

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN DEFECTO DE PACTO EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EUROPEOS: EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN COMO CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL REGLAMENTO 44

MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT

Abogada

Recibido: 13.01.2013 / Aceptado: 21.01.2013

Resumen: Con frecuencia, los operadores europeos ponen en marcha relaciones de distribución comercial sin formalización previa por escrito en un contrato propiamente dicho. Lo anterior implica, que, en caso de conflicto surgido de dicha relación, será necesario aplicar las normas del Reglamento 44 previstas para el defecto de pacto de sumisión, pudiendo el demandante optar entre el foro general del domicilio del demandado y el foro especial en materia contractual del 5.1. Este artículo prevé distintos foros en función del tipo de contrato ante el que nos encontremos, no existiendo consenso a cerca de la calificación del contrato de distribución a efectos del mismo. En este artículo, tras analizar distintos criterios, se defiende su consideración como un contrato de prestación de servicios a efectos del citado artículo 5.1, lo que implica que el foro se desplegará en el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios de distribución.

Palabras clave: materia contractual, contratos de distribución, competencia judicial internacional en defecto de pacto de sumisión, Reglamento 44/2001, Reglamento de Bruselas I, lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, prestación de servicios.

Abstract: European operators use to launch distributorship agreements without prior written execution of a contract itself. This implies that, in case of conflict arising from this relation, it is necessary to apply the rules of Brussels I Regulation provided for the absence of a choice by the parties. As a result, the plaintiff shall choose between the general forum of the defendant's domicile and the special forum regarding to contracts, set out in article 5.1. The aforementioned article establishes a regime of different forums, depending on the kind of contract. In this paper, after analyzing the different possibilities, we support the consideration of the distributorship agreement as a contract for the provision of services within the meaning of article 5.1. As a consequence, the plaintiff shall be able to sue the other party of a distributorship agreement in the Courts of the place where, under the contract, the services were provided or should have been provided.

Key words: matters relating to contract, distributorship agreement, jurisdiction in the absence of a choice, Regulation 44/2001, Brussels I Regulation, place of performance of the obligation, provision of services.

Sumario: I. Introducción. 1. El pacto de sumisión expresa como foro "natural" de los contratos internacionales. 2. Supuestos de falta de pacto de sumisión expresa en los contratos de distribución internacional. II. Foros aplicables al contrato de distribución internacional en defecto de pacto en el ámbito europeo. 1. El foro general del domicilio del demandado. 2. El foro especial en materia contractual del 5.1 del R. 44/2001. III. Calificación de los contratos de distribución a efectos del art. 5.1 del R. 44/2001. 1. Criterios de calificación. A) Criterio de la obligación principal. B) Criterio de la finalidad económica. 2. La prestación de servicios como finalidad económica del contrato de distribución. 3. Evaluación de la calificación efectuada en clave de eficiencia. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El pacto de sumisión expresa como foro «natural» de los contratos internacionales

1. La sumisión expresa es el foro de aplicación «natural» a los contratos internacionales: las partes no suelen dejar sin determinar el órgano que dirimirá las controversias que puedan surgir del contrato, ya que son ellas quienes más información tienen sobre su relación contractual, y por consiguiente quienes están en mejores condiciones para designar a los tribunales más adecuados para conocer de dichas controversias. Esta designación les evita, o al menos les reduce notablemente, las incertidumbres sobre el tribunal competente, y además les sirve para prevenir conductas estratégicas posteriores (*forum shopping*). Así, fijar *ex ante* la competencia judicial internacional evita que, una vez surgida una controversia, las partes elijan litigar ante los tribunales donde les resulte más conveniente situar el pleito, pudiendo hacer que la balanza se incline hacia su lado únicamente haciendo un estudio previo sobre qué ley va a aplicar el Tribunal ante el que planteen la demanda.

Es además común la utilización de estas cláusulas como mercancía en la negociación de los contratos, de forma que las partes hagan concesiones en esta materia (por ejemplo, que sea una de ellas la única que asuma el riesgo de internacionalidad jurisdiccional) a cambio de otras prestaciones. En otras ocasiones, las partes preferirán que el litigio sea resuelto por un foro neutral a ambas, o bien por un foro experto en ese tipo de relaciones contractuales o litigios (por ejemplo, la jurisdicción británica en el sector financiero)¹. Las decisiones a este respecto dependerán de cada negociación en concreto.

2. Esta prevalencia de los pactos de sumisión expresa a los tribunales es aún mayor en el ámbito de la Unión Europea, en que los operadores tienen mayor confianza en los tribunales de otros Estados miembros, principalmente debido a que dichos operadores son conscientes de que los tribunales europeos han de cumplir con un estándar mínimo de independencia e imparcialidad². A ello se suma el fuerte aliciente a la elección del foro que supone el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial y reconocimiento de resoluciones en materia civil y mercantil (en adelante, «Reglamento 44» o «R. 44/2001»), regulador de la competencia judicial internacional en los casos «conectados» con la Unión. Un ejemplo de ello sería que dicho Reglamento permite tanto la sumisión expresa de las partes a los tribunales de un Estado (caso en que únicamente se determinaría por el mismo la competencia judicial internacional) como la sumisión a los tribunales de un territorio dentro de dicho Estado (caso en quedaría también determinada la competencia territorial)³.

3. Los contratos de distribución no constituyen una excepción en este aspecto. Así, cuando nos encontramos ante un contrato de distribución internacional (*International Distributorship Agreement*) formalizado por escrito, es poco probable que éste no contenga una cláusula atributiva de competencia (*Jurisdiction Clause*). La inclusión de este tipo de cláusulas en un contrato de distribución internacional se hace de manera casi automática, y, de hecho, las cláusulas de «jurisdicción» se encuentran con frecuencia en los modelos ofrecidos por los organismos internacionales⁴, a los que los actores comerciales recurren con frecuencia puesto que les reportan ahorro de tiempo y dinero, a lo que se añade la confianza y seguridad que ofrece la repetida práctica de los mismos en el comercio internacional⁵.

¹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 158.

² La Unión Europea tiene establecidos mecanismos de control de la independencia judicial y de la corrupción, previendo sanciones tan trascendentes como la retirada del voto en el Consejo Europeo a los países incumplidores. El último de los países en ser reprendido a este respecto ha sido Rumanía, en julio de 2012 (vid. http://www.elmundo.es/elmundo/2012/07/18/union_europea/1342626871.html).

³ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé* (Tome II), Partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 259.

⁴ Véase, por ejemplo, el modelo ofrecido por la Cámara Internacional de Comercio, en <http://www.iccwbo.org/>.

⁵ A. DURÁN AYAGO, «Contratos de distribución internacional» en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, p. 333-361.

2. Supuestos de falta de pacto de sumisión expresa en los contratos de distribución internacional

4. ¿Qué papel tienen entonces las normas para la falta de pacto de las partes del Reglamento 44, cuando estamos ante un contrato internacional, y en especial ante uno de distribución? Por lo expuesto, podríamos pensar que su aplicación quedaría relegada a una mera anécdota. Pero no es así. Estas normas difícilmente se aplicarán a los contratos de distribución formalizados expresamente por escrito, pero no podemos olvidar que no todas las relaciones de distribución se plasman de tal forma.

5. Una cantidad bastante significativa de los contratos de distribución se perfecciona verbalmente entre los empresarios, por el simple concurso entre oferta y aceptación en ferias, muestras o exhibiciones, reuniones, conversaciones telefónicas, o incluso por escrito, mediante el intercambio de emails, sin que se llegue a la suscripción de un documento *ad hoc*. En todos estos casos, la cadena de distribución se pone en marcha sin que se haya previsto por las partes mucho más que la forma de entrega de las mercancías, el margen del distribuidor y otras cuestiones que determinarán el grado de integración del distribuidor en la red del empresario principal (autorización para el uso de derechos de propiedad intelectual, mecanismos de control o notificación de ventas...).

6. La falta de formalización por escrito de los contratos de distribución es mucho más prolifera que la de otros contratos internacionales. Esto se debe a que los acuerdos de distribución son instrumentos con los que los empresarios se encuentran muy familiarizados, ya que constituyen la manera más fácil que tienen éstos de internacionalizar una red comercial: a través de un contrato de distribución, el empresario asume un coste y un riesgo mucho menor que el que conllevaría su establecimiento en un nuevo mercado por sus propios medios, en un contexto económica y jurídicamente desconocido para él. Este fenómeno se acrecienta aún más en el ámbito europeo, gracias a la creación del mercado único y la inexistencia de «fronteras» (*cross-border implications*) como consecuencia del reconocimiento de la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales del Tratado de la Unión Europea, que aumentó la confianza de los operadores y por lo tanto las relaciones comerciales entre ellos.

7. En estos casos, para determinar qué tribunales serán competentes para conocer de las controversias que surjan de un contrato de distribución, habrán de aplicarse las normas que regulan dicha cuestión en ausencia de pacto. El objeto de este artículo es el estudio de dichas norma cuando el instrumento aplicable es el Reglamento 44.

II. Foros aplicables al contrato de distribución internacional en defecto de pacto en el ámbito europeo

8. Tal y como indicábamos en el epígrafe anterior, la competencia judicial internacional para conocer de las controversias derivadas de los contratos internacionales conectados con la Unión Europea se rige, en Derecho Internacional Privado de los países europeos, por el Reglamento 44⁶.

En materia de un contrato como el de distribución, en que no concurren foros de competencia exclusiva, y partiendo de la hipótesis de que no exista pacto de sumisión expresa, o que el mismo no tenga alcance exclusivo, los tribunales de un Estado miembro aplicarán el Reglamento 44 para declararse competentes o incompetentes únicamente cuando el demandado tenga su domicilio⁷ en un Estado miembro de la Unión⁸.

⁶ Éste se aplica a todos los Estados miembros de la UE, incluido Dinamarca, en virtud de acuerdo bilateral de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca. De esta forma, ya no se aplicará lo dispuesto los Considerandos 21 y 22 del citado Reglamento en relación a este país.

⁷ En cuanto a la forma en que se determina dicho domicilio, habrá de estarse, si el demandado se trata de una persona física, al art. 59 del mismo Reglamento, y si se trata de una persona jurídica, a su artículo 60.

⁸ También podrán declararse competentes basándose en este Reglamento en el caso en que una de las partes del contrato demande a la otra en un Estado Miembro, y la otra parte conteste a la demanda sin alegar ninguna excepción a dicha competen-

9. Así, en los casos en que el futuro demandado tenga su domicilio en la Unión Europea, el demandante sólo podrá plantear su demanda ante los tribunales de un Estado miembro si así se lo permite el Reglamento 44. Desde el punto de vista de la práctica comercial internacional, esto implica que, la parte con intención de demandar habrá de llevar a cabo un juicio previo sobre qué tribunales podrían declararse competentes en virtud de alguno de los foros que reconoce el citado Reglamento a falta de pacto de sumisión expresa.

Estos foros que permitirán a los tribunales de dicho Estado declararse competentes para conocer del caso son (i) el foro general del domicilio del demandado, por el cual los tribunales españoles serán competentes cuando el demandado tuviere su domicilio en España (art. 2 R. 44/2001) y (ii) el foro especial del art. 5.1 de dicho Reglamento.

10. Esta duplicidad de foros permite a las partes optar por el Tribunal que le sea más conveniente, que normalmente será el que se encuentre en el lugar más próximo al de los hechos litigiosos. Este Tribunal será, en la mayoría de los casos, el resultante del foro especial, ya que, tal y como nos dicen D. BUREAU / H. MUIR WATT⁹, «*está fundado sobre la idea de una buena administración de Justicia, en el sentido de que el conocimiento por un tribunal más próximo al lugar de los hechos litigiosos facilita notablemente las medidas de instrucción y de búsqueda de pruebas*». En este mismo sentido, el TJCE se ha pronunciado en varias ocasiones¹⁰.

La elección de uno u otro foro por parte del actor se puede fundamentar en muy diversas razones. Dentro de las que el demandante puede entrar a valorar para decidir dónde accionar, existen tanto razones procesales (vinculación fáctica con el objeto del proceso: lugar en que han de practicarse las pruebas, o donde podrá ejecutarse posteriormente la sentencia) como sustantivas (voluntad de sujetar al deudor a los órganos jurisdiccionales del lugar donde debe cumplir su obligación)¹¹.

1. El foro general del domicilio del demandado

11. En virtud de este foro, los tribunales de un Estado miembro serán competentes para conocer de un litigio surgido de un contrato de distribución cuando el demandado tuviere su domicilio en dicho Estado miembro. Como ya sabemos, el domicilio es un concepto autónomo del Reglamento 44, que ha de determinarse conforme a las normas contenidas en el mismo. Así, cuando el demandado sea una persona jurídica (el supuesto más común en relaciones de distribución internacional), su art. 60 permite considerar como tal cualquiera de las tres localizaciones siguientes: (i) el domicilio estatutario; (ii) la administración central o (iii) el centro de actividad principal.

12. Pocas o ninguna especialidad reviste este foro cuando se aplica a los contratos de distribución. Aun así, es relevante señalar dos cuestiones:

La primera, que el mismo presenta una ventaja sustancial frente al foro especial en materia contractual, y es que éste se extiende tanto la materia contractual como extracontractual. De este modo, el foro del domicilio del demandado atribuye competencia también en caso en que el objeto de la reclamación no sea considerado como directamente derivado del contrato (reclamaciones interpuestas por terceros perjudicados por el contrato, así como casos de boicot o violación de las reglas sobre competencia

cia, por el foro de sumisión tácita previsto en el artículo 24 R. 44/2001. No entramos a analizar esta cuestión en este artículo, ya que el mismo se enfoca desde el punto de vista de las posibilidades de éxito que, a priori, puede tener plantear una demanda ante un Tribunal determinado, sin que ello dependa de la conducta que ante ello pueda adoptar el demandado.

⁹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit International Privé* (Tome II), Partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 283.

¹⁰ Véase, por ejemplo, la STJCE 11 enero 1990, en que indica que los foros de competencia especial «*están fundados sobre la existencia de un nexo particularmente estrecho entre el litigio y otras jurisdicciones distintas a las del domicilio del demandado, que justifican la atribución de competencia a las mismas por razones de buena administración de Justicia y de organización útil del proceso*».

¹¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Editorial Thomson Reuters (Legal) Ltd, 2009, p.479.

desleal, reclamaciones derivadas de relaciones precontractuales¹²...), lo que da seguridad al demandante de la admisión a trámite de su demanda.

La segunda, la poca conveniencia de la elección del mismo en los casos en que el demandado no tenga patrimonio en el país del foro elegido, caso en que este foro se convierte en ineficiente para el demandante, generando un «*privilège de jurisdiction*» para el demandado, y un alto coste de litigación para el demandante¹³.

2. El foro especial en materia contractual del 5.1 del R. 44/2001

13. El art. 5.1 del R. 44/2001 abre un foro contractual especial, alternativo al foro del domicilio del demandado, en el lugar de cumplimiento de la obligación contractual. Este foro alternativo al foro general del domicilio del demandado es un foro especial por razón de la materia, puesto que está previsto para «*materia contractual*», y su tenor literal es el 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)».

14. Como puede apreciarse de su redacción, el artículo recoge distintas opciones, en función de la calificación que se otorgue a cada contrato internacional, que podrá ser considerado una prestación de servicios, una compraventa de mercaderías, o una especie distinta de las anteriores. Las consecuencias de la imbricación de un contrato en uno u otro apartado del artículo son considerables, ya que el artículo 5.1 contiene dos reglas muy distintas:

a. Regla general. Conforme al artículo 5.1.a, la obligación relevante sería la que sirve de base a la demanda, manteniéndose la redacción del Convenio de Bruselas, precedente del Reglamento 44. Esta solución responde a un «principio de separabilidad»¹⁴, que implica que, si un contrato comporta obligaciones que tienen previstos lugares de cumplimiento distintos, habrá que atender únicamente al lugar de cumplimiento de la obligación que invoca el demandante como fundamento de su acción. En consecuencia, la competencia del juez únicamente alcanzaría a conocer en relación a esa obligación (o a la de otras con el mismo lugar de cumplimiento).

b. Regla especial. Conforme al 5.1.b no es relevante la obligación que sirve de base a la demanda, sino que el propio Reglamento determina, salvo pacto en contrario, cómo se ha de fijar el tribunal

¹² La exclusión de este tipo de reclamaciones basadas en tratos preliminares ha presentado ciertas dificultades a nivel europeo, dada la diferencia de tratamiento de la misma en los Estados miembros (considerándose, por ejemplo, materia extracontractual o delictual en Francia y materia contractual en Alemania), decantándose finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión por considerarlas como materia extracontractual en el asunto *Tacconi* (STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA vs. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*). En opinión de ciertos autores, esta desvinculación de la regulación contractual es cuanto menos incoherente, si tenemos en cuenta que la ruptura abusiva de las negociaciones puede llevar en algunos ordenamientos a la obligación de suscribir el contrato (P. RÉMY-CORLAY, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du Droit européen des contrats*, Dalloz, Themes et Commentaires, 2003, p. 53). Sin embargo, y dada la armonía que ha de existir entre los instrumentos europeos que rigen la competencia judicial internacional y la Ley aplicable, entiendo que este posicionamiento del Alto Tribunal es adecuado, o, al menos, conforme con este principio de armonía, puesto que el Reglamento 593/2008 de 17 de junio, regulador de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales («R. Roma I»), excluye formalmente de su ámbito de aplicación «*las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato*» (art. 1.2.i).

¹³ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2012, p.229.

¹⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable», en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, p. 230.

competente en todas las reclamaciones que se deriven de los tipos de contratos que contiene. Esta opción responde por tanto a un «principio de concentración»: en los casos en que se aplique esta letra b, todo el contencioso contractual se concentrará ante los tribunales de un solo Estado miembro; el precepto «*persigue el objetivo de atribuir competencia a un solo tribunal para conocer de todos los litigios que surjan de un mismo contrato*» (cfr. H. GAUDEMET-TALLON)¹⁵.

Esta regla especial se convierte por la letra c) del precepto analizado en la primera opción que habrá de aplicarse, quedando la regla general como regla subsidiaria para el caso en que el contrato no encaje en ninguno de los apartados de la regla especial. De este modo, si un contrato no es encuadrable en la regla especial, es decir, si no puede considerarse como una prestación de servicios o como una compraventa de mercaderías, habrá que estar a lo dispuesto en la regla general.

Tal y como nos indica, entre otros autores, H. GAUDEMET-TALLON¹⁶, el establecimiento de esta regla especial es la solución adoptada por el Reglamento 44 a los problemas planteados por la configuración anterior de este foro en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, antecedente al citado Reglamento, y a su interpretación por el entonces TJCE en el caso *De Bloos*¹⁷. La simplificación operada por esta modificación es considerable y bienvenida¹⁸, de forma que, en los casos encuadrables en esta regla especial, ya no será necesario aislar la obligación litigiosa, pero la misma suscita un nuevo tipo de dificultades: las dificultades de calificación.

III. Calificación de los contratos de distribución a efectos del art. 5.1 del R. 44/2001

15. Para determinar cuáles serán los tribunales competentes para conocer de una reclamación basada en un contrato de distribución, cuando las partes no han pactado nada al respecto en dicho contrato, es necesario efectuar una calificación de los contratos de distribución a efectos de situarlos en uno u otro apartado del 5.1.

16. Las distintas posibilidades pasan por considerar el contrato de distribución (i) como un contrato de compraventa de mercaderías servicios (caso en que los tribunales se determinarían conforme al 5.1.b.inciso primero); (ii) como un contrato de prestación de servicios (caso en que los tribunales se determinarían conforme al 5.1.b.inciso segundo) o (iii) como ninguno de los anteriores (caso en que los tribunales se determinarían conforme al 5.1.a).

Los criterios de clasificación que han sido utilizados por la doctrina a la hora de determinar cómo clasificar un contrato a efectos del 5.1 han sido principalmente dos: el de la obligación principal y el de la finalidad económica, los cuales expondremos a continuación.

1. Criterios de calificación

A) Criterio de la obligación principal

17. Los autores que siguen este criterio toman como punto de partida que la clasificación de un contrato como de prestación de servicios o de compraventa a efectos del art. 5.1 del R. 44/2001 ha de efectuarse en función de cuál sea su «centro de gravedad», «obligación principal» o «elemento dominante»¹⁹. Entre estos autores, P. MANKOWSKI, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y J.J. FORNER DELAYGUA²⁰.

¹⁵ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, p.453.

¹⁶ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 2002, p. 147.

¹⁷ STJCE 6 octubre 1976, as. 14/76, *De Bloos vs. Bouyer*, *Recueil*, 1976, pp.1497-1520.

¹⁸ A. HUET, «Règlement Bruxelles I (matières civile et commerciale)», *Répertoire de Droit International*, Dalloz, junio 2010, nm. 146.

¹⁹ P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 132.

²⁰ P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 132.

18. La consecuencia principal de este criterio es que los contratos de distribución se considerarán compraventa de mercaderías o prestación de servicios según el caso concreto²¹, ya que ese elemento principal puede variar en función del peso que le den las partes en un contrato concreto. Así, estos autores se basan en la consideración del contrato de distribución como un contrato mixto en que confluyen elementos propios de la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios, cuyo peso puede variar de un caso a otro. Esta es la teoría seguida por la jurisprudencia francesa²².

19. La aplicación de esta teoría al contrato de distribución se traduce, según P. MANKOWSKI, en tener que inclinar la balanza a favor de considerarlo una prestación de servicios, una compraventa mercantil o ninguna de ambas, caso por caso, en función del «grado y cantidad» de actividades que el contrato atribuye al distribuidor²³.

20. Pero los contratos de distribución, al menos cuando nos referimos a este término en sentido estricto²⁴, al que nos vamos a circunscribir para el presente análisis, son contratos muy complejos, en que el número de prestaciones que se intercambian las partes es muy elevado, y el peso de dichas prestaciones es muy similar.

21. De forma resumida, y siguiendo a R. ALONSO SOTO²⁵ y a F. VICENT CHULIÁ²⁶, las prestaciones que generalmente suelen estar presentes en un contrato de distribución, tanto a nivel interno como internacional son las siguientes:

El proveedor se compromete básicamente a otorgar al distribuidor un derecho de comercialización de sus bienes o servicios, lo que conlleva la obligación de suministrarle los mismos, así como la facultad de organizar ciertos aspectos accesorios de la venta final de dichos bienes o servicios, como pueden ser la estrategia de venta, la publicidad, el precio, las ofertas y la garantía o el servicio postventa. El proveedor también puede otorgar al distribuidor un derecho de uso sobre ciertos derechos de propiedad intelectual de los que sea titular, como sus logos, marcas o rótulos.

El distribuidor, por su parte, se compromete a adquirir y a revender esos bienes (en ocasiones, con un pacto de compra o reventa mínima). Ello implicará un compromiso de promoción de los productos y de la «marca» del proveedor. El distribuidor también se obliga a acatar las instrucciones del proveedor en los aspectos antes mencionados. De forma adicional, puede comprometerse a prestar asistencia a los adquirentes de los productos. Además de comprometerse a todo lo anterior, el distribuidor pagará una retribución al empresario principal, que vendrá normalmente determinada en función de las unidades de producto que éste le suministre²⁷. En ese precio se entiende incluida todas las prestaciones del empresario principal. El distribuidor obtendrá su beneficio en la diferencia de precio entre esas unidades y el precio a que las revenda.

hers, 2007, p. 133 y ss; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ en «Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable», en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, p. 229 y ss y en *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 90 y ss; y FORNER DELAYGUA en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 311-319.

²¹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 91.

²² Sent. Cass. Francia 5 marzo 2008, Sent. Cour Cass. Francia 23 de enero 2007, 27 marzo 2007, 14 noviembre 2007, entre otras, reacias a la consideración del contrato de distribución como un contrato de prestación de servicios.

²³ P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 133.

²⁴ En el lenguaje coloquial, la expresión distribución comercial es utilizada para designar la fase que se sitúa entre la fabricación de un producto y su puesta a disposición de los consumidores finales. Ésta puede llevarse a cabo a través de diversas figuras jurídicas. En este trabajo nos circunscribiremos únicamente a los contratos de distribución en sentido estricto, que reúnen unas características muy singulares y reciben un tratamiento homogéneo desde el punto de vista internacional privatista.

²⁵ R. ALONSO SOTO, «Contratos de colaboración empresarial» en A. MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 629.

²⁶ F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 16ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 683.

²⁷ En caso de distribución de servicios (piénsese en casos de seguros, o asistencia legal), la retribución se suele calcular conforme a otros criterios, como puede ser el volumen de facturación.

Además, el distribuidor se compromete a quedar dentro del ámbito de control del fabricante. Se integra «en el seno de una estructura organizada denominada canal o red de distribución, dentro de la cual actuarán con independencia aunque sometidos a unos mismos criterios y restricciones impuestos por el productor o fabricante» (R. ALONSO SOTO)²⁸. La integración en esta red permite, por un lado, que el fabricante mantenga cierto grado de control sobre la distribución sin necesidad de utilizar sus propios recursos, y por otro, que los distribuidores participen del buen nombre y de la clientela del fabricante.

22. Todas estas prestaciones se intercambian en la totalidad de contratos que consideramos como de distribución, tanto en los de distribución selectiva, como en los de distribución en exclusiva. La especialidad de estos últimos reside en que en ellos el principal delimita una parcela del mercado para que el distribuidor lleve a cabo la reventa sin competir con otro distribuidor del mismo empresario, es decir, le concede un derecho de «exclusiva» en relación a dicha parcela (generalmente un territorio, pero también un sector de la población, por ejemplo).

A cambio de lo anterior, el distribuidor se compromete a una vinculación mayor con el empresario, que generalmente se manifiesta en la asunción por su parte de mayores obligaciones en relación a la postventa de los productos (se puede comprometer, por ejemplo, a prestar asistencia técnica a los compradores). El empresario principal podría también exigir al distribuidor, a cambio de conceder dicha exclusiva, la inclusión en el contrato de una cláusula de exclusiva en sentido inverso. Como resultado de ello, el distribuidor se comprometería a comprar exclusivamente la totalidad de la mercancía que vaya a destinar a la reventa a ese empresario principal (a esta última obligación se le conoce como «compra en exclusiva»).

23. Si aplicamos a lo expuesto el criterio de la obligación principal, según el cual, la obligación dominante del contrato será la que tenga mayor peso específico en el contrato, obtenemos como resultado que dicha obligación podría ser cualquiera de las expuestas.

Así, podría considerarse como la obligación principal el suministro de los productos por parte del empresario principal al distribuidor, o la recíproca obligación de pago del distribuidor por dichos productos. En ese caso, el contrato sería calificado como una compraventa de mercaderías a los efectos del Reglamento 44, siendo aplicable el foro del lugar del Estado miembro en que hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías.

También podría considerarse como la obligación principal la obligación del distribuidor de seguir las instrucciones del empresario principal, o la de su contribución, mediante actos de promoción, al conocimiento y prestigio de la marca. En este otro caso, el contrato sería calificado como una prestación de servicios a efectos del 5.1 R. 44/2001, siendo aplicable el foro del lugar en que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

Por último, podría considerarse que la obligación principal sería de cesión del uso los derechos incorporeales del empresario principal al distribuidor (marcas, logos...), caso en que consideraríamos que el foro sería el del lugar en que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda, al no ser calificable el contrato como una compraventa de mercaderías, ni como una prestación de servicios, a efectos del citado artículo 5.1.

24. Pero, dado el grado de complejidad de las prestaciones intercambiadas en estos contratos, tal y como ha quedado expuesto, podemos afirmar que la determinación de la relevancia de una de estas obligaciones sobre las demás, hasta el punto de considerarla la «obligación principal» se nos presenta como una cuestión irresoluble. Todas las obligaciones mencionadas parecen tener un peso específico relevante en el contrato.

La referencia al caso concreto tampoco arroja ninguna luz sobre la cuestión, puesto que (i) en todos los contratos que podemos calificar como de distribución se intercambian todas las prestaciones expuestas y (ii) no queda claro cuál es el criterio que nos ha de servir de guía para determinar, caso por caso, la prevalencia de unas obligaciones frente a otras (¿en base a la longitud de las cláusulas que regulan cada

²⁸ R. ALONSO SOTO, «Los contratos de colaboración comercial», en A. MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 629.

una, según el orden en que se encuentran dispuestas, según la importancia económica de la obligación en el conjunto de la relación contractual?). En nuestra opinión, la expresión «habrá que estar al caso concreto», parece ser la salida fácil, pues no da una solución a la calificación del concreto, sino que la evita.

Además, este criterio de la obligación principal nos recuerda mucho al debate que, en sede de Ley aplicable, se vivió en relación a la prestación característica de ciertos contratos, entre ellos el contrato de distribución, que, como sabemos, tiene difícil solución²⁹. En relación al mismo, mientras que los tribunales franceses e italianos estimaban que dicha prestación era la del empresario principal³⁰, los tribunales belgas indicaban que ésta correspondía al distribuidor. Podríamos incluso afirmar que, si bien esta discusión se zanjó en materia de Ley aplicable, con la determinación directa de dicha Ley aplicable a los contratos de distribución en el Reglamento 593/2008 de 17 de junio (en adelante, «Reglamento Roma I»), sigue vigente de forma «encubierta» en la medida en que los autores se esfuerzan por determinar cuál sería la «obligación principal» del contrato de distribución³¹.

Por último, una determinación del foro caso a caso no puede ser regla sino excepción, ya que generaría gran inseguridad jurídica, y podría suponer que las partes se vieran sometidas a un tribunal que en un principio no podían haber previsto. Tampoco parece acorde cuando los contratos internacionales suelen ser «contratos tipo», con una forma suficientemente uniforme en la práctica comercial internacional como para que su calificación como compraventa o prestación de servicios haya de llevarse a cabo caso a caso.

B) Criterio de la finalidad económica

25. Por todo lo expuesto hasta ahora, presentamos como una propuesta alternativa al criterio de la obligación principal otro criterio distinto, que ya ha sido defendido por numerosa doctrina (entre otros, J-M JACQUET³²): el criterio de la finalidad económica. Según el mismo, un contrato habrá de ser calificado a los efectos del artículo 5.1 del R.44/2001 como prestación de servicios, compraventa de mercaderías, o ninguno de ambos, en función de su finalidad económica.

26. Esta finalidad económica es un concepto que se identifica con el objetivo económico para el cual el contrato se haya suscrito, de modo que, para calificar el contrato a los efectos del Derecho Internacional Privado Europeo habrá que estar a la causa o razón económica de dicho contrato, y no a las distintas prestaciones u obligaciones que se intercambian en el mismo.

Así, un contrato será caracterizado a efectos del 5.1 como:

- (i) un contrato de prestación de servicios, siempre que su finalidad económica sea la prestación de un servicio de una parte a la otra³³, es decir, la realización de una actividad que consiste en dar, hacer, o no hacer una cosa a título oneroso, gratuito o lucrativo (cfr. P. BERLIOZ³⁴).

²⁹ En tiempos de la vigencia del Convenio de Roma I de 1980, antes de la entrada en vigor del Reglamento 593/2008 de 17 de junio (Reglamento Roma I), el contrato se regía por la Ley del país con el que presentara los «vínculos más estrechos». El art. 4.2 CR contenía una presunción general, por la que el contrato presentaría los vínculos más estrechos con el país donde, en el momento de celebración del contrato, tuviera su residencia habitual la parte del contrato que debiera proporcionar la «prestación característica» del contrato. A pesar de que existía una corriente que intentaba imponer su aplicación a todos los contratos, muchos autores defendían que la «prestación característica» presentaba un alcance limitado, puesto que sólo sería operativa en relación con los contratos que implican un intercambio básico de *cosas o servicios* por dinero, supuesto en el que no se encuadraría el contrato de distribución (vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución», en A.L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, 2005, p. 349-370).

³⁰ Véanse, entre otras las Sent. Corte Cass. Italia 23 enero 2007 y 14 septiembre 1999 y las Sent. Cour Cass. Francia 5 marzo 2008, 23 enero 2007, 27 marzo 2007, 14 noviembre 2007.

³¹ Algunos autores incluso indican directamente que la calificación de los contratos a efectos del Reglamento 44 ha de efectuarse a la luz de su «prestación principal o característica» (véase F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 91).

³² J. M. JACQUET / P. DELEBECQUE / S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, «Précis», Paris, Dalloz, 2007, p. 192.

³³ P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 131.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, p.458.

- (ii) un contrato de compraventa de mercaderías, cuando su finalidad económica sea la transmisión de la propiedad de unos determinados productos de una parte a la otra, o
- (iii) como ninguno de los anteriores, cuando se considerara que el contrato tiene una finalidad distinta.

27. Esta solución es la más acorde con la interpretación amplia que ha de darse a los contratos recogidos en la regla especial contenida en el art. 5.1.b, necesaria para que todo el artículo 5 alcance su «efecto útil»: «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 del comercio internacional»³⁵.

Además, al optar este criterio por calificar el contrato en abstracto, se adopta una solución válida para cada «tipo» contractual, de forma que no habría que estar al caso concreto para determinar el tipo de contrato. Esto genera una mayor seguridad jurídica, porque permite a las partes una mayor previsibilidad del foro al que pueda verse sometida su controversia. Lo anterior se alinea también con la solución de primer grado para fijar directamente la Ley aplicable a los contratos en el art. 4.1 del Reglamento de Roma I, establecida partiendo de la consideración de que la teoría del caso concreto es siempre complicada y ralentiza la fijación tanto del tribunal competente, como de la Ley aplicable.

28. En adición a lo expuesto, este criterio parece el más adecuado porque (i) es más acorde con la solución adoptada en materia de Ley aplicable, que establece un listado de contratos «tipo», y la Ley aplicable a cada uno sin que haya que distinguir caso a caso; (ii) sigue la postura del TJCE, que se pronunció sobre esta cuestión en su STJCE *Falco*³⁶ (sobre un contrato de concesión o licencia de derechos de propiedad intelectual), a la que también se hace referencia en el caso *Rehder*³⁷; (iii) no implica ninguna toma de postura acerca de la prestación principal del contrato de distribución, cuestión que, como hemos argumentado, nos parece irresoluble.

29. Hemos de añadir que la toma de partido por este criterio no implica que la calificación de un contrato haya de hacerse siempre y en cualquier contexto conforme a su finalidad económica, cuestión que no es, ni mucho menos, objeto de este artículo, sino que se trataría de una regla autónoma, que implicaría una calificación a efectos exclusivos de Derecho Internacional Privado, y en concreto, en relación al Reglamento 44.

2. La prestación de servicios como finalidad económica del contrato de distribución

30. Tomando como base este criterio, quedaría pues por determinar cuál es la finalidad económica del contrato de distribución (la adquisición de la propiedad de los productos por parte del distribuidor, la prestación del servicio de comercialización de esos productos, o ninguna de ellas).

Como puede observarse de lo expuesto hasta el momento, cabría afirmar que la finalidad económica, en el contexto del Derecho Internacional Privado, podría ser en cierto modo equivalente a lo que, en Derecho Civil español, se conoce como «causa del contrato». Así, la finalidad económica de un contrato normalmente coincidirá con lo que nosotros, en Derecho español, conocemos como «causa», criterio que nos puede servir de guía a la hora de determinar cuál puede ser la finalidad económica del contrato de distribución.

31. Los contratos de distribución se celebran para comercializar los productos del empresario principal, cuya intención es que éstos lleguen a los consumidores de una manera estable³⁸. Así, los con-

³⁵ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable», en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, p. 229.

³⁶ STJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-533/07, *Falco Privatstiftung*.

³⁷ STJCE de 9 de julio de 2009, asunto C-204/08, *Rehder*.

³⁸ Cfr. A. DURÁN AYAGO en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, p. 550.

tratos de distribución crean una «corriente» de comercio hacia un mercado determinado, de la que se benefician tanto empresario como distribuidor. De lo anterior podemos concluir que la finalidad económica del contrato de distribución es esa comercialización por el distribuidor al empresario principal³⁹.

Esta finalidad del contrato de distribución, encaja perfectamente con lo que ha de entenderse por prestación de servicios, concepto que ha de interpretarse de forma autónoma y amplia⁴⁰, que no hemos de confundir con el «arrendamiento de servicios», es decir, el simple intercambio de un servicio por dinero, sino que, tal y como ha indicado el TJUE⁴¹, se refiere a la realización de una actividad. Esta caracterización también se ajusta a la definición de prestación de servicios del art. 57 TFUE (antiguo artículo 50 TCE)⁴², así como de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

32. Hemos de indicar que, entendemos que la finalidad económica del contrato de distribución no es la transmisión de los bienes del proveedor al distribuidor, puesto que ello no agota la razón por la que se celebró dicho contrato. En consecuencia, entendemos que no podría calificarse dicho contrato como una compraventa de mercaderías.

Es cierto que en el marco de un contrato de distribución se puede producir también la transmisión de la propiedad de dichos bienes al distribuidor (por el suministro de los productos al distribuidor para su posterior reventa), pero esa no es la finalidad económica de este contrato, porque el principal no se despreocupa, ni mucho menos, del destino que da el distribuidor a los bienes adquiridos, sino que suele imponer ciertas obligaciones al respecto, como objetivos mínimos de ventas, o alguna medida de control, como la obligación de notificación periódica de las ventas realizadas. Estas obligaciones son de tal trascendencia que, en caso de ser incumplidas, podrían conllevar la resolución del contrato. Así, esa transmisión de propiedad que se produce es siempre «accesoria» y transitoria, pues el destino de esos bienes es su adquisición por el consumidor final.

En consecuencia de lo anterior, y ello pese a la valiosa aportación que algunos autores han realizado defendiendo esta postura⁴³, con la que compartimos la necesidad de encuadrar el contrato de distribución en el apartado b del artículo 5.1 y que no se puede dejar que el mismo se sujete al apartado a, que ha de actuar en todo caso como excepción, entendemos que el encuadre del contrato de distribución en el apartado primero del 5.1.b (compraventa de mercaderías) no nos parece el más adecuado.

33. Aun debemos considerar una tercera opción, que es que la finalidad del contrato de distribución no sea ni la transmisión de la propiedad ni la prestación de un servicio. En ese caso, habría que estar al apartado a del 5.1., y por lo tanto a la obligación concreta en que se base la reclamación para poder determinar el tribunal competente.

¿Qué otra finalidad podría tener un contrato de distribución que no fuera la de la comercialización de los productos, o la transmisión de la propiedad? Podríamos preguntarnos si esa finalidad podría ser la transmisión de derechos de carácter incorporeal, ya que el TJCE, en su Sentencia 23 abril 2009, asunto *Falco*⁴⁴, puso de manifiesto que este tipo de cesiones de derechos no eran encuadrables en el 5.1.b. Es cierto que en los contratos de distribución se pueden producir este tipo de cesiones (uso de la marca del principal o de sus signos identificativos), pero no se trata de un elemento definitorio de

³⁹ R. ALONSO SOTO, «Contratos de colaboración empresarial» en A. MENÉNDEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 629; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, pp.459.

⁴⁰ H. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, 2002, p. 147.

⁴¹ STJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-533/07, *Falco Privatstiftung*.

⁴² «Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular: (i) actividades de carácter industrial; (ii) actividades de carácter mercantil; (iii) actividades artesanales; (iv) actividades propias de las profesiones liberales».

⁴³ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Contratos de distribución internacional: competencia judicial y Ley aplicable», en A. ALONSO UREBA y otros (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, p. 229.

⁴⁴ STJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-533/07, *Falco Privatstiftung*.

este tipo de contratos. Además, no podemos olvidar que hemos de resolver esta cuestión a la luz de la finalidad para la cual las partes convienen en celebrar un contrato de distribución, y no a la luz de las obligaciones que se intercambian individualmente consideradas. Y la finalidad para la cual se celebra un contrato de distribución no es la transmisión de esos derechos incorporales.

Ello, unido a que, como hemos indicado, el apartado 5.1.b ha de intentar abarcar el mayor número de supuestos posibles, ya que sólo así tendría un efecto útil, nos hace descartar esta última opción.

34. Optamos por lo tanto por calificar el contrato de distribución como un contrato de prestación de servicios, encuadrable en el art. 5.1.b, inciso segundo, del R. 44/2001. Es importante señalar que la prestación de servicios sea la función económica del contrato no significa que sea su obligación principal, sino que, como hemos expuesto en el apartado anterior, la complejidad de las obligaciones que asumen los contratantes, además de ser muy alta, es muy similar.

35. Esta calificación es además la más acorde con el Derecho Internacional Privado Europeo. En concreto, se ajusta al Considerando 7 y 17 del Reglamento Roma I, que, por mucho que sea discutido, considera los contratos de distribución, junto con los de franquicia, como de prestación de servicios a efectos del Reglamento 44.

36. También es la postura seguida por cierta jurisprudencia europea⁴⁵, y en concreto con el tratamiento jurisprudencial que se da en España a los contratos de distribución (véanse por ejemplo las STS de 26 de julio y 16 de noviembre de 2000, 5 febrero 2004, 26 octubre, 2 y 16 diciembre 2005).

También existe alguna sentencia española que se ha pronunciado específicamente sobre la cuestión. Así, la SAP Guipúzcoa 21 de septiembre 2007, en la que se resuelve sobre la indemnización dimanante de un contrato de distribución en exclusiva no formalizado por escrito entre las partes, suscrito entre un fabricante holandés de bicicletas y un distribuidor español, que se resuelve unilateralmente por el fabricante al considerar roto el pacto de compra en exclusiva. Esta Sentencia atiende a la finalidad del contrato para su calificación como un contrato de prestación de servicios, indicando que: «*se circunscribe a la reventa de los productos del concedente*» (F.J.III), y que ha de considerarse el territorio español como el lugar de ejecución y cumplimiento *del contrato*⁴⁶». A pesar de lo anterior, esta sentencia, encuadra sorprendentemente el contrato en el 5.1.a.

37. Por último, la calificación por la que optamos, es decir, fijar que el contrato de distribución es en todo caso un contrato de prestación de servicios, implica además establecer un concepto autónomo del mismo a nivel europeo, lo que es una ventaja, porque evita el *forum shopping* que se produciría si el concepto se interpretara de modo distinto por los tribunales de cada Estado miembro (cfr. A. HUET, F. SALERNO)⁴⁷.

3. Evaluación de la calificación efectuada en clave de eficiencia

38. Dejando de lado los distintos criterios expuestos para determinar la calificación del contrato de distribución, podemos preguntarnos si la consideración del contrato de distribución como de prestación de servicios, y, por lo tanto, la apertura de un foro en el lugar en que tiene lugar la distribución de los productos, es la solución más eficiente para las partes, entendiendo por solución más eficiente aque-

⁴⁵ En la práctica extranjera, Sent. Trib. Cass. Italia 17 diciembre 1990, que aleja la concesión de la compraventa, Sent. Trib. Comm. Liège 13 enero 1993, que se refiere a la distribución como un cuadro de relaciones continuadas y organizadas, basado en una participación económica y comercial del concesionario, y Sent. Corte Reg. de Tesalónica (Grecia) 11862/2004, esta última citada en P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), Brussels I Regulation, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 131.

⁴⁶ Y no de la obligación.

⁴⁷ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*, Granada, Editorial Comares, 2011, pp.457- 458.

lla que les concede la posibilidad de escoger en mayor número de ocasiones, frente al foro del domicilio del demandado, un foro más próximo al litigio (por ejemplo, al lugar de los hechos o al lugar en que habrá de ejecutarse una posible sentencia).

Y es que los foros especiales contenidos en el art. 5 del R. 44/2001, pretenden conferir competencia a los tribunales de un Estado distintos de los del domicilio del demandado. La elección corresponderá al demandante, siendo la base de esta libertad de elección la constatación de que en muchísimas ocasiones, existía una relación próxima entre el litigio y los tribunales de otro Estado distinto de aquél en que el demandado tenía su domicilio, siendo conveniente la posibilidad de acudir a estos tribunales para una administración de justicia más eficiente⁴⁸.

39. Tomando esto en cuenta, la consideración del contrato de distribución como de prestación de servicios es la solución más acorde con la *ratio legis* del artículo 5.1 del R. 44/2001, ya que foro del lugar de la prestación de los servicios puede tener una relación más próxima al litigio que el tribunal del domicilio del demandado, sobre todo cuando el demandante es el distribuidor, tal y como argumentaremos más adelante.

40. Si consideráramos el contrato de distribución como un contrato de compraventa de mercaderías (lo que implicaría además ignorar de forma indolente el Reglamento Roma I) ello significaría la desactivación de este foro en la mayoría de los supuestos. Si siguiéramos esa hipótesis, los tribunales competentes serían los del lugar en que se hayan entregado las mercaderías. Tal y como indicó el antes TJCE en su sentencia *Car Trim*⁴⁹, el lugar en el que «hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías» habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato, y si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega (lo que ocurrirá en los casos que nos planteamos, en que el contrato no se haya formalizado por escrito), 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, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato.

Este lugar de entrega suele ser el de la sede del empresario principal (dicho empresario pone los productos a disposición del distribuidor en su propia fábrica, o en un puerto cercano a dicha fábrica)⁵⁰; de manera que si se considerara el contrato de distribución como una compraventa de mercaderías, el 5.1 no ofrecería al distribuidor ninguna alternativa al foro general del domicilio del demandado.

41. Esta consideración del contrato de distribución como un contrato de compraventa de mercaderías sólo ofrecería alternativa al empresario principal, en el caso en que este fuera el demandante, ya que éste podría atraer el litigio a los Tribunales de su propio domicilio. Pero este *forum actoris* del empresario principal no casa con la tendencia protectora del distribuidor que se observa en materia de Ley aplicable en el ámbito europeo (en el Reglamento de Roma I se establece como Ley aplicable en defecto de pacto la Ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual⁵¹).

Podemos concluir, por lo tanto, que la consideración del contrato de distribución como un contrato de prestación de servicios sí que da sentido a este foro si se interpreta a la luz del resto de Derecho Internacional Privado Europeo, y en concreto, del ya referido Reglamento Roma I, que tal y como se ha expuesto, da cierto trato de favor al distribuidor.

42. Sólo entendiendo el contrato de distribución como un contrato de prestación de servicios el foro del 5.1 se contempla como una alternativa al foro del domicilio del demandado, cuando el deman-

⁴⁸ P. MANKOWSKI en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (editors), *Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, p. 89.

⁴⁹ STJCE de 25 de febrero de 2010, asunto C-381/08, *Car Trim GMBH*

⁵⁰ Cuando existe pacto por escrito, estos contratos suelen contener un INCOTERM 2010 en este sentido, siendo los más utilizados en relación a los contratos de distribución EXW, CIF y CIP.

⁵¹ Y ello independientemente de la opinión que nos merezca esta forma de establecer la ley aplicable, y de otras consideraciones desde la perspectiva de *lege ferenda*.

dante es ese distribuidor. Podemos decir que éste es el foro «por excelencia» del contrato de distribución cuando el demandante es el distribuidor, pues le permite atraer el pleito a sus tribunales (siempre que su domicilio coincida con el lugar de cumplimiento de la obligación, lo que suele ocurrir con frecuencia, dado que los proveedores suelen elegir distribuidores afincados en el mercado a conquistar, que tengan un mayor conocimiento del funcionamiento de dicho mercado).

Este efecto se consigue además sin desfavorecer al empresario principal de manera excesiva, puesto que se trata de un foro que tanto éste como el distribuidor pudieron prever (el del lugar en que se distribuyen los productos), por mucho que, cuando el demandante sea el empresario principal, este foro quedará la mayoría de las veces inhabilitado: el domicilio del demandado suele coincidir con el lugar de ejecución de la obligación. En los casos en que no sea así (caso, por ejemplo, de un distribuidor afincado en un país de Europa del Este que se dedique a distribuir a toda la zona), le permitirá abrir una alternativa permitiéndole demandar no sólo en el lugar en que dicho distribuidor esté domiciliado sino también donde se produzca la distribución de los productos que haya dado lugar a la controversia.

43. De las tres, la opción menos eficiente sería la de considerar que no serían de aplicación ninguno de los supuestos de la letra b) del 5.1. En el caso de que se aplicara la letra a) del citado artículo, habría que estar a cada caso concreto para poder saber qué Tribunales habrían de conocer de la cuestión. Si la obligación incumplida fuera la de reventa, por ejemplo, siendo el demandante el principal, el foro también quedaría inhabilitado. Si la obligación incumplida fuera la de la entrega de los productos, siendo el demandante el distribuidor, este foro también quedaría inhabilitado en la mayoría de los casos, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente. Uno de los pocos casos en que este foro podría activarse sería el de que la obligación incumplida fuera la del pago de los productos por parte del distribuidor, y ello dependiendo de dónde se considerase efectuado el pago.

IV. Conclusiones

44. Al estudiar la cuestión de la competencia judicial internacional a falta de pacto de sumisión, el contrato de distribución ha sido el paradigma de contrato complejo utilizado por los autores para estudiar la calificación de los contratos internacionales en el art. 5.1 del R. 44/2001.

Para efectuar dicha calificación se ha defendido como criterio el de la búsqueda de la obligación principal de dichos contratos. Pero dicha búsqueda no tiene solución. No resulta posible determinar cuál es la obligación principal de estos contratos, como tampoco lo era determinar su prestación característica.

45. El criterio que ha de determinar la calificación de un contrato a efectos del 5.1 ha de ser el de la finalidad económica de dicho contrato, que es más acorde con la jurisprudencia del TJCE/TJUE y garantiza una mayor seguridad jurídica tanto para el tribunal como para las partes, ya que evita la calificación caso por caso, que ha de quedar para casos muy excepcionales.

46. A la luz de este criterio de la finalidad económica, el contrato de distribución ha de considerarse un contrato de prestación de servicios, ya que su finalidad económica no es otra que la prestación del servicio de la reventa de los productos por parte del distribuidor al empresario principal.

En consecuencia de lo anterior, serán competentes para conocer de un litigio derivado de un contrato de distribución los tribunales del lugar del Estado miembro en el que hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

47. Esta solución es, además, la que da al foro un sentido más acorde al tratamiento de favor que recibe el distribuidor a nivel europeo, y en concreto en materia de Ley aplicable, siendo además la más eficiente para las partes, pues es la que habilita este foro, generalmente más próximo al objeto litigioso, y por lo tanto, menos costoso para ambas partes, en un mayor número de supuestos.