

Real Academia Asturiana de Jurisprudencia



EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Dr. Ángel Espiniella Menéndez
Profesor titular de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

* El presente trabajo es la versión escrita de la disertación de ingreso como académico correspondiente en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia, efectuada el 31 de octubre de 2017, en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo.



SUMARIO:

I. Introducción

II. Acuerdo de arbitraje en contratos de distribución

1. Configuración del acuerdo

- A) Redacción y alcance del acuerdo expreso
- B) Sometimiento tácito al arbitraje

2. Pluralidad de acuerdos

- A) Incompatibilidad absoluta entre acuerdos
- B) Incompatibilidad relativa entre acuerdos

3. La internacionalidad del acuerdo de arbitraje

- A) Internacionalidad en función de los contratantes
- B) Internacionalidad en función del contenido del contrato

III. Presupuestos procedimentales en arbitrajes sobre distribución

1. Competencia de los árbitros

2. Arbitrabilidad de la controversia

- A) Controversias relacionadas con la protección del distribuidor
- B) Controversias relacionadas con el Derecho de la competencia
- C) Controversias relacionadas con el Derecho concursal

3. Conducción del procedimiento

- A) Acumulación de arbitrajes sobre colaboración comercial y compraventas
- B) Pendencia de varias causas

IV. Ley aplicable al fondo de la controversia arbitral sobre distribución

1. Ley elegida por las partes

- A) Elección de un Derecho estatal
- B) Elección de textos internacionales o transnacionales
- C) Patologías

2. Normas jurídicas apropiadas en defecto de elección

- A) La colaboración comercial
- B) Operaciones de compraventa

3. Los árbitros y la observancia de las leyes de policía

- A) Regla general
- B) Integración de las cláusulas no conformes

V. El laudo en materia de distribución

1. Anulación y no reconocimiento

- A) El orden público y el arbitraje en materia de distribución
- B) Orden público y laudos sobre distribución selectiva
- C) Orden público y laudos sobre distribución exclusiva

2. Incoherencias en el tráfico internacional

- A) Laudos inconsistentes
- B) Laudos claudicantes
- C) Laudos fantasmas

VI. Conclusiones



Excelentísimo Sr Presidente

Ilustrísimos académicos numerarios

Distinguidos Académicos correspondientes

Amigos y compañeros, señoras y señores,

Quiero comenzar haciendo una confesión. Cuando recibí la propuesta de ingreso en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia lo primero que hice fue buscar las obligaciones que asumía y que pretendo cumplir con dedicación y entrega. Lo segundo, informarme del lema de dicha Real Academia, que he de decir que desconocía, y que está tomado del Jurista romano Celso hijo, quien fuera pretor, gobernador y cónsul, y que dice así: “El Arte de lo Bueno y de lo Equitativo”.

Creo que este lema ha estado en mi subconsciente para elegir un tema relacionado con el arbitraje. En este, el operador jurídico tiene un papel muy creativo. ¿Por qué no incluso plantearse que un tribunal designe como árbitro *ad hoc* a un miembro de una Academia si las partes no se ponen de acuerdo en su nombramiento? Por otra parte, en un tema concreto como el arbitraje, laten problemas generales del Derecho, como el acceso a la justicia o el orden público, de ideal consideración para una audiencia como la presente, para una Real Academia que tiene en la multidisciplinariedad uno de sus mayores valores.

Pero, además, la Real Academia de Jurisprudencia es Asturiana. La aparición de una Corte de Arbitraje joven, con apenas dos años de vida, la Corte de Oviedo, creada con el ánimo, esfuerzo e ilusión del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo y de la Cámara de Comercio de Oviedo, y Corte de la que me honro ser vocal, me animó a abordar estas cuestiones.

Y me animó también a centrar la disertación en la distribución comercial internacional, sector muy arraigado en empresas distribuidoras asturianas o en productores asturianos que tratan de proyectarse a nivel internacional y que necesitan una red de distribución comercial. El buscar un arreglo de controversias ágil y adecuado a las empresas es un apoyo jurídico para reducir barreras legales y ayudar a la más fácil comercialización internacional en una Comunidad, en el límite del tercio de las regiones menos competitivas de la UE.



I. Introducción

Por “distribución¹” comercial internacional se puede entender la colaboración comercial pactada que implica que una parte, el proveedor, vende productos y mercancías a la otra parte, el distribuidor, para que este, a su vez, los revenda en un determinado mercado a terceros, ya sean usuarios finales (distribuidor minorista) u otros intermediarios en la cadena de comercialización (distribuidor mayorista)². Se trata, pues, de una modalidad contractual que plantea una litigiosidad especialmente compleja, porque en ella confluyen dos grandes aspectos. Uno se refiere al acuerdo marco inicial por el que se establece la colaboración comercial transfronteriza y que afecta a cuestiones muy diversas tales como propiedad industrial, reparto de mercados y libre competencia, establecimientos y organización empresarial, fijación de objetivos comerciales, asistencia técnica y económica, etc³. El otro se concreta en las posteriores y operaciones de compraventa internacional entre las partes (los pedidos), que se prolongan en el tiempo, y que plantean cuestiones específicas sobre lugar, forma y momento de entrega de las mercancías, su pago, compensaciones y aplazamientos, stock mínimos y excedentes, etc.⁴

Esta complejidad de la distribución, causada por la pluralidad de acuerdos en torno a la comercialización en un determinado mercado, hace del arbitraje internacional un mecanismo especialmente idóneo y relativamente frecuente para la resolución de

¹ La terminología no es pacífica y tradicionalmente había prevalecido el uso del término “concesión” comercial. Sustituir “concesión” por “distribución” responde a dos ideas. Una, recoger el acervo más generalizado a nivel internacional y europeo. La otra razón es enfatizar en que la prestación definitoria de este contrato es, como se verá, que el distribuidor comercialice los bienes del proveedor estableciendo una auténtica colaboración entre las partes, y no que el proveedor “conceda” al distribuidor el derecho a vender sus mercancías.

² Se sigue, en este sentido, la delimitación efectuada por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que ofrece un concepto de contrato de distribución comercial internacional especialmente útil y práctico, *vid. CCI, Modelo de la CCI de Contrato de Concesión de Venta*, 2ª ed., Barcelona, Comité Español de la CCI, 2005. *Vid.*, en el ámbito internacional, P. Lagarde, “La loi applicable au contrat de distribution commerciale”, en N. Lacasse, L. Perret y J. E. Denis (dirs.), *Les contrats internationaux de distribution*, W & L, 1992, pp. 87-105, pp. 91 y ss.; C. M. Schmitthoff, “Agency in International Trade”, *R. des C.*, t. 129, 1970-I, pp. 107-203; C. Ferry, “Contrat international d’agent comercial et lois de police”, *JDI*, t. 120, 1993, pp. 299-307. En el ámbito estrictamente europeo, *vid. M. W. Hesselink y otros (ed.), Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Múnich, Sellier/Bruylant/Staempfli 2006, pp. 257 y ss.

³ *Vid. P. Crahay, Les contrats internationaux d’agence et de concession de vente*, París, LGDJ, 1991, pp. 30 y ss.

⁴ *Vid. 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, pp. 221-240, esp. pp. 230-231, refiriéndose al “centro de gravedad” del contrato para determinar si se trata de una cuestión relativa a la compraventa o la prestación de servicios de distribución.



controversias⁵. Pero, al tiempo, dicha complejidad también va a condicionar el propio desarrollo del arbitraje. Este condicionamiento se produce con distintas intensidades: en ocasiones, las prácticas arbitrales genéricas pueden ser suficientes para resolver los problemas propios de la distribución; en otros casos, se hacen necesarias unas prácticas arbitrales más específicas. Con el fin de abordar estos factores condicionantes, la perspectiva metodológica de este trabajo se aleja de un tratamiento clásico sobre cómo condiciona el mecanismo arbitral cualquier controversia de fondo, para invertir el orden de los factores y analizar cómo una controversia de fondo concreta, en este caso relacionada con la distribución comercial internacional, afecta al mecanismo arbitral⁶. No se parte, pues, de analizar una concreta cuestión arbitral -redacción y alcance del acuerdo, arbitrabilidad, orden público, conducción del procedimiento, ejecución del laudo...)-, sino de cómo una concreta figura contractual, caracterizada por una pluralidad de acuerdos y un posible reparto del mercado, afecta a todas esas cuestiones arbitrales.

