancía por el comprador: en tal caso el

47 — Sentencia, citada en la nota 5, apartado 52.

48 — Sentencia Car Trim, apartado 60.

49 — Sentencia Car Trim, apartado 61. El subrayado es mío.

50 — Así lo sostiene también Mankowski (citado en la nota 15), p. 288.

«destino final de la operación de compraventa» ya 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.

54. Así pues, en última instancia, el elemento decisivo en todos estos supuestos lo constituye la entrega material al comprador en virtud del cumplimiento del contrato. Tras un examen más atento de los supuestos mencionados, tal entrega es necesaria, pero también suficiente, para determinar el lugar de entrega.

55. A la vista de cuanto antecede se plantea la cuestión de si tomar como referencia adicional el criterio de «destino definitivo» trae más confusión que provecho. Además, desde un punto de vista sistemático, este criterio parece cuestionable, pues recuerda al del «lugar final de entrega de la mercancía […]» mencionado en el artículo 63, apartado 1, del Reglamento nº 44/2001, que ha de aplicarse expresamente sólo en beneficio de personas con domicilio en Luxemburgo. No existe motivo alguno para generalizar esta excepción en el caso de la venta por correspondencia.

56. En cambio, sí es en particular fuente de incertidumbre el adjetivo «definitivo»: ¿cómo debería apreciarse la situación si la mercancía fuera almacenada provisionalmente en un almacén del comprador, fuera transportada a continuación por el comprador a otro centro de explotación y el vendedor hubiera tenido conocimiento desde el principio de este propósito? Es fácil imaginar que cabría discutir a fondo sobre ello, en conexión con el criterio del carácter definitivo. Además, en este caso se planteaba la problemática de la falta de coincidencia entre el eventual lugar de destino definitivo (otro centro de explotación) y el lugar de la primera entrega efectiva (almacén provisional).

57. Por ello, 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.

VI. Conclusión

58. Por consiguiente, propongo que se responda a la cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente del siguiente modo:

«El artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el lugar de entrega decisivo para la determinación del órgano jurisdiccional competente ha de determinarse sobre la base de los pactos contractuales de las partes.

Los Incoterms y otras cláusulas comerciales similares con un significado definido de forma concreta pueden constituir, en principio, estipulaciones contractuales sobre cuya base puede determinarse el lugar de entrega en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001.

Si el lugar de entrega no puede determinarse sobre esta base sin recurrir al Derecho material aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías.»