

CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL: COMPETENCIA JUDICIAL Y LEY APLICABLE

Francisco J. Garcimartín Alférez
Catedrático de Derecho internacional privado, URJC

I. Introducción

1. Una de las formas de acceder a un mercado extranjero es mediante la utilización de distribuidores locales, pues éstos suelen tener el contacto con los clientes finales. La relación con distribuidores extranjeros introduce elementos de internacionalidad en el contrato de distribución. En este trabajo me voy a ocupar de los dos elementos de internacionalidad más típicos: la competencia judicial y la ley aplicable. La trascendencia práctica de estos dos elementos no exige mayor demostración. Cuando se rompe la relación contractual, lo primero que se plantean las partes es: ante qué tribunales nacionales puedo demandar (desde el punto de vista del potencial actor) o puedo ser demandado (desde el punto de vista del potencial demandado). Las reglas de competencia judicial internacional determinan esos tribunales. A continuación, la pregunta que se plantean es qué ley nacional va a aplicar el juez competente para resolver el fondo del litigio.

Ejemplo. Los casos de contratos de distribución internacional que ha conocido la jurisprudencia española suelen responder prácticamente todos al mismo patrón¹. Una empresa de distribución nacional tiene un contrato celebrado con una firma extranjera. Al cabo de los años, la firma extranjera decide resolver anticipadamente el contrato y la empresa española, disconforme, se plantea ejercer una reclamación judicial. Las dos preguntas fundamentales desde el punto de vista internacional son: (a) ¿Ante que tribunales, los españoles o los extranjeros, va a poder ejercitar su acción? (b) ¿Qué ley estatal, la española o una extranjera, va a determinar si hay incumplimiento contractual y, en su caso, la eventual indemnización? Este es el caso-tipo que voy a utilizar para analizar ambas cuestiones.

II. Competencia judicial internacional

1. Régimen aplicable

2. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles viene determinada –fundamentalmente, y dejando de lado ciertos convenios bilaterales- por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y por el Reglamento Bruselas I (Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000). La aplicación de cada texto depende, en principio, de dónde tenga su domicilio el demandado: si la persona demandada tiene su domicilio en otro Estado miembro de la Comunidad (salvo Dinamarca, frente a la que se aplica un Acuerdo bilateral de 19 de octubre de 2005), rige el Reglamento Bruselas I; si la persona demandada tiene su domicilio en un tercer Estado, rige la LOPJ. No hay solapamiento entre ambos textos: la aplicación del Reglamento excluye el juego de la LOPJ. Vamos a comenzar por el régimen del Reglamento ya que es el

¹ Vid., por ejemplo, SAP de Madrid, de 31 de enero de 2007, *AEDIPr*, 2007, p. 896 y ss.

que más aplicación práctica tiene y, además, el que ofrece un régimen más refinado técnicamente.

2. Reglamento Bruselas I

3. El régimen de competencia judicial que establece el Reglamento Bruselas I se basa en un esquema de alternatividad ente un foro general y una serie de foros especiales. El Reglamento arranca de la competencia general de los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio del demandado y establece una serie de foros especiales, que funcionan como alternativos a aquél. Ello no impide, naturalmente, que las partes puedan fijar *ex ante* la competencia mediante una cláusula de jurisdicción.

A) Cláusulas de jurisdicción

4. Las cláusulas de jurisdicción son muy comunes en los contratos de distribución concluidos por escrito y, de hecho, se encuentran en cualquiera de los modelos-tipo que ofrecen distintas asociaciones u organismos internacionales. La ventaja de estas cláusulas es que permiten a las partes fijar *ex ante* la competencia y, por consiguiente, eliminar desde el principio cualquier riesgo o incertidumbre al respecto y prevenir posteriores conductas estratégicas (*forum shopping*). El Reglamento es muy generoso en cuanto al reconocimiento de la eficacia de este tipo de cláusulas (*vid.* Art. 23). Las cláusulas recogidas en el contrato de distribución son válidas y eficaces si cumplen los requisitos que se establecen en dicho precepto y, además, se presupone que la competencia atribuida es exclusiva (el tribunal así escogido tendrá competencia exclusiva “*salvo pacto en contra de las partes*” dice el Art. 23 (1) del Reglamento). En consecuencia, si satisface los requisitos correspondientes, una cláusula de jurisdicción incluida en el contrato de distribución vale para atribuir competencia a los tribunales españoles (si son los escogidos por las partes) o para derogar la competencia que tuviesen conforme al régimen supletorio (si las partes se han sometido a un tribunal extranjero; y esto último cabe concluir también si han incluido una cláusula arbitral). En el caso de que la cláusula de jurisdicción se incluya entre las condiciones generales de un contrato, cuando se trata de relaciones entre profesionales, no hay “control de contenido”, pero si cierto “control de incorporación”. Hay una jurisprudencia del Tribunal de Justicia bastante elaborada en la que se concreta este “control de incorporación”².

B) Foro general

5. En defecto de cláusula de jurisdicción, o cuando ésta no tiene alcance exclusivo, el Reglamento responde a ese esquema que hemos señalado: foro general-foro especial (alternativo). El *foro general* está previsto en el Artículo 2 del Reglamento: “*Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*”. El domicilio, cuando se trata de una persona jurídica, viene determinado por el Artículo 60, que permite considerar como tal cualquiera de los tres criterios ahí enumerados: (i) el domicilio estatutario, (ii) la administración central o (iii) el centro de actividad principal. Esto significa que si el demandado tiene estos elementos distribuidos en diferentes Estados miembros, el actor

² Vid., para un análisis más detallado de este régimen, M. Virgós/F. Garcimartín, *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Madrid, 2007, pp. 290-292.

puede acudir a cualquier de ellos. Este foro se califica como general ya que atribuye competencia sea cual sea el objeto del litigio: tanto si la reclamación es contractual (como será lo habitual cuando deriva del contrato de distribución) como si es extracontractual (cuando deriva de daños de esta naturaleza, por ejemplo, una violación de las reglas sobre competencia desleal).