Por esta razón, se analiza el impacto de la distribución comercial internacional en toda la secuencia del arbitraje: en el propio acuerdo de sometimiento a arbitraje (II), en la apertura y tramitación procedimental (III), en la resolución del fondo de la controversia (IV) y en la significación del laudo arbitral (V).

II. Acuerdo de arbitraje en contratos de distribución

1. Configuración del acuerdo

A) Redacción y alcance del acuerdo expreso

Como ya se ha adelantado, la distribución comercial internacional se caracteriza por una pluralidad de acuerdos, que condiciona notablemente hasta el propio sometimiento a arbitraje. Desde una perspectiva subjetiva, el acuerdo de arbitraje vincula únicamente a las partes contratantes, proveedor y distribuidor, y no afecta a los clientes a los que el distribuidor revenda las mercancías en su propio nombre y por su cuenta y

⁵ Vid. A. Nuyts, *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruselas, ULB, 1996, pp. 8 y ss.

⁶ Vid., como referente destacado de esta metodología, A. Nuyts, *op. cit.*, pp. 8 y ss.; P. Perales Viscasillas, "Contratos de distribución internacional y arbitraje", en J. Viera González y J. A. Echevarría Sáenz (dirs.), *Distribución comercial y Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley, 2011, pp. 45-102, esp. pp. 49-58.



riesgo⁷. Desde una perspectiva material, la cuestión más dudosa es si el acuerdo de arbitraje incluido en un contrato marco de distribución abarca a las operaciones de compraventa futuras entre dicho proveedor y dicho distribuidor, que se pueden producir años después y que tienen su propia documentación contractual. Para resolver esta duda, la redacción del acuerdo de arbitraje -algo que *prima facie* podría parecer una cuestión técnica menor- es especialmente importante y conflictiva en esta materia.

A tal efecto, habrá que analizar la amplitud del supuesto de hecho del acuerdo de arbitraje en el contrato marco de distribución. La utilización de expresiones que indiquen una relación “*de cualquier forma*” entre la controversia y el contrato y las propias referencias que se contengan en el contrato marco a las futuras operaciones de compraventa serán determinantes⁸. Efectuado este análisis, ya se podrá concluir si el arbitraje es aplicable a las compraventas del distribuidor y proveedor, al ser operaciones ejecutadas en el marco del contrato de distribución.

Lo expuesto puede ejemplificarse con cuatro ejemplos multinivel, de instituciones internacionales, regionales y estatales. En el ámbito internacional, la cláusula de arbitraje de la CCI respecto de “*todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste*” da a entender que las operaciones de compraventa futuras pueden quedar sometidas al arbitraje del acuerdo marco⁹.

En el ámbito europeo, es reseñable la cláusula de la Corte Europea de Arbitraje. La alusión a “*cualquier disputa que surja de las relaciones entre las partes de este contrato*”, sin reducirse, pues al presente contrato, también podría dar a entender que las futuras operaciones de compraventa quedan sometidas al arbitraje del acuerdo marco. No obstante, una inclusión mucho más clara la encontramos en la cláusula de arbitraje OHADAC, en la que se hace una referencia al arbitraje de cualquier controversia derivada del presente contrato “*o de los acuerdos que se deriven o tengan relación con el mismo*”. Esa alusión final a acuerdos que derivan o se relacionan con el contrato es un reconocimiento inequívoco a que los futuros contratos de compraventa también están afectados por el acuerdo de arbitraje.

⁷ De hecho, muchas veces esta relación “distribuidor-cliente” puede quedar afectada por las normas de protección de consumidores, si dicho cliente es un usuario final. Del mismo, en muchas ocasiones esta relación no tendrá la consideración de internacional, pues el distribuidor suele operar con clientes locales.

⁸ Vid., en el Derecho comparado, R. Christou, *International Agency, Distribution and Licensing Agreements*, 4ª ed., Londres, Thomson / Sweet & Maxwell, 2003, pp. 32-33.

⁹ Vid. el Laudo CCI nº 8817/1997, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978817i1.html>; y el Laudo CCI nº 11849/2003 en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031849i1.html>.



En el ámbito estatal, el acuerdo de arbitraje de la Corte Española de Arbitraje es quizá el que más dudas plantea sobre la inclusión de las futuras operaciones de compraventa en el arbitraje del acuerdo marco. Es verdad que se refiere a “*toda controversia que se derive del presente contrato o de un acuerdo*”, pero no aclara si tal “acuerdo” controvertido puede ser un contrato autónomo, como una operación de compraventa específica.

Como se observa, con un análisis literal y finalista de las distintas cláusulas puede llegar a incluirse los arbitrajes sobre las operaciones de compraventa en el acuerdo de arbitraje pactado en el contrato marco de distribución. De cualquier forma, para mayor seguridad sería recomendable una redacción específica del acuerdo con expresiones claras que sometan a arbitraje a “*cualquier controversia relativa a, o relacionada de cualquier forma con, el presente contrato o con alguna de las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo*”.

B) Sometimiento tácito al arbitraje

Junto al sometimiento general al arbitraje por un acuerdo en tal sentido, cabría referirse a otros medios excepcionales de sometimiento al arbitraje sin voluntad expresa de las partes. Tal sería el caso de la elección de unas normas jurídicas para regir el contrato de distribución, normas que a su vez incluyeran una adhesión al arbitraje y una renuncia a los órganos jurisdiccionales. Sin ser esta la fase procesal para entrar en detalle sobre la ley aplicable al fondo de la controversia¹⁰, sí pueden destacarse dos supuestos en los que se produce este sometimiento tácito al arbitraje.

El primer supuesto sería aquel en el que se elige la ley de un Estado que establece esta presunción a favor del arbitraje y en contra de la litigación judicial. Como ejemplos más destacados, puede considerarse la elección de la ley de Costa Rica o de Guatemala¹¹, países que asumieron este posicionamiento favorable al arbitraje en el sector de la

¹⁰ Que será analizada más adelante, *vid. infra*. IV, para respetar el íter arbitral y el momento procesal en el que los árbitros deben resolver sobre la controversia.

¹¹ *Vid.*, en detalle, P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, pp. 74-75. Más, en general, sobre el impacto del arbitraje internacional en estos países, *Vid.* J. C. Fernández Rozas, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 294-298.



distribución en el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana y Centroamérica (DR-CAFTA), hecho en Washington, el 5 de agosto de 2004¹².

Aunque no han faltado voces favorables a importar este modelo a España¹³, todavía puede parecer ajeno a la práctica europea y española, a diferencia de un segundo ejemplo que resulta más próximo: aquel en el que se elige un texto jurídico no vinculante, como podrían ser las normas sobre distribución de la Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación¹⁴. En particular, respecto de la fijación de los objetivos comerciales del distribuidor, dicha Propuesta remite al arbitraje o al peritaje independiente en defecto de acuerdo de las partes (art. 543-10)¹⁵.

Como se observa, ambos supuestos, el relacionado con el DR-CAFTA y el de la Propuesta de Código Mercantil, tienen similitudes y diferencias. La principal similitud es la técnica de sometimiento al arbitraje no por una voluntad expresa sino por la elección de una normativa rectora del contrato de distribución, que incorpora a su vez un mecanismo arbitral. De esta forma, al elegir una normativa para regir el fondo, tácitamente se estaría eligiendo el arbitraje como mecanismo de arreglo de controversias. Como grandes diferencias, cabe referirse a la distinta naturaleza de las normas elegidas: en unos casos, leyes estatales; en otros, textos académicos que no forman parte del ordenamiento. Pero, sobre todo, la principal diferencia es que en el marco del DR-CAFTA existe un sometimiento general al arbitraje para toda cuestión de la distribución. Parece que esta presunción de arbitraje procede tanto para los servicios de colaboración comercial entre las partes, como para las posteriores operaciones de compraventa entre proveedor y distribuidor efectuadas en ejecución del acuerdo marco. En cambio, en el

¹² Texto disponible en <http://www.competitividad.org.do/wp-content/uploads/2009/01/dr-cafta.pdf>. En particular, en el Anexo 11.13 Costa Rica asume el compromiso de que “la ausencia de una disposición expresa para la solución de disputas en un contrato de representación, distribución o fabricación, dará origen a una presunción de que las partes tuvieron la intención de dirimir cualquier disputa a través de arbitraje vinculante”. Por su parte, Guatemala asume un compromiso similar pero “en la medida de lo posible de acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala”, por lo que la legislación interna no ha apostado decididamente por este arbitraje, *cf.* P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, pp. 95-96. Aparte de estos compromisos, en términos generales los Estados partes se comprometen a promover el arbitraje como mecanismo de solución de controversias más adecuado para los contratos de colaboración comercial.

¹³ *Cf.* P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, p. 101.

¹⁴ Elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, entregada el 17 de junio de 2013 y disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>. En los arts. 543-1 a 543-24 se regulan los contratos de distribución, en el marco del Título IV sobre contratos de colaboración del Libro V sobre contratos mercantiles en particular.

¹⁵ No se aclara, sin embargo, la relación entre el peritaje y el arbitraje. Podría entenderse que el recurso al peritaje solo procede si existe un acuerdo en tal sentido; si ni siquiera es posible ese acuerdo, habrá que acudir al arbitraje, como procedimiento contencioso que es.



ejemplo de Propuesta de Código Mercantil, el arbitraje afecta a una cuestión muy concreta, como es la fijación de los objetivos comerciales, sin abarcar al resto de controversias relacionadas con los servicios de distribución y con los pedidos del distribuidor.

En cualquiera de los dos casos, la cuestión más controvertida que plantea este tipo de sometimiento tácito al arbitraje es su inadecuación al art. II del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958¹⁶, que se refiere a acuerdos de arbitraje expresos y que, además, consten por escrito. En consecuencia, tal sometimiento tácito no tiene por qué ser reconocido por los Estados partes y puede considerarse una verdadera anomalía en el arbitraje internacional¹⁷. Por ello, se hace necesario que ambas partes, proveedor y distribuidor, ratifiquen esta voluntad tácita favorable al arbitraje mediante actos inequívocos¹⁸, principalmente, por la presentación de una demanda arbitral sin impugnación de la competencia de los árbitros por parte del demandado, o por la existencia de acuerdo en el nombramiento de los árbitros. Al contrario, cabría sostener el no reconocimiento del sometimiento tácito cuando no existan estos actos inequívocos por cualquiera de las partes¹⁹. Tales serían los casos en los que se impugna la competencia arbitral o directamente se presenta una demanda ante los órganos jurisdiccionales. También sería el supuesto en el que la aplicación de la ley estatal que incorpora un arbitraje no deriva de la voluntad de las partes sino de las normas de Derecho internacional aplicable aplicables en defecto de elección.

¹⁶ BOE nº 164, 11-VI-1977.

¹⁷ A mayor abundamiento, desde la perspectiva española, la STC 136/2010, de 2 de diciembre, BOE nº 4, 5-I-2011, señala que la renuncia a los órganos jurisdiccionales a favor de un arbitraje debe ser “explícita, clara, terminante e inequívoca”.

¹⁸ Vid. J. C. Fernández Rozas, *op. cit.*, pp. 611-615.

¹⁹ Bastará con que una de las partes se oponga al arbitraje tácito para que quede abierta la vía judicial. Al contrario, no cabe exigir el consentimiento de ambas partes para recurrir a la vía judicial, porque ello haría depender la tutela judicial efectiva de la contraparte, lo que ha sido considerado inconstitucional en España, *vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre (BOE nº 310, 28-XI-1995) y 352/2006, de 14 de diciembre (*ibid.* nº 14, 16-I-2007).



2. Pluralidad de acuerdos de arbitraje

A) Incompatibilidad absoluta entre acuerdos

Precisamente la articulación de la distribución en dos partes diferenciadas en la materia y en el tiempo, la colaboración comercial y las operaciones futuras de compraventa, prolongadas en un período de tiempo considerable, puede dar lugar -aunque no sea frecuente ni *per se* recomendable- a una pluralidad de acuerdos de arbitraje para cada una de esas partes²⁰. No se trata de cláusulas patológicas, sino de que el acuerdo de arbitraje del contrato marco de distribución no se entiende aplicable a la concreta operación de compraventa que incluye otro acuerdo de arreglo de controversias²¹. No obstante, habrá que valorar el grado de incompatibilidad entre los distintos acuerdos, que puede ser absoluto o relativo.

Existe una incompatibilidad absoluta cuando la cláusula de arreglo de controversias de la operación de compraventa es totalmente irreconciliable con el acuerdo de arbitraje del acuerdo marco de distribución. Así sucederá si, para una operación de compraventa, las partes se someten a un órgano jurisdiccional en lugar de un arbitraje²². También cuando pacten acuerdos de arbitraje radicalmente distintos: en una relación, un arbitraje institucional, y, en la otra, un arbitraje *ad hoc*; o incluso, cuando se recurre a distintas instituciones de arbitraje, con distintos idiomas, sede y número de árbitros. En estos casos, el acuerdo de arbitraje del contrato marco se aplicará a la colaboración comercial y, en su caso, a todas las operaciones de compraventa sin cláusula específica, sin afectar al contrato de compraventa en el que se haya incluido este acuerdo específico. Este se entenderá eficaz para la relación contractual concreta, entendiendo que se trata de un acuerdo posterior, que prima sobre el anterior, y específico, para un caso concreto. Así, por ejemplo:

²⁰ No obstante, aunque posible, esta diferenciación no resulta habitual. A lo sumo, suelen plantearse distintas sedes arbitrales en función de cuál sea el origen de la controversia. Podría pensarse, así, en una sede del arbitraje en el Estado del proveedor, cuando se discute sobre las operaciones de compraventa y en una sede del arbitraje en el Estado del distribuidor, cuando se discute la colaboración comercial.

²¹ A la inversa, el acuerdo de arbitraje pactado en cada orden de compra no será oponible a cuestiones relativas a la colaboración comercial, *vid.*, a este respecto, la Sentencia de la AP de Madrid de 31 de enero de 2007, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 896-898.

²² *Vid.*, por ejemplo, AAP de Barcelona de 25 de abril de 2017, *Roj*: AAP B 4060/2017.



CASO TIPO DE ARBITRAJE MULTICONTRATO: en el acuerdo de arbitraje del contrato marco se pacta un sometimiento al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, mientras que, para una operación concreta, se recurre a la sumisión a los tribunales de un Estado.

DESARROLLO: ambas cláusulas son válidas y eficaces. La sumisión a tribunales será eficaz para la operación concreta; el acuerdo de arbitraje, para las restantes obligaciones.

B) Incompatibilidad relativa entre acuerdos

Existe una incompatibilidad relativa entre acuerdos de arbitraje cuando el acuerdo de la operación de compraventa es parcialmente irreconciliable con el acuerdo del contrato marco de distribución. Así ocurre si, en la operación de compraventa, se hace una mención específica sobre algún aspecto del arbitraje, guardando silencio sobre los restantes aspectos. Para estos restantes aspectos puede regir con carácter supletorio el acuerdo de arbitraje sobre el contrato marco de distribución²³. Véase, así, a título ilustrativo:

CASO TIPO DE ACUERDO DE ARBITRAJE SUPLETORIO: en el acuerdo de arbitraje del contrato marco se pacta un sometimiento al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, para cualquier controversia relacionada de cualquier forma con el contrato y su ejecución. Se estipula, además, que el tribunal estará compuesto por tres miembros, el lugar de arbitraje será Madrid y el idioma del procedimiento será el castellano. Posteriormente, en una compra de un pedido importante, se pacta que el lugar de arbitraje será Miami.

DESARROLLO: para la operación de compraventa, la sede de arbitraje será Miami, pero los restantes aspectos se regirán por el acuerdo de arbitraje del contrato marco de distribución, dado que las operaciones de compraventa quedan subsumidas en su supuesto de hecho. Así, el arbitraje se regirá por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con un tribunal compuesto por tres miembros y con el castellano como idioma del procedimiento.

²³ En estos casos, existirá “una suerte de vinculación” entre cláusulas, cf. J. C. Fernández Rozas, “Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje”, en S. Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. , 140-187, esp. p. 167.



3. La internacionalidad del arbitraje

A) Internacionalidad en función de los contratantes

La internacionalidad de la distribución comercial dotará al arbitraje de una significación muy concreta, principalmente porque posibilita que los contratantes puedan eludir las normas imperativas de un determinado Estado a la hora de resolver su controversia. En esta línea, el caso tipo de distribución comercial internacional es claro: proveedor establecido, domiciliado, administrado en un Estado, que contrata a un distribuidor establecido, domiciliado y administrado en otro Estado, para que comercialice sus productos en el territorio de este último Estado²⁴.

En estos casos, el elemento internacional es patente, incluso aunque el contrato se pueda celebrar a través de un establecimiento secundario de una de las partes localizado en el mismo Estado que el domicilio y administración de la otra parte. La mera presencia de una sucursal del proveedor en el Estado donde se va a ejecutar la distribución no es suficiente para entender que se trata de una distribución interna. Ello se debe a que la sucursal no tiene personalidad jurídica propia y, por tanto, no es contratante. Afortunadamente, las normas de arbitraje dejan claro que la internacionalidad del supuesto se deriva del domicilio de las partes y no de las sucursales vinculadas a la distribución²⁵.

Cuestión distinta a la expuesta, y bastante habitual, por ejemplo, en el sector de los automóviles, es que el contrato sea celebrado por una sociedad filial del proveedor, con su domicilio, administración y establecimiento principal en el Estado donde se va a llevar a cabo la distribución y donde también se encuentra el domicilio, administración y establecimiento del distribuidor. Ante tal situación este contrato y su arbitraje no son internacionales y, por tanto, deben respetarse las normas no derogables por acuerdo del Estado donde se va a llevar a cabo la distribución²⁶. Ambos contratantes están

²⁴ *Vid.*, expresamente, art. 3.1.a) Ley 60/2003, de arbitraje; art. 1.1.a) del Convenio de Ginebra de 1961. En la doctrina, *vid.* M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 54-56.

²⁵ *Vid.* art. 3.1.a) Ley 60/2003; art. 1.1.a) Convenio de Ginebra de 1961. Es verdad que alude a la posibilidad de que una de las partes tenga más de un domicilio, en cuyo caso habrá que estar al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral (art. 3.2), pero en ningún caso se refiere al a sucursal como sinónimo de domicilio.

²⁶ *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *REDI*, 2009-1, vol. LXI, pp. 39-74, esp. p. 42.



establecidos en un mismo Estado y allí se localizan todos los elementos relevantes de la relación. Que los accionistas titulares de una de las partes contratantes sean extranjeros no es una conexión relevante para internacionalizar el contrato.

B) Internacionalidad en función del contenido del contrato

Además de en la configuración de los contratantes, el elemento extranjero también puede estar presente en el contenido del contrato, si la distribución se va a hacer en un Estado distinto al domicilio o establecimiento de las partes²⁷. Más discutible es cuándo la distribución se va a realizar en el mismo Estado en el que se encuentran domiciliadas y establecidas las partes, concurriendo la internacionalidad en las sucesivas operaciones de compraventa que se van a desarrollar a lo largo de la colaboración empresarial.

A este respecto, pueden destacarse dos premisas. Primera, la internacionalidad de la compraventa tiene una significación jurídica y económica tan relevante que convierte en internacional el propio contrato de distribución en su conjunto²⁸. Es verdad que se trata de un contrato autónomo y distinto del contrato marco de distribución, pero no es menos cierto que es un contrato que nace para la ejecución de dicha distribución y, por tanto, es dependiente de esta.

Segunda, la internacionalidad de la compraventa también resulta difícil de determinar. No cabe duda de ella cuando los pedidos se entregan en un Estado distinto al Estado donde están domiciliadas las partes y se ejecuta la distribución. Incluso, aunque es más dudoso, podría considerarse que el mero pago de los pedidos en un Estado extranjero es suficiente como para entender que el contrato es internacional. Por el contrario, la mera fabricación de los productos en el extranjero no puede internacionalizar el contrato si las partes están domiciliadas en un mismo Estado, en el que se entregan las mercancías al distribuidor y en el que este ejecuta la distribución. Véase, por ejemplo:

Analizada la internacionalidad del contrato en función de su contenido, queda por determinar qué ocurre cuando el único elemento extranjero se encuentra en la cláusula de elección de la ley de otro Estado o en la de arreglo de controversias. El caso es especialmente importante porque las partes podrían tratar de eludir normas imperativas sobre distribución de un Estado por medio de la internacionalización del arbitraje. De

²⁷ *Vid.*, expresamente, art. 3.1.b) Ley 60/2003 de arbitraje.

²⁸ *Vid.*, de nuevo, arts. 3.1.b) y c) Ley 60/2013 de arbitraje.



hecho, en relación con la elección de una ley extranjera en un contrato puramente doméstico, se ha interpretado que esta elección no internacionaliza el arbitraje desde la perspectiva de la Ley española de arbitraje²⁹, apartándose de la senda de la Ley Modelo UNCITRAL³⁰.

Por lo que respecta a la cláusula de arreglo de controversias, curiosamente la literalidad de la Ley 60/2003 de arbitraje³¹ conduce a una interpretación distinta a la anterior y más acorde con la línea de la Ley Modelo UNCITRAL³². Así, aunque todos los elementos pertinentes se localicen en un único Estado extranjero, la mera designación de la sede del arbitraje en España parece convertir en internacional el arbitraje. Se obvia, en este punto, cualquiera alusión al respeto de las normas imperativas del Estado al que se vincula íntegramente el contrato³³.

III. Presupuestos procedimentales en arbitrajes sobre distribución

Analizados los problemas generados por la redacción del acuerdo de arbitraje en un contrato de distribución, el segundo momento relevante es, probablemente años después, una vez surgida la controversia, cuando se presenta la solicitud de arbitraje y la demanda arbitral y a los árbitros ya les corresponde conducir y gestionar el procedimiento. El lema de la Academia se refiere al “Arte de lo Bueno y lo Equitativo”. Y efectivamente conducir el procedimiento arbitral es “un arte”, no siempre fácil para árbitros, muchas veces abogados, poco acostumbrados a estar al otro lado del estrado y, además, con unas normas procedimentales muy distintas a las normas rígidas del proceso judicial.

²⁹ Cf. S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 42. Señala el autor que la mera elección de una ley extranjera no internacionaliza el arbitraje desde la perspectiva del Derecho español, siendo necesario que la controversia afecte de forma objetiva al comercio internacional. Sobre este concepto, *vid.* M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional...*, *op. cit.*, pp. 52-53.

³⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I), aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por UNCITRAL. Conforme a su art. 1.3.c), las partes pueden convenir expresamente que la cuestión objeto de litigio está relacionada con más de un Estado. En España, había seguido esta tesis de la internacionalización del arbitraje por la elección de ley la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona de 12 de febrero de 1985, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 137-142.

³¹ *Vid.* artículo 3.1.b).

³² *Vid.* art. 1.3.b).

³³ Repárese en que, a la inversa, ello significa que el legislador considera “extranjero” un laudo dictado fuera de España (art. 46 Ley 60/2003 de arbitraje), pese a que todos los demás elementos pertinentes se localicen en territorio español. No debería, pues, dejar de reconocerse dicho laudo por el mero hecho de que no se hayan tenido en cuenta las normas imperativas españolas.



1. Competencia de los árbitros

El arbitraje en el sector de la distribución plantea cuestiones procedimentales que son comunes a todo arbitraje comercial internacional. Sin embargo, por la propia configuración y contenido del contrato y por la existencia de una pluralidad de acuerdos y de un reparto de mercado, también plantea cuestiones propias que merecen un tratamiento específico. A esta selección de cuestiones se dedica este epígrafe.

El primer aspecto procedimental relevante es la competencia de los árbitros que, en el marco del contrato de distribución, plantea dos problemas específicos: la posible invalidez del acuerdo de arbitraje del que nace la competencia de los árbitros y el alcance de dicha competencia.

En efecto, el posible desequilibrio entre el proveedor, en una posición contractual más fuerte, y el distribuidor, en una posición más débil, ha originado ciertas propuestas para que el acuerdo de arbitraje no sea válido si no se respeta una determinada forma, por ejemplo, si no se realiza una negociación individual sino una mera adhesión a unas condiciones contractuales del proveedor³⁴. También se ha defendido la invalidez del acuerdo si este no se celebra con posterioridad al nacimiento de la controversia, sino en el momento previo de celebración del contrato³⁵. Desde la perspectiva española, la cuestión no es excesivamente problemática porque la validez del acuerdo queda garantizada. No solo porque hasta tres leyes pueden avalar esta validez -ley rectora del

³⁴ Vid. S. Álvarez González, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley 1992, pp. 149 y ss.

³⁵ Vid., desde una perspectiva crítica con estas propuestas, P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, pp. 68-73. Es muy llamativo, al respecto, que, cuando la *Fairness Arbitration Act* estadounidense proyectó unas restricciones al acuerdo de arbitraje para proteger a los franquiciados, numerosas asociaciones se posicionaron en contra, entre ellas la *American Bar Association* y la *International Franchise Association*:

<http://www.businessconflictmanagement.com/blog/2009/08/aba-resolution-on-fairness-in-arbitration-act/>
http://www.franchise.org/sites/default/files/ek-pdfs/html_page/Arbitration-Fairness-Act-Summary_1.pdf



acuerdo del arbitraje, ley rectora del propio contrato o ley española como ley de la sede arbitral³⁶-, sino, sobre todo, porque la ley española no ha dispuesto ninguna cautela especial para el distribuidor en una posición jurídica más débil³⁷. Del mismo modo, repárese en que la demanda por nulidad misma o de rescisión del acuerdo de distribución no afecta a la cláusula arbitral inserta en este³⁸.

Afirmada la validez del acuerdo de arbitraje en los contratos de distribución, los árbitros deben valorar si el acuerdo de arbitraje incluye en su ámbito de aplicación la controversia a dirimir. Ya se ha señalado la conveniencia de un acuerdo preciso y claro para determinar si el arbitraje incluye solo conflictos sobre la colaboración comercial de las partes o si también incluye conflictos sobre las operaciones de compraventa que se celebren con posterioridad³⁹.

2. Arbitrabilidad de la controversia

A) Controversias relacionadas con la protección del distribuidor

Expuestos los problemas relativos a la competencia arbitral, la segunda de las particularidades procedimentales de la distribución comercial es la arbitrabilidad de la controversia, que ha planteado problemas en relación con la protección del distribuidor, así como con ciertas cuestiones relacionadas con el Derecho de la competencia y el Derecho concursal.

En efecto, una corriente jurisprudencial, con especial reflejo en Bélgica, ha cuestionado la arbitrabilidad de los contratos de distribución comercial sobre la base de

³⁶ *Vid.* art. 9.6 Ley 60/2003 de arbitraje

³⁷ Más allá de las normas generales de protección del adherente cuando el acuerdo de arbitraje se haya incluido en un contrato de adhesión, sea de la materia que sea, *cf.* art. 9.2 Ley 60/2003; y Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 27 de junio de 2017, *Roj:* STS 2500/2017, exigiendo que el sometimiento a arbitraje sea claro e inequívoco.

³⁸ *Vid.*, como principio internacional consolidado, la Sentencia de la Corte Suprema de la Columbia Británica de 18 de noviembre de 1994, *CLOUT* 114; y la Sentencia del Tribunal de Apelación de la Columbia Británica de 15 de enero de 2004, *ibid.* 512.

³⁹ *Vid. supra* II.1.A).



que existe una competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales⁴⁰. Esta competencia exclusiva busca evitar un desequilibrio contractual a favor del proveedor⁴¹, que ostenta una posición jurídica y económica dominante frente al distribuidor, que quedaría en riesgo de desprotección⁴². Sin embargo, este planteamiento debe ser rechazado. Como punto de partida, este desequilibrio contractual no se observa en todas las relaciones de distribución comercial y no han faltado ejemplos, como puede ser en el sector de la alimentación, en los el distribuidor tiene una posición de predominio frente a PYMEs proveedoras. Pero, sobre todo, aunque se observara tal desequilibrio, la institución arbitral tiene mecanismos suficientes como para recomponer el equilibrio contractual, principalmente, y como se verá después, a través de la aplicación de las leyes de policía del Estado donde se produce la distribución, que pueden tener un fin protector de la parte más débil⁴³.

Estos argumentos avalan que, por ejemplo, desde la perspectiva de la ley española, ya aplicable a título de ley de la sede del arbitraje internacional, ya a título de ley rectora del convenio arbitral o del fondo⁴⁴, la controversia sea claramente arbitrable⁴⁵. Podría, si acaso, plantearse alguna interrogante en el sector de la distribución de vehículos automóviles e industriales, subsumible en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contratos de agencia⁴⁶, en virtud de su disposición adicional I⁴⁷, a partir del momento en el que se

⁴⁰ Vid. A. Nuyts, “Le contrôle de l’arbitrabilité selon la loi du for dans les Conventions de New York et de Genève et les concessions de vente exclusive à durée indéterminée en Belgique”, *RDC*, 1993, pp. 1122-1130.

⁴¹ Vid. M. A. Domínguez García, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, *RDM*, n° 177, 1985, pp. 419-485.

⁴² Vid. la Sentencia de la Corte de Casación belga (Sala 1ª) de 16 de noviembre de 2006 (disponible en http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20061116-7) en el asunto *Van Hopplynus c. Coherent*. En este, ante el arbitraje pactado entre una empresa belga y una empresa californiana en relación con un contrato de distribución en exclusiva, la Corte considera la controversia inarbitrable al existir una competencia exclusiva de los tribunales belgas de conformidad con la Ley de 27 de julio de 1961 sobre la resolución unilateral de concesiones de ventas en exclusiva de duración indeterminada. Al respecto, *vid.* P. Hollander, “Aspects de droit international privé et d’arbitrage de la distribution commerciale”, en A. C. Delcorde y P. Kileste (dirs.), *La distribution commerciale dans tous ses états*, Bruselas, J. Barreau, 1997, pp. 219-277, esp. pp. 257 y ss.

⁴³ Como ocurre en el ámbito jurisdiccional en relación con los contratos de agencia, *vid.* la Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98, *Ingmar*, y, al respecto, P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, pp. 74-75.

⁴⁴ *Cf.* art. 9.6 de la Ley 60/2003 de arbitraje, que se refiere a estas tres leyes (ley española, ley rectora del convenio y ley rectora del fondo) para determinar la arbitrabilidad de la controversia. *Vid.* J. C. Fernández Rozas, *op. cit.*, pp. 887-889.

⁴⁵ *Cf.* P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, pp. 84-85. En el Derecho comparado, la autora destaca como ejemplo notable la apuesta por la arbitrabilidad de la distribución en el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (DR-CAFTA antes citado), *ibidem* pp. 86-102.

⁴⁶ *BOE* n° 129, 29-V-1992.

⁴⁷ En redacción dada por la disposición adicional XVI de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.



apruebe una hipotética ley reguladora de los contratos de distribución⁴⁸. La duda surge porque dicha Ley de agencia se refiere a la competencia exclusiva para conocer de las controversias del tribunal del domicilio del agente, *mutatis mutandi*, el distribuidor de vehículos, “*siendo nulo cualquier pacto en contrario*”⁴⁹. Pese a este tenor literal, la existencia de una competencia exclusiva no significa que la materia sea inarbitrable. De hecho, dicha competencia exclusiva se ha entendido referida a casos puramente internos⁵⁰, y no a casos internacionales donde es pacífico el carácter disponible de la competencia en materias de distribución⁵¹.

B) Controversias relacionadas con el Derecho de la competencia

Afirmada con carácter general la arbitrabilidad del contrato de distribución, sí que existen determinadas controversias que han planteado más dudas. Una de ellas es aquel conflicto en el que se discute la adecuación del contrato de distribución al Derecho de la competencia⁵². En efecto, la distribución responde principalmente a dos modalidades. Por un lado, la modalidad de distribución exclusiva, en la que el contrato incluye una zona o grupo de clientes privativos para el distribuidor, de modo que se pactan cláusulas por las que el distribuidor no puede comercializar fuera de su ámbito de exclusividad y por las que el proveedor no puede designar más distribuidores dentro de dicho ámbito. Por otro

⁴⁸ De momento, su aplicación ha sido suspendida hasta la entrada en vigor de una hipotética ley de contratos de distribución comercial, de conformidad con la Disposición final IV de la Ley nº 7/2011, de 11 de abril que remite a la Disposición adicional XI de la Ley nº 7/1996, de 15 de enero, de comercio minorista. *Vid.*, principalmente, el Proyecto de Ley 121/000138 de contratos de distribución, *BOCG*, seria A, nº 138-1, 29 de junio de 2011, que finalmente no vio la luz.

⁴⁹ *Cf.* Disposición adicional II.

⁵⁰ *Cf.* P. Jiménez Blanco, “Alcance de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de agencia”, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 129-150; P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, pp. 80-83.

⁵¹ En el ámbito del Derecho procesal europeo, no existe competencia exclusiva alguna en esta materia, de forma que las partes pueden elegir tribunal y, en defecto de elección, la demanda judicial pueden presentarse en los tribunales del Estado del domicilio del demandado o en el tribunal del lugar donde se realizan los servicios de distribución, *cf.* Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2013, As. C-9/12, *Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA*. *Vid.*, por todos, J. Rodríguez Rodrigo, *Contratos internacionales de distribución comercial en el Derecho internacional privado de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2013, pp. 75 y ss.; A. Cebrían Salvat, “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”, *CDT*, vol. 5, 2013, pp. 125-138; A. M. López Rodríguez, “El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación de la aplicación del foro conflictual del Reglamento Bruselas I”, *La Ley UE*, nº 13, 2014, pp. 37-44.

⁵² *Vid.* J. C. Fernández Rozas, *op. cit.*, pp. 915-933. En la práctica comparada, *vid.* Sentencia de la Alta Corte de Justicia (Corte Comercial) de 6 de mayo de 2003, *Electronic Arts v. CTO*, [2003] EWHC 1020 (Comm), disponible en

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2003/1020.html>



lado, cabe citar la modalidad de distribución selectiva, en la que el proveedor vende sus mercancías a distribuidores autorizados por cumplir una serie de requisitos empresariales y de imagen comercial, excluyendo a otros distribuidores de la comercialización de dichas mercancías. Ambas modalidades de distribución pueden impedir, restringir o falsear la libre competencia entre empresas y convertirse en prácticas colusorias por llevar a un reparto de los mercados⁵³, contrario al Tratado de funcionamiento de la UE (en adelante TFUE)⁵⁴. Pero también es cierto que ambas modalidades pueden, a través de ciertas restricciones indispensables, contribuir a la mejora de la producción y de la distribución, reservando a los usuarios una participación equitativa, sin eliminar una parte sustancial de la competencia. Ello origina exenciones por las que se permiten ciertas prácticas restrictivas de la competencia en relación con los acuerdos verticales⁵⁵.

Proyectada esta compleja realidad de prohibiciones y exenciones en el arbitraje, el tribunal arbitral se puede enfrentar a casos de demandas arbitrales por nulidad o ineficacia de cláusulas contractuales por entenderlas contrarias a las normas de libre competencia⁵⁶. Ocurriría lo mismo cuando se discute el cumplimiento o incumplimiento del contrato precisamente en función de que su ejecución es ilegal por vulnerar dichas normas⁵⁷. En todos estos supuestos, las cuestiones relacionadas con el Derecho de la competencia pueden aparecer en la propia demanda inicial o por vía de reconvencción o excepción⁵⁸.

⁵³ En particular, la distribución selectiva puede llevar a crear redes cerradas de distribución (= “obstáculos de entrada” en la red), con poca competencia entre los distribuidores. Por su parte, la distribución exclusiva disminuye directamente la competencia entre distribuidores a nivel “intramarca” (= entre distribuidores del mismo proveedor) y promueve las “discriminaciones de precio” por territorios o clientes. *Vid.* los apdos. 151-167 y 174-188 de las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales, *DOUE* n° C 130, 19-V-2010.

⁵⁴ *DOUE* n° C 326, 26-X-2012.

⁵⁵ *Vid.* Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, *DOUE* n° L 102, 23-IV-2010.

⁵⁶ *Vid.* M. Gonzalo Quiroga, *Arbitrabilidad de la controversia internacional*, Granada, Alhulia, 2003, pp. 115-116, sobre la poca habitualidad de este tipo de demandas. No obstante, repárese en que la autora considera que en este tipo de controversias el Derecho de la competencia se presenta por el demandante como una cuestión a título principal. Sin embargo, en este trabajo se parte de una concepción distinta de las cuestiones a título principal, pues se considera que, en una acción de nulidad contractual por vulneración del Derecho de la competencia, la cuestión principal (*causa petendi*) sigue siendo de Derecho privado (nulidad del contrato) y no de Derecho público (infracciones y sanciones por vulneración de la libre competencia), aunque la invocación del Derecho de la competencia sea hecha por el demandante.

⁵⁷ *Vid.* M. Gonzalo Quiroga, *Arbitrabilidad de la controversia...*, *op. cit.*, pp. 115-116.

⁵⁸ *Vid.* M. Gonzalo Quiroga, *Arbitrabilidad de la controversia...*, *op. cit.*, pp. 115-116; G. Blanke y L. Ortiz Blanco, “El arbitraje en el ámbito del Derecho de la competencia europeo”, *RACI*, vol. V, 2012, pp. 693-723, esp. pp. 697-698. No deben confundirse estos supuestos con los casos en los que terceros perjudicados por la infracción de libre competencia ejercitan acciones reparatoras o indemnizatorias. Estos terceros, por ejemplo, los clientes del distribuidor, no están vinculados por el acuerdo de arbitraje alcanzado por el distribuidor y el proveedor.



Las dudas sobre esta arbitrabilidad de las controversias han sido despejadas en el ámbito de la UE por el Reglamento (CE) 1/2003⁵⁹. Es verdad que el citado Reglamento se refiera a la competencia de la Comisión, de las autoridades nacionales y de los órganos jurisdiccionales nacionales, y no a la de los tribunales arbitrales, para aplicar las normas de libre competencia del Tratado⁶⁰. También es verdad que los árbitros no son autoridades ni, por tanto, tienen legitimación en el sistema de recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶¹. Sin embargo, por otro lado, el Reglamento establece que tanto los acuerdos prohibidos (art. 101.1 TFUE) como los acuerdos admitidos por procurar un beneficio equitativo para el consumidor (art. 101.3 TFUE) no precisan de “decisión previa a tal efecto”⁶². Por tanto, sin necesidad de un pronunciamiento previo por parte de la Comisión, cualquier tribunal arbitral podrá valorar si se trata o no de una cláusula prohibida o admitida conforme al TFUE⁶³. También podrá valorar si concurre, y en qué medida, las exenciones declaradas por la Comisión para los acuerdos verticales. Los árbitros están resolviendo una controversia contractual entre las partes contratantes, nulidad de cláusulas contractuales o cumplimiento e incumplimiento contractuales, por mucho que esté interferida por normas de carácter público y sistémico⁶⁴. De hecho, esta arbitrabilidad se sustenta, en último término, en que el control final del laudo quedará en manos de una autoridad, como ha destacado el Tribunal de Justicia en el asunto *Eco Swiss*⁶⁵, dada la posibilidad de interponer una acción de anulación del laudo. Del mismo

⁵⁹ Del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, *DOCE* n° L 1, 4-I-2003.

⁶⁰ *Vid.* arts. 4 a 6 del Reglamento (CE) 1/2003.

⁶¹ *Vid.* J. Olavarría Iglesia, “Defensa de la competencia y arbitraje”, en L. Velasco San Pedro y otros (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 361-375, p. 367; I. Ortiz Baquero, “La aplicación privada de las normas de competencia a cargo de tribunales arbitrales”, *ibid.*, pp. 387-410, esp. pp. 389-390; C. Trabuco y M. F. Gouveia, “La arbitrabilidad de las cuestiones de competencia en la legislación portuguesa: la unión de dos artes negras”, *ibid.*, pp. 551-566, esp. pp. 554-555.

⁶² *Vid.* art. 1 del Reglamento (CE) 1/2003.

⁶³ *Cf.* M. Gómez Jene, *El arbitraje internacional...*, *op. cit.*, p. 63; G. Blanke y L. Ortiz Blanco, *loc. cit.*, pp. 702-711; I. Igartua Arregui, “Arbitraje y Derecho de la competencia”, en L. Velasco San Pedro y otros (dirs.), *op. cit.*, pp. 261-283, esp. pp. 264-265.

⁶⁴ *Vid.* el Laudo CCI 2811/1978, *JDI*, t. 106, 1979, pp. 984-986; y, más recientemente, el Laudo CCI 14841/2009, *JDI*, t. 142, 2015, pp. 180-192. Cuestión distinta es que, como se analizará después, los árbitros deben aplicar estas normas de carácter público y sistémico en calidad de leyes de policía, *vid. infra* IV.3. En la doctrina, *vid.* L. Idot, “Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution”, *Dr. Pr. Comm. Int.*, vol. 19, 1993, pp. 214-243, esp. pp. 234-236.

⁶⁵ *Vid.* Sentencia del TJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss*. En el Derecho comparado, mención especial merece la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos 2 de julio de 1985, en el asunto *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>



modo, el reconocimiento y ejecución transfronterizos del laudo se efectuará por un órgano jurisdiccional del Estado de destino⁶⁶.

C) Controversias relacionadas con el Derecho concursal

La segunda controversia que ha generado alguna duda sobre su arbitrabilidad está relacionada con la apertura de un concurso de acreedores a una de las partes contratantes, ya sea el distribuidor, ya el proveedor. Aunque quizá suponga desviar el tema al Derecho concursal, es necesaria una mención dado que la Cámara de Comercio Internacional recomienda la inclusión de una cláusula sobre la terminación del contrato como consecuencia del concurso de la otra parte:

CLÁUSULA SOBRE TERMINACIÓN POR INSOLVENCIA INSPIRADA EN EL MODELO CCI: “las partes acuerdan que las siguientes circunstancias serán consideradas inter alia como circunstancias excepcionales que justifican la terminación temprana por la otra parte: quiebras, concursos o procedimientos análogos o cualquier clase de convenio del deudor y sus acreedores, o cualesquiera otras circunstancias que probablemente afecten sustancialmente a la capacidad de las partes a realizar las obligaciones previstas por el contrato”⁶⁷.

Al hilo de esta cláusula, el nuevo Reglamento europeo de insolvencia⁶⁸ no ofrece una respuesta clara a la arbitrabilidad de una demanda de terminación del contrato de

⁶⁶ En cualquier caso, y a pesar de la arbitrabilidad de la controversia, los tribunales arbitrales no son competentes para conocer de cuestiones de Derecho de la competencia a título principal, tales como adoptar medidas para el cese de la infracción ni para convertir en obligatorios los compromisos de las partes para dicho cese, ni para la declaración de no aplicación de las normas de competencia por intereses público de la Unión, ni para imponer multas sancionadoras o coercitivas (arts. 7, 9, 10, 23 y 24 Reg. 1/2003). *Vid.* M. Gonzalo Quiroga, *Arbitrabilidad de la controversia...*, *op. cit.*, pp. 115-116. Todas estas competencias corresponden a la Comisión, como también corresponde a la Comisión, facultada por un reglamento del Consejo, la exención de los acuerdos verticales por categorías, y, entre ellos, los acuerdos de distribución.

⁶⁷ La cláusula modelo realiza una descripción amplia de procedimientos de insolvencia, porque el principal problema es su variada tipología y denominación en el Derecho comparado. Así, junto a los procedimientos de insolvencia en el que un órgano jurisdiccional, por la situación económica del deudor, designa una administración concursal y desapodera a dicho deudor de su patrimonio y facultades, aparecen figuras híbridas y pre-concursales, respecto de las cuales no es sencillo determinar su encaje como causa de terminación anticipada del contrato. Tampoco lo es determinar su encaje en función de que el procedimiento de insolvencia pretenda el saneamiento del deudor o la liquidación de su patrimonio.

⁶⁸ Reglamento (UE) 2015/848 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, *DOUE* n° L 5-VI-2015.



distribución por insolvencia de uno de los cocontratantes⁶⁹. No parece que la mera calificación como “exclusiva” de una competencia de los tribunales del Estado de concurso⁷⁰ sea suficiente como para hacer la controversia inarbitrable⁷¹. Por tanto, en sí mismo el Reglamento europeo de insolvencia no niega la arbitrabilidad de la materia. Cuestión distinta es que dicha competencia exclusiva se vea reforzada con lo que pueda disponer la ley estatal rectora del concurso y esta lleve a la conclusión de que la materia es inarbitrable⁷². Esta ley determina si la controversia puede ser disponible por las partes (autonomía de la voluntad material)⁷³ y si la competencia del juez del concurso puede ser derogable⁷⁴, cuando un arbitraje puede afectar sustantiva y procedimentalmente a un interés general y colectivo, relacionado con la mejor liquidación del patrimonio o el saneamiento de la empresa. Puede resultar, de hecho, poco práctico abrir un arbitraje para una cuestión tan concreta que el juez del concurso resolvería de forma mucho más rápida. Como se observa, criterios como la exclusividad de la competencia, su carácter inderogable, la indisponibilidad por las partes y el principio de economía procesal no son criterios aisladamente suficientes, pero en su conjunto pueden avalar que la ley rectora del concurso considere inarbitrable la materia.

⁶⁹ La única referencia que contiene el Reglamento es a los efectos del concurso sobre los procedimientos arbitrales en curso y este no es el caso, pues precisamente el arbitraje se iniciaría como consecuencia del concurso.

⁷⁰ Debe recordarse que el Reglamento atribuye competencia en principio exclusiva a los tribunales del Estado de apertura del concurso para cualquier acción concursal. Y parece pacífico admitir que una demanda sobre la terminación del contrato por concurso, como cualquier otra sobre los efectos del concurso en un contrato, se calificaría como acción concursal por fundamentarse en la legislación de insolvencia y vincularse al procedimiento concursal. *Vid.*, al respecto, I. Heredia Cervantes, *Arbitraje y concurso internacional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2008, pp. 70 y ss.; M. Penadés Fons, *Insolvencia transfronteriza y arbitraje comercial internacional*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2015, pp. 41 y ss.

⁷¹ *Vid.* I. Heredia Cervantes, *op. cit.*, pp. 83 y ss.; M. Penadés Fons, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; más, en general, M. Gonzalo Quiroga, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2003, pp. 126-127.

⁷² La ley rectora del concurso sería la ley aplicable a la arbitrabilidad. *Vid.*, muy destacadamente, aunque no en referencia al caso expuesto, M. Penadés Fons, *op. cit.*, pp. 79 y ss. También se pronuncian en este sentido, E. Sevilla y D. Shatrova, “Normativa Europea sobre insolvencia: Reglamento 848/2015 y su incidencia en las cláusulas y procedimientos arbitrales en el ámbito europeo”, *La Ley*, nº 9025, 20-VII-2017. En general, sobre el concepto de ley aplicable a la arbitrabilidad, *vid.* M. Gonzalo Quiroga, *Orden público...*, *op. cit.*, pp. 145 y ss. Téngase en cuenta, no obstante, que la aplicación de la ley rectora del concurso a la arbitrabilidad de esta controversia no está expresamente recogida en el art. 9.6 de la Ley 60/2003 de arbitraje, que solo se refiere a la ley rectora del convenio arbitral, a la ley rectora del fondo de la controversia y a la ley española. *Vid.* M. Penadés Fons, *op. cit.*, p. 156.

⁷³ Por ejemplo, ello no ocurre en España en donde “se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”, *cf.* art. 61.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *BOE* nº 164, 10-VII-2003.

⁷⁴ *Vid.* S. Kröll, “Arbitration and Insolvency-Selected conflict of laws problems”, en F. Ferrari y S. Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 211-253, esp. pp. 216-217.



3. Conducción del procedimiento

A) Acumulación de arbitrajes sobre colaboración comercial y compraventas

Un problema ya adelantado en el momento de celebración del acuerdo de arbitraje tiene que ver con la existencia de varios acuerdos de arbitraje: uno, en el acuerdo marco de distribución; otros, en las operaciones de compraventa que se celebran a lo largo de la colaboración comercial. Ello plantea la cuestión de la posible acumulación de arbitrajes, ya *ab initio* formulando una única demanda arbitral basada en distintos acuerdos de arbitraje (arbitrajes multicontratos), ya *a posteriori* planteándose una acumulación de arbitrajes abiertos a favor del tribunal arbitral pactado o, en su defecto, del que conozca del primer arbitraje (consolidación de arbitrajes).

Para que se puedan acumular en un mismo arbitraje controversias nacidas de distintos acuerdos de arbitraje incluidos en contratos vinculados de distribución y compraventa, será necesario o un acuerdo de las partes o, en su defecto, una compatibilidad absoluta en lo que respecta a lugar de arbitraje, idioma, reglas arbitrales e institución arbitral⁷⁵. Dicha compatibilidad será valorada por la corte de arbitraje⁷⁶ o, en defecto de esta, por el propio tribunal arbitral⁷⁷. Solo son admisibles diferencias mínimas

⁷⁵ Cf. J. C. Fernández Rozas, “Cláusulas compromisorias...”, *loc. cit.*, p. 167. *Vid.* art. 9 del Reglamento CCI respecto del arbitraje en casos de multiplicidad de contratos; y el art. 10, respecto de la consolidación de arbitrajes. No se observa la misma claridad en el art. 5.1 del Reglamento de la Corte Europea de Arbitraje, que se refiere a la acumulación de nuevas demandas que queden dentro del “ámbito del acuerdo de arbitraje”, cuando, en este caso, el problema es que existen varios acuerdos de arbitrajes que pueden ser compatibles. Similares observaciones pueden hacerse del art. 16 del Reglamento OHADAC. Tampoco es especialmente preciso el art. 19 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje que exige para una posible acumulación que sean procesos entre las mismas partes y regidos por el “mismo procedimiento”. Hubiera sido deseable una referencia concreta a la compatibilidad entre los acuerdos de arbitraje.

⁷⁶ El art. 10 del Reglamento CCI señala que la Corte considerará la compatibilidad de los acuerdos de cara a su consolidación. En particular, tomará en cuenta cualquier circunstancia que considere relevante, incluyendo si uno o más árbitros han sido confirmados o nombrados en más de un arbitraje. Cuando los arbitrajes sean consolidados, lo serán en el arbitraje que haya comenzado primero, salvo que todas las partes acuerden lo contrario. Por su parte, el art. 19 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje señala que esta, a instancia de parte, podrá acordar la acumulación. Deberá examinar la naturaleza de las nuevas reclamaciones, su conexión con las formuladas en el proceso ya incoado y el estado en que se hallen las actuaciones. Tras ello, se acordará la acumulación cuando el laudo que haya de recaer en uno de los procedimientos pueda producir efectos prejudiciales en el otro, o en aquellos casos en que entre los objetos de los arbitrajes cuya acumulación se solicite exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse laudos con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

⁷⁷ Así ocurre en el art. 16 del Reglamento OHADAC, bajo el cual el tribunal arbitral puede ordenar la acumulación de las nuevas demandas salvo que ya esté suscrita el acta de misión. El art. 5.1 del Reglamento



y de matiz entre los acuerdos de arbitraje para no entorpecer la acumulación en un arbitraje de todas las reclamaciones⁷⁸. Sea como fuere, la elección de una ley distinta para distintas partes del fondo de la controversia -colaboración comercial y operaciones de compraventa- no debe impedir la acumulación de arbitrajes si existe compatibilidad procesal.

B) Pendencia de varias causas

La existencia en la distribución comercial de una pluralidad de acuerdos y de cierto reparto del mercado que afecta a la libre competencia puede conllevar la pendencia de varias causas. Por pendencia de causas homogéneas cabe referirse a la existencia de una controversia conectada con otro arbitraje, que no se puede acumular. Sería el caso de un arbitraje sobre el acuerdo marco de colaboración comercial y otro arbitraje no acumulable sobre las posteriores operaciones de compraventa y los pedidos cursados por el distribuidor al proveedor. Por pendencia de causas heterogéneas, cabe referirse a una cuestión susceptible de tratarse en un procedimiento administrativo o judicial que incide en el arbitraje en curso. Sería el ejemplo de un arbitraje sobre la distribución comercial cuando está pendiente un expediente de infracción de las normas de libre competencia.

En relación con las cuestiones homogéneas, puede ocurrir, por un lado, que al decidir sobre la conformidad de una operación de compraventa con su propio acuerdo de arbitraje, haya que analizar alguna de las cláusulas del contrato marco de distribución, sometidas a otro procedimiento. En estos casos, tendrá prioridad el procedimiento sobre el acuerdo marco, suspendiendo el procedimiento sobre las operaciones de compraventa. Por otro lado, puede plantearse si el incumplimiento de una o varias operaciones de compraventa, sometidas a sus propios acuerdos de arbitraje, puede convertirse en una causa para la resolución del contrato de distribución, sometida a su propio acuerdo de arbitraje. Se produce, en este sentido, un fraccionamiento de la causa⁷⁹. Deberán

de la Corte Europea de Arbitraje no especifica qué órgano acuerda la acumulación de “demandas adicionales” a la “demanda originaria” si bien puede concluirse la competencia del tribunal arbitral, tras valorar que las nuevas demandas están suficientemente conectadas con las originales.

⁷⁸ Tales serían los casos de acumulaciones de reclamaciones cuando en unos casos los acuerdos de arbitraje figuren como cláusulas contractuales y en otros como acuerdos independientes posteriores, *vid.*, por ejemplo, el art. 7.1 de la opción 1 de la Ley Modelo UNCITRAL.

⁷⁹ En aplicación subsidiaria de las reglas españolas de arbitraje, se ha señalado que “*los efectos prejudiciales también se rigen por el principio de seguridad jurídica, pero se basan en la idea de colaboración e integración: se pretende que lo decidido con efecto de cosa juzgada en un proceso anterior, sea el asiento*”



solventarse, en primer lugar, los arbitrajes sobre incumplimiento o no de las operaciones de compraventa. Resueltas estas cuestiones, podrá interponerse o proseguir la demanda arbitral sobre la resolución del contrato mismo de distribución, si el incumplimiento de las operaciones de compraventa puede considerarse un incumplimiento sustancial del contrato mismo de distribución⁸⁰.

Un tratamiento distinto debe darse a la pendencia de causas heterogéneas, susceptibles de abordarse en un procedimiento administrativo o judicial⁸¹. Tal sería el caso de un proceso arbitral pendiente mientras que se incoa un expediente por parte de la Comisión, ya sea a los efectos de constatar y eliminar una restricción a la libre competencia no amparada por la exención de acuerdos verticales⁸², ya sea a los efectos de retirar la exención para ese concreto contrato⁸³. En estos casos, el tribunal arbitral debería valorar si suspende o no el procedimiento arbitral, a la espera de la decisión de la Comisión, y con la finalidad de dictar un laudo compatible con esta, para minimizar el riesgo de anulación del laudo y de no reconocimiento