C) Foro especial

6. El Reglamento prevé una serie de *foros alternativos* al foro general. El Artículo 5 establece una lista de foros especiales por razón de la materia. Son foros que permiten atraer al demandado ante unos tribunales distintos de los de su domicilio si se dan las condiciones correspondientes. Por eso, el artículo 5 comienza diciendo, “*Las personas domiciliada en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro...*” (sin subrayado en el original).

7. El primero de los foros especiales previstos por el Artículo 5 del Reglamento es relativo los litigios “*en materia contractual*”. Este es el foro típicamente relevante a nuestros efectos, i.e. cuando el litigio tiene su fundamento en la vulneración de las obligaciones derivadas del contrato de distribución. De hecho, la aplicación de este foro es el que más jurisprudencia ha provocado entre los tribunales europeos. La razón es fácil de ver: el foro especial del Artículo 5 (1) suele ser el más cómodo para el distribuidor pues le permite atraer al co-contratante extranjero a sus tribunales nacionales.

8. Para entender adecuadamente el alcance de este foro es preciso tener en cuenta tres características generales de todos los foros previstos por el Artículo 5.

(a) Primera. Suele afirmarse que los foros especiales previstos por el artículo 5 son de interpretación contenida, pues prevén excepciones al principio general enunciado en el Artículo 2. El Tribunal de Justicia ha repetido esta idea en numerosas ocasiones: “*Con respecto a la segunda parte de la cuestión, hay que observar,..., que las competencias especiales enumeradas en los artículos 5 y 6 del Convenio (ahora Reglamento) constituyen excepciones al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del demandado, que deben interpretarse en sentido estricto*” (vid. Sentencia Tribunal de Justicia, as. C-189/87, pfo. 19; as. C-26/91, pfo. 14; as. C-433/01, pfo. 25; as. C-168/02; pfo. 14). El mismo Tribunal también ha insistido en las exigencias de certeza y previsibilidad que informa esos foros: “*...el principio de seguridad jurídica exige, en particular, que las reglas de competencia que establecen excepciones al principio general enunciado en el artículo 2 del Convenio de Bruselas (ahora Reglamento) se interpreten de modo que permitan al demandado normalmente informado prever razonablemente cuál es el órgano nacional distinto al del Estado de su domicilio ante el que pudiere ser demandado cuando no sea el de su domicilio (vid., Sentencia del Tribunal de Justicia, as. C-26/91, pfo. 18; as. C-440/97, pfo. 24; as. C-256/00, pfo. 24; as. C-281/02, pfo. 40). El propio considerando 11 del Reglamento recoge esta construcción: “Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación” (sin subrayado en el original). En definitiva, el Tribunal de Justicia suele partir de la idea de*

que, en caso de duda interpretativa, deben evitarse las lecturas amplias o expansivas del Artículo 5 del Reglamento³.

(b) Segunda. Los foros previstos por el Artículo 5 son foros basados en la proximidad procesal del juez con el objeto del litigio. También sobre este aspecto ha insistido el Tribunal de Justicia: “*Hay que señalar, ..., que, si bien el artículo 5 prevé atribuciones de competencias especiales cuya elección depende de una opción del demandante, ello se debe a la existencia, en ciertas hipótesis bien determinadas, de un vínculo particularmente estrecho entre una controversia y el órgano jurisdiccional que puede ser llamado a conocer de ella, para conseguir un mejor desarrollo de un proceso*” (vid., Sentencia Tribunal de Justicia, as. C-34/82, pfo. 11; as. C-129/92, pfo. 32; as. C-288/92, pfo. 18; as. C-440/97, pfo. 24). Esta razón de ser del precepto acompaña a la exigencia de interpretación estricta: en caso de duda, el Artículo 5 no debe interpretarse de tal forma que abarque supuestos en los que no se verifica su sentido y finalidad.

(c) Tercera. La carga de la prueba de que se da la conexión exigida por los foros recogidos en el Artículo 5 recae sobre el *demandante*. Es más, tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Estados miembros suele entender que la mera afirmación por parte del demandante no es suficiente para abrir los foros previstos por dicho artículo. Así, por ejemplo, en uno de los comentarios europeos de referencia al Reglamento, se puede leer lo siguiente: “*The onus to plead the facts supporting jurisdiction under Art. 5 is generally on the plaintiff. The mere allegation, e.g. of a contract, might not be deemed sufficient to invoke (1), not even if there is a serious question calling for a trial in this regard*”⁴.

9. Descrito con trazos muy gruesos el esquema del Reglamento y los rasgos generales del Artículo 5 (1), en los párrafos siguientes voy a analizar con más detalle este precepto.

3. Foro especial en materia contractual

A) Introducción

10. El Artículo 5 (1) del Reglamento Bruselas I establece lo siguiente:

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

- cuando se tratase de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;

c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a).”

11. El Artículo 5 (1) del Reglamento abre un foro especial de competencia, alternativo al foro general del domicilio del demandado, en el lugar de cumplimiento de la obligación contractual (*locus solutionis*). La aplicación de este precepto ha planteado

³ No obstante, esta presunta „interpretación estricta“ debe entenderse en sus justos términos, vid. Virgos/Garcimartin, *loc.cit.*, pp. 134-135.

⁴ P. Mankowski, en Magnus/Mankowski (ed.) *Brussels I Regulation*, 2007, pag. 91, con más referencias. También, M. Virgós/F. Garcimartín, *loc.cit.*, pags. 395-396.

dos tipos de problemas: (a) La delimitación del concepto “*materia contractual*”; (b) La determinación del *lugar de cumplimiento de la obligación*, en particular cuando nos encontramos ante una relación contractual de la que derivan varias obligaciones.

12. En relación a los contratos de distribución, el primer aspecto no debería provocar excesivas dificultades. El Tribunal de Justicia ha definido el concepto “*materia contractual*” en sentido muy amplio. En él se comprenderían todas aquellas obligaciones derivadas de *un compromiso voluntariamente establecido entre las partes o por una parte frente a la otra* (*vid.*, por todas, y con referencia a sentencias anteriores, Sentencia del Tribunal de Justicia, as. C-27/02, pfo. 51: “*En consecuencia, la aplicación de la regla de competencia especial prevista en materia contractual en el citado artículo 5, número 1, presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante*”). Las reclamaciones por incumplimiento del plazo de preaviso, los pagos que pueda haber pendientes o incluso las compensaciones por clientela –que son los objetos típicos de los litigios en el ámbito de la distribución comercial- son siempre “*materia contractual*” a los efectos del Artículo 5 (1) del Reglamento.

13. El segundo aspecto, *i.e.* la determinación del lugar de cumplimiento, resulta más complejo y de hecho constituye el que más quebraderos de cabeza plantea en el ámbito de los contratos de distribución. A la hora de abrir un foro de competencia alternativo al foro del domicilio del demandado, el artículo 5 (1) contiene dos reglas: una regla general, prevista en el artículo 5.1 (a), y una regla especial para los contratos de compraventa de mercaderías y prestación de servicios, prevista en el apartado 5.1 (b). La diferencia entre ambas reglas radica en la obligación que debe tomarse en cuenta para, allí donde deba cumplirse, abrir un foro de competencia:

(a) Artículo 5.1 (a). Conforme a la *regla general*, la obligación relevante es la obligación que sirve de base a la demanda del actor y, a partir de aquí, atiende al lugar de cumplimiento de esta obligación. En palabras del Tribunal de Justicia, ha de estarse al “*derecho contractual que sirve de fundamento a la acción judicial del demandante*” (Sentencia del Tribunal de Justicia, as. C-14/76). Esta solución responde a un *principio de separabilidad*, de tal manera que si de un contrato derivan varias obligaciones que han de cumplirse en lugares distintos, hay que atender a aquella que invoca el actor como fundamento de su demanda y la competencia del juez sólo alcanza los litigios relativos a dicha obligación.

(b) Artículo 5.1 (b). Conforme a la *regla especial*, lo relevante no es la obligación que sirve de base a la demanda del actor, sino la obligación característica del contrato: en el caso del contrato de compraventa, la entrega de las mercancías, y en el caso del contrato de prestación de servicios, la prestación de los servicios. Esta solución responde a un *principio de concentración*, ya que concentra todos los litigios derivados de un mismo contrato en el lugar de cumplimiento de la obligación característica o principal. Precisamente, esta regla especial se incluyó en el Reglamento Bruselas I para evitar la dispersión de foros de competencia (uno por cada obligación relevante) que la aplicación de la regla general provoca. Así lo reconocen habitualmente los autores: “*L’intention des rédacteurs a été d’éviter que pour ces contrats, particulièrement fréquents, il faille rechercher l’obligation litigieuse et son lieu d’exécution. Il leur a paru préférable de désigner directement pour tous les litiges nés du contrat un tribunal ayant un lien objectif certain avec l’affaire*”⁵.

B) Artículo 5 (1) (b)

⁵ Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3ª ed., 2006, p. 146.

14. La regla prevista en el **apartado 1 (b)** es *lex specialis*, pero de hecho cubre la mayoría de los supuestos pues contempla los dos contratos típicos del comercio internacional: la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios. Por eso, los autores coinciden en señalar que en la práctica, la regla prevista en el apartado 1 (a) es excepcional: *“In practice, the application of (a) is exceptional, not the rule”*⁶.

15. En los litigios derivados de los contratos de distribución internacional los problemas se plantean a partir de la necesidad de subsumir el litigio en uno u otro apartado: ¿en las reclamaciones por incumplimiento del plazo de preaviso o de compensación por clientela, por ejemplo, se aplica la regla especial prevista por el apartado 1 (b) del Artículo 5, o la regla general prevista en el apartado 1 (a)? En la medida en que aquélla es prioritaria, el análisis debe comenzar por ahí.

16. La aplicación de la regla especial -apartado 1 (b) del Artículo 5- viene determinada por dos factores: (a) que se trate de un contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios y (b) que las partes no hayan acordado la sujeción a la regla general (*“salvo pacto en contrario”* dice el encabezamiento del apartado (b)).

17. El concepto de **“compraventa de mercaderías”** debe ser objeto de una *calificación autónoma*. Además, los autores coinciden en que debe recibir una interpretación amplia, que incluya cualquier relación contractual cuyo objeto principal sea el intercambio de bienes a cambio de dinero: *“the contractual exchange of goods for money”*⁷. La interpretación amplia del apartado (b) frente al apartado (a) concuerda, además, con el sentido y fin del precepto, ya que permite evitar la dispersión de los foros de competencia en los supuestos más habituales o comunes en el comercio internacional.

18. Este criterio interpretativo explica un dato particularmente relevante a nuestros efectos. La regla prevista en el artículo 5.1 (b) I debe aplicarse siempre que el contenido principal de las relaciones contractuales entre las partes sea la compraventa de bienes, aun cuando vaya acompañada de obligaciones accesorias. *Por eso, un mero pacto de exclusividad no debe evitar la aplicación del artículo 5.1 (b)*. Lo relevante, cuando son relaciones complejas, es si *la compraventa de mercancías constituye el centro de gravedad del contrato, i.e. el elemento dominante de la relación*. Si es así, debe subsumirse en la regla especial recogida en el apartado (b) del Artículo 5 (1) (b) I.

19. Teniendo en cuenta estas consideraciones, la subsunción de los contratos de distribución bajo ésta u otra categoría no es automática⁸. De hecho, los problemas se suelen plantear porque el concepto de “contrato de distribución” cubre muchas y muy variadas relaciones en el mercado europeo. La tipología en la práctica es muy amplia y habrá que atender en las circunstancias particulares de cada supuesto. Hay “contratos de distribución” donde predomina aquel aspecto, *i.e.* el peso o elemento dominante de la relación es la compraventa de los productos, y otros donde predomina

⁶ P. Mankowski, *loc.cit.*, p. 100; G.A.L. Droz/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” *Revue critique de Droit International Prive*, 2001, pp. 601 y ss., p. 634; en parecidos términos M. Virgós/F. Garcimartín, *loc.cit.*, p. 153

⁷ A. Calvo-Caravaca/J. Carrasacosa, *Derecho internacional privado*, II, 9ª ed., 2008, pp. 460-461; P. Mankowski, *loc.cit.*, p. 123; Beraudo, “Le règlement du Conseil du 22 décembre 2000”, *Clunet*, 2001, pp. 1033 y ss., p. 1044; Kropholler, *Europasiches Zivilprozessrecht*, 8ª ed., 2007, p. 132

⁸ *Vid.*, J.C. Fernández Rozas/R. Arenas/P.A. de Miguel, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., 2009, p. 513.

el aspecto “servicial”, i.e. el distribuidor esta “prestando un servicio” al principal al contribuir, por ejemplo, al conocimiento y prestigio de su marca.

Advertencia. A los efectos de resolver este problema de calificación, es inevitable tomar como referente el nuevo Artículo 4 (1) (f) del Reglamento Roma I (Reglamento 593/2008). En este texto, se califican los contratos de distribución como “**contratos de servicios**” (cdo. 17), aunque sujetos a una regla autónoma. No obstante, el texto no ofrece ninguna definición sobre ese concepto (“contrato de distribución”)⁹. Y de hecho, la jurisprudencia de los tribunales franceses ha sido tradicionalmente reacia a calificar los contratos de distribución como contratos de prestación de servicios (*vid.* por ejemplo, Sentencia de 5 de marzo de 2008). Por ello, y a falta de mayores precisiones (i.e. de un concepto legal o incluso tipológico de contrato de distribución), la única alternativa es atender a las circunstancias del supuesto y, en concreto, a qué obligación constituye su centro de gravedad: la entrega de las mercancías o la prestación de los servicios.

20. Si estamos ante un contrato cuyo aspecto dominante es la compraventa de mercancías –o la prestación de los servicios–, el apartado 1 (b) I se aplica “*salvo pacto en contrario de las partes*”. El significado exacto de esta expresión ha provocado ciertas dudas en la literatura científica¹⁰. Mientras que para algunos autores, este “salvo pacto en contrario” significa que las partes deben de haber renunciado expresamente a la aplicación de dicho apartado; para otros sencillamente quiere decir que la concentración de litigios en el lugar de entrega de las mercancías no procede cuando las partes han fijado expresamente el lugar de cumplimiento de una de las obligaciones del contrato y ésta obligación es la que sirve de fundamento a la demanda. Por ejemplo, si hubiesen fijado el lugar de pago en un lugar distinto del de entrega de las mercancías y el vendedor reclama el pago en dicho lugar. Esta última interpretación es la que resulta más acorde con la génesis del precepto. En los contratos de distribución, no obstante, cuando se reclama por un incumplimiento del plazo de preaviso o se pide una compensación por clientela, su utilidad práctica resulta escasa.

21. Asumiendo que el peso relevante recae sobre la compraventa y que no hay “pacto en contrario”, es preciso identificar a continuación el **lugar de entrega de las mercancías**, ya que éste fija la competencia para conocer de cualquier litigio que derive del contrato. De conformidad con lo que dice el propio Artículo 5.1 (b) I, dicho lugar ha de determinarse “*según el contrato*”, incluyendo claro está, toda la documentación, como facturas o pedidos, que lo acompaña. Lo que esta expresión quiere decir es que debemos atender a las características particulares de cada contrato para fijar el “lugar de entrega de las mercancías”. Si se ha utilizado una cláusula típica, por ejemplo “*CIP (ciudad de destino) Incoterms 2000*”, debe analizarse con cierta precaución. La doctrina científica entiende que lo relevante a la hora de concretar el concepto de “lugar de entrega de las mercancías” es *el lugar donde las mercancías salen de la órbita de control y riesgo del vendedor y entran en la órbita de control y riesgo del comprador*¹¹. La cláusula CIP significa que el vendedor corre con los gastos de transporte y seguro hasta el lugar de destino. Pero, como cualquier otro de los llamados Incoterm de clase “C” (CIF, CIP,...), los riesgos asociados a las mercancías salen de la órbita del vendedor una vez que éste los entrega al primer transportista. En este punto acaban sus obligaciones y, por lo tanto, *en este punto*

⁹ Y, de todos modos, tampoco se le puede conceder mucha importancia a esa calificación pues en el considerando 17 afirma que los contratos de distribución son “contratos de servicios” sujetos a normas específicas, y sin embargo, en el articulado, establece la misma solución que para los demás contratos de servicios si consideramos, como parece lo lógico, que el distribuidor es quien presta el servicio (*vid.* Art. 4.1 (b) y (f)).

¹⁰ *Vid.*, P. Mankowski, *loc.cit.*, p. 138; Gaudemet-Tallon, *loc.cit.*, pp. 161-161; Virgós/Garcimartín, *loc.cit.*, p. 157.

¹¹ P. Mankowski, *loc.cit.*, pp. 137-139; *vid.* también J.C. Fernández Rozas/R. Arenas/P.A. de Miguel, *loc.cit.*, p. 309.

cumple con su deber de entrega. La Cámara de Comercio Internacional se pronuncia sin ambages cuando explica el verdadero significado de la cláusula CIP: *“The “C” terms require the seller to contract for carriage on usual terms at his own expense. Therefore, a point up to which he would have to pay transport costs must necessarily be indicated alter the respective “C”-terms. Under the CIF and CIP terms the seller also has to take out insurance and bear the insurance costs. Since the point for the division of costs is fixed at a point in the country of destination, the “C”-terms are frequently mistakenly believed to be arrival contracts, in which the seller would bear all risks and costs until the goods have actually arrived at the agreed point. However, it must be stressed that the “C”-terms are of the same nature as the “F”-terms in that the seller fulfils the contract in the country of shipment or dispatch. Thus, the contracts of sale under the “C”-terms, like the contracts under the “F”-terms, fall within the category of shipment contracts”* (vid., CCI, Incoterms 2000, pfo. 9.3, sin subrayado en el original). El lugar de entrega se situaría, por consiguiente, en el establecimiento del principal o vendedor que es donde éste pone las mercancías a disposición del primer transportista,. De hecho, así lo confirman los autores que han analizado este problema: *“Sellers under fob-contracts and under cif-contracts also profit as the place of performance, equalling the place of delivery of the goods to the buyer, is in the port of loading (which will in most instances be near and at least in the same state as one of the seller’s place of business)”*¹². Esta solución coincide, además, con lo que dispone el **Artículo 31 del Convenio de Viena**, de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías. Este texto fija el lugar de entrega en el lugar donde las mercaderías se ponen *“en poder del primer porteador para que las traslade al comprador”*.

Esto supone que, normalmente, el lugar de entrega de las mercancías va a coincidir con el lugar del residencia del principal y, por consiguiente, el Artículo 5 (1) no va a ofrecer al distribuidor ninguna alternativa al foro general del principal.

22. Por el contrario, si lo que predomina es el “servicio” que el distribuidor presta al principal, por ejemplo, su contribución al prestigio de la marca, la competencia viene atribuida por el lugar donde presta dicho servicio (art. 5 (1) (b) II). En este caso, normalmente, sí que el distribuidor va a gozar de un foro alternativo al del domicilio del demandado, ya que la distribución se llevará a cabo en el Estado donde tenga su establecimiento el distribuidor.

C) Artículo 5 (1) (a)

23. Finalmente, y para ser lo más exhaustivo posible, podríamos considerar que el contrato de distribución es un contrato complejo, con una “parte de compraventa” y con una “parte de prestación de servicios”. En tal caso, habría de ampararse bajo la **regla general del apartado (a) del Artículo 5 (1)**, la obligación relevante no es la obligación característica del contrato sino la obligación *“que sirve de base a la demanda”*.

24. A la hora de definir el concepto de *“obligación que sirve de base a la demanda”*, el Tribunal de Justicia ha hecho una doble distinción:

(a) Por un lado, el Tribunal ha distinguido entre las obligaciones *primarias*, que son aquellas obligaciones que derivan directamente del contrato, y las obligaciones *sustitutivas*, que son los remedios u obligaciones *ex lege* que provoca el incumplimiento de las primeras; por ejemplo, el pago de una compensación o de una indemnización de daños y perjuicios. Según este planteamiento, las obligaciones *sustitutivas* son consecuencias legales derivadas del incumplimiento de las

¹² P. Mankowski, *loc.cit.*, p. 137.

obligaciones *primarias* y por lo tanto son éstas las que deben ser relevantes a la hora de determinar la competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia, as. 14/76, pfo 14: “en los supuestos en que el demandante alega su derecho al pago de una indemnización de daños y perjuicios o invoca la resolución del contrato por causa imputable a la otra parte, la obligación a la que se refiere el número 1 del artículo 5 es la que emana del contrato y cuyo incumplimiento se invoca para justificar tales pretensiones”, también as. C-420/97, pfo. 31).

(b) Por otro lado, el Tribunal también ha señalado que si del contrato derivan distintas obligaciones para una parte que han de cumplirse en diferentes Estados miembro, la respuesta debe encontrarse a partir del peso específico de cada una. Si todas las obligaciones son *equivalentes*, algo que corresponde apreciar al juez nacional, rige el principio de separabilidad: cada una sólo se podrá reclamar ante los tribunales del lugar donde deba cumplirse o dicho de otro modo, cada juzgado sólo podrá conocer de la obligación que deba cumplirse dentro de su jurisdicción (Sentencia del Tribunal de Justicia, as. C-420/97, pfo. 40; as. C-256/00, pfo. 28 y 29). Sin embargo, cuando no se trata de obligaciones equivalentes, rige la regla de que *accessorium sequitur principale*: “será la obligación principal, entre varias obligaciones en cuestión, la que establezca su competencia” (Sentencia del Tribunal de Justicia, as. C-266/85, pfo. 19). El Tribunal ha añadido que así se asegura uno de los objetivos primordiales del reglamento: “...la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, la multiplicación de los órganos jurisdiccionales competentes en relación con un mismo contrato” (Sentencia del Tribunal de Justicia, as. C-266/85, pfo. 8; o as. C-256/00, pfo. 27, con más referencias).

25. Pues bien, si proyectamos los criterios anteriores sobre el litigio típico en los contratos de distribución internacional, se suele afirmar que las obligaciones que sirven de fundamento a la reclamación de una indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso o incluso a una compensación por clientela, son secundarias respecto de la obligación principal que asume el principal, a saber, la entrega de las mercancías. Incluso si hay un pacto de exclusividad entre las partes (y una consiguiente obligación de respeto de la clientela), dicho pacto no podría calificarse como *equivalente* a las obligaciones de entrega, sería meramente accesorio, secundario y dependiente por relación a la obligación principal.

26. Esta es conclusión alcanzada por la jurisprudencia de otros Estados miembros. En concreto, merece citarse la Sentencia de la Corte di Cassazione italiana, de 4 de mayo de 2006¹³. En este caso, la Corte italiana resolvió un litigio entre una empresa italiana (demandante) y una empresa francesa (demandado). La demandante era el distribuidor exclusivo para Italia de los productos del demandado (aspecto que no fue discutido). En su demanda reclamó, entre otras cosas, una indemnización por la resolución abusiva del contrato por parte de la compañía. Pues bien, la *Corte di Cassazione* consideró que los tribunales italianos carecían de competencia judicial conforme al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas (antecedente del Reglamento Bruselas I, y cuya literalidad coincide con la regla general establecida en el artículo 5.1 (a) del Reglamento). Su argumento se basa en la máxima *accessorium sequitur principale*, recogida por el Tribunal de Justicia en el as. C-266/85, al entender que las obligaciones cuyo incumplimiento invoca el demandante son accesorias respecto de la principal, *i.e.*, la entrega de las mercaderías (“...l’esclusiva è una clausola contrattuale per sua natura accessoria all’oggetto del contratto...”), y que esta obligación principal, conforme al Artículo 31 del Convenio de Viena, debía cumplirse en Francia.

¹³Riv. Dir. Intern. Priv. e Proc., 2007, p. 194

27. Para concluir ya, y a efectos puramente argumentativos, podríamos hacer una conjetura sobre las posibles consecuencias si se entendiese que la obligación u obligaciones que sirven de fundamento a la reclamación del habitual demandante (incumplimiento del plazo de preavisos e indemnización por clientela, principalmente) no son accesorias, secundarias y dependientes, sino que tiene una autonomía propia y además son “*equivalente*” es importancia -a los efectos de determinar competencia judicial- a la obligación de entrega de las mercancías. En tal caso, la competencia de tribunales distintos de los del Estado de domicilio del demandado dependería de que dichas obligaciones debieran cumplirse en un país distinto a aquél según la ley material que rige el contrato (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia, as 14/76, págs. 15-17). La ley material que rige el contrato viene determinada por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 (*infra* IV). Si fuese el Derecho español, la existencia de dichas obligaciones y su lugar de cumplimiento vendrían determinados por la ley española

28. En el Derecho español, el contrato de distribución exclusiva no está tipificado legalmente; no hay, por ello, una previsión legal expresa sobre la obligación de indemnizar en los casos de extinción unilateral. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque no es siempre consistente, ha colmado esta laguna tomando como referencia el régimen previsto para el contrato de agencia y, en esta medida, suele reconocer dos niveles de responsabilidad, en función de que el desistimiento por parte del concedente sea abusivo o no.

(a) Por un lado, el Tribunal Supremo reconoce *el derecho del concedente a desistir unilateralmente del contrato (salvo que lo haga de forma “sorpresiva, injustificada y abusiva”), pero imponiéndole una eventual obligación de pagar una compensación por clientela bajo la condición de que el demandante pruebe que hay un aprovechamiento por parte del concedente de la clientela aportada por el concesionario.* A este respecto, resulta muy elocuente y exhaustiva la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008: *“De todo lo anterior se desprende que, en los casos de extinción de un contrato de concesión o distribución, la compensación por clientela y la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia no pueden obedecer a criterios miméticos o de automatismo. Lejos de ello, como la jurisprudencia viene reiterando sin fisuras, el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente”.*

(b) Por otro lado, en el caso de que el desistimiento fuese abusivo, además de esa compensación por clientela, deberían indemnizarse los posibles daños y perjuicios causados. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es bastante reacio a calificar el desistimiento unilateral como abusivo cuando el contrato es de duración indeterminada. Así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008: *“Se desentiende la recurrente de este modo del hecho de que el tribunal de instancia consideró que, siendo indiscutida la duración indefinida -en rigor, no pactada- del contrato, y siendo también pacífica la procedencia, dada esa indeterminación temporal de su vigencia, del desistimiento unilateral del vínculo contractual, éste no producía consecuencias indemnizatorias, lo que se ajusta plenamente a la doctrina jurisprudencial, que declara que no siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua, como es el de distribución, debe compensarse al distribuidor, siendo la denuncia unilateral un medio adecuado para acabar unas relaciones en las que esa confianza ha desaparecido, quedando limitado, pues, el derecho a indemnización a la resolución sorpresiva, injustificada y abusiva de este tipo de contratos (vide, entre otras, Sentencias de 10 de julio de 2006 y 22 de marzo de 2007), lo que en el caso examinado no se ha producido”*

29. Asumiendo la existencia de una posible obligación de compensar por clientela bajo la ley española y, en su caso, de indemnizar los daños y perjuicios si el desistimiento se califica como abusivo, el problema que a continuación se nos presenta es *la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación cuya vulneración daría lugar al pago de dicha compensación* ya que éste sería el criterio relevante a la hora de aplicar el Artículo 5.1 (a). En efecto, como ha establecido el Tribunal del Justicia, lo relevante no es el lugar de pago de una indemnización o compensación, sino el lugar de cumplimiento de la obligación cuya violación daría lugar a dichas compensaciones pecuniarias (*vid.*, Sentencia del Tribunal de Justicia, as. 14/76; así lo ha confirmado también la jurisprudencia menor española, *vid.* Sentencia de AP de Zaragoza, de 15 de diciembre de 2006).

30. La aplicación de estos criterios a un contrato de distribución exige hacer la siguiente distinción. (a) El lugar de cumplimiento del plazo tempestivo de preaviso sería donde practicarse la comunicación correspondiente, normalmente en el domicilio del distribuidor. (b) En cambio, la compensación por clientela se fundamenta en el posible “aprovechamiento indebido por parte del concedente de la clientela captada por el concesionario”. La localización de dicha obligación debe atender al lugar donde se localiza la clientela susceptible de aprovechamiento, i.e. a los mercados donde se lleva a cabo la distribución. Por esta vía, se que se podría igualmente llegar a abrir un foro alternativo al foro general.

4. LOPJ

31. Frente a domiciliados en terceros Estados, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles viene determinada por la LOPJ. Este texto prevé la autonomía de la voluntad como criterio de atribución –y derogación- de la competencia (Art. 22.2)¹⁴. Y, en su defecto, establece también un régimen alternativo: serán competentes los tribunales españoles cuando el domicilio del demandado esté en España (Art. 22.2) o cuando las obligaciones contractuales “*hayan nacido o deban cumplirse en España*” (Art. 22.3). En este caso, sólo el foro especial por razón de la materia puede ser útil (el foro general del domicilio del demandado queda desplazado por el Reglamento Bruselas I), y conforme a él, hay dos criterios suficientes para atribuir competencia: que el contrato de distribución se haya celebrado en España o que las obligaciones que de él derivan deban cumplirse en España¹⁵.

IV Ley aplicable

32. El segundo problema de internacionalidad que plantean los contratos de distribución es el relativo a la determinación de la ley aplicable al contrato. Hasta ahora, la respuesta a esta cuestión venía determinada por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. Desde el 17 de diciembre de 2009, éste instrumento será sustituido por el Reglamento Roma I (Reglamento 593/2008).

33. La regla de base del Reglamento es la autonomía de la voluntad: los contratos quedan sujetos a la ley estatal elegida por las partes, sin necesidad de vínculo objetivo alguno entre dicha ley y las circunstancias del contrato. Este principio está expresado en el artículo 3 (1). La redacción del precepto se mantiene prácticamente igual que en el Convenio (simplemente se ajustan las versiones lingüísticas); incluida la posibilidad de *depeçage*, i.e. de elegir una ley distinta para una “parte” del contrato (artículo 3 (1) III) y la posibilidad de cambiar de ley aplicable durante la vida del contrato (artículo 3 (2)). Tampoco se ha modificado la redacción

¹⁴ Virgos/Garcimartín, *loc.cit.*, pp. 301-304.

¹⁵ Para un desarrollo de estos criterios, *vid.* Virgos/Garcimartín, *loc.cit.*, pp. 158-159.

del apartado relativo a los contratos domésticos (Art. 3 (3)): cuando todos los elementos del contrato se localicen en un único Estado, la elección por la partes de una ley distinta no podrá afectar a las disposiciones imperativas internas del ordenamiento de dicho país. El nuevo texto, en cambio, se aparta del Convenio al extender la misma regla de salvaguardia de las normas imperativas a los supuestos puramente “intracomunitarios”, *i.e.* cuando todos los elementos de la situación se encuentren localizados en uno o más Estado miembros (art. 3 (4)). Esta norma, por el momento, tiene una trascendencia práctica muy escasa en el ámbito de los contratos de distribución.

34. En consecuencia, las cláusulas sobre ley aplicable que se incluyan en un contrato de distribución son perfectamente válidas y eficaces. Las partes podrán escoger cualquier ley, por ejemplo, la ley del principal, la ley del distribuidor o la ley de un tercer país. Los modelos de contrato-tipo diseñados por ciertos organismos o instituciones internacionales suelen incluir este tipo de cláusulas.

35. El artículo 4 del Reglamento determina la ley aplicable en defecto de elección (o cuando ésta no es válida).

Para entender la estructura de este precepto puede ser útil volver la Convenio de Roma. La estructura del artículo 4 en el Convenio era ciertamente compleja. En primer lugar, establecía el principio normativo que inspiraba el precepto, *i.e.* la aplicación de la ley del país con el cual el contrato presentase los vínculos más estrechos. A continuación establecía una serie de presunciones concretando ese principio. Estas presunciones atendían, fundamentalmente, a la residencia habitual de aquella parte en el contrato que tuviese a su cargo la “prestación característica”, con dos reglas especiales para los contratos sobre inmuebles y transportes. Y, por último, añadía una cláusula de escape, basada de nuevo en los vínculos más estrechos. En la práctica, este precepto planteó dos problemas. Uno relativo a esa estructura: “principio general + presunciones + cláusula de escape”; en concreto, en la literatura jurídica y en la jurisprudencia de los Estados Miembros había diferentes interpretaciones sobre si las presunciones operaban como auténticas presunciones *iuris tantum* en sentido fuerte o como meros “índices de concreción del principio”. El segundo relativo al concepto de “prestación característica”. En determinados tipos contractuales, y el ejemplo más típico lo ofrecían los contratos de franquicia o de distribución, los tribunales habían seguido diferentes soluciones a la hora de identificar cuál era la prestación característica del contrato. La nueva redacción de esta disposición intenta superar estos dos inconvenientes. Por un lado, reduce ese triple escalón a una estructura más sencilla y racional: “norma de conflicto + cláusula de escape”. Y, por otro lado, desgrana un elenco de tipos contractuales concretando en cada uno el “centro de gravedad” del contrato.

El Artículo 4 establece una regla especial para los contratos de distribución: Los contratos de distribución se regirán por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual (Art. 4 (1) (f)). Esto implica que, salvo que las partes hayan negociado otra solución, la ley que rige por defecto es la ley del país del distribuidor; ni la ley del principal, ni la ley del país o países donde se distribuyen los productos son relevantes (aunque, normalmente, esta última coincidirá con aquélla).

36. El concepto de residencia habitual se encuentra definido en el artículo 19 del Reglamento, el cual distingue entre personas jurídicas y personas físicas.

(a) En el caso de las personas jurídicas, la residencia habitual se debe entender como equivalente a la administración central (*i.e.*, el lugar desde donde se administra habitualmente la sociedad), la cual no se corresponde necesariamente ni con el establecimiento principal, ni con el domicilio estatutario. No obstante, cuando la persona jurídica tiene varios establecimientos, y el contrato se ha celebrado en el marco de las actividades de un establecimiento en particular, o la prestación deba ser realizada por un establecimiento en particular, éste debe considerarse como residencia habitual a los efectos del Reglamento.

(b) El Reglamento no contiene reglas sobre la residencia habitual de las personas físicas, salvo cuando se trata de profesionales. En este caso, el Reglamento distingue si el contrato se ha celebrado en el marco de la actividad empresarial o profesional de la persona física o en el marco de su actividad personal. Sólo para el primer supuesto el Reglamento afirma que la residencia habitual de dicha persona debe concretarse donde tenga su “establecimiento principal”.

En ambos casos, el momento relevante para determinar la residencia habitual de una persona es el de celebración de contrato (artículo 19.3). Así se evita que por traslados del domicilio, una de las partes pueda modificar unilateralmente la ley que rige el contrato.

37. No obstante, el juego de esta regla se acompaña con el recurso al principio de los vínculos más estrechos como “cláusula de escape”: no se aplicará la ley del país de residencia habitual del distribuidor cuando el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro ordenamiento jurídico. La redacción de esta cláusula de escape está tomada del Reglamento Roma II (Reglamento 864/2007). Su tenor se aparta del texto del Convenio con el fin de señalar al interprete que el juego de esta cláusula debe de ser excepcional: sólo cuando resulte “*claramente*” que el contrato presenta vínculos “*manifiestamente más estrechos*” con la ley de otro país ha de aplicarse ésta, dice el precepto.

Pese a que la estructura sea semejante a la de una presunción *iuris tantum*, el Reglamento no prejuzga la cuestión sobre la carga de la prueba, lo más razonable es entender que la destrucción de dicha presunción corresponde a la parte interesada: el juez aplicará la ley designada conforme a las reglas contenidas en el artículo 4.1, i.e. la ley del país de residencia habitual del distribuidor, salvo que la parte interesada le convenza de que el supuesto presenta los vínculos más estrechos con otro ordenamiento.

38. Un último punto es importante. Las reglas contractuales de naturaleza imperativa adoptada por algunos Estados en el ámbito de los contratos de distribución no prevalecen sobre la ley designada conforme a las reglas anteriores. Es cierto que el artículo 9 del Reglamento contiene una salvaguarda para las “leyes de policía”. Sea cual sea la ley que ha de regir el contrato según las normas de conflicto generales, su aplicación no podrá frustrar el juego de las normas de policía de la *fori* (artículo 9 (2)); ni tampoco de las normas de policía de terceros Estados bajo ciertas condiciones (artículo 9 (3)). Pero el propio Reglamento incorpora una definición de lo que se entiende por normas de policía tomada de la jurisprudencia del TJCE (C-369/96 y C-374/96). Sólo pueden calificarse como normas de policía aquellas disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como la organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito sea cual sea la *lex contractus*. El dato no es baladí, pues conlleva la necesidad de practicar una interpretación restrictiva del artículo 9. Bajo este precepto no se puede invocar cualquier norma imperativa, sino únicamente normas “*ordo-políticas*” (*Eingrifssnormen*), cuyo objeto es la tutela de intereses públicos o supra-individuales. Esto incluye las normas sobre ordenación del mercado (Derecho de la competencia), por ejemplo, pero excluye aquellas normas destinadas a la tutela individual de una parte del contrato por su condición de asimetría frente a la otra. El artículo 9 no es, por consiguiente, la sede adecuada para proteger la posición contractual de los consumidores, agentes, distribuidores etc. Y la Directiva sobre agentes comerciales independientes (Directiva 86/653) no puede utilizarse como amparo, mediante el criterio analógico, en el ámbito de los contratos de distribución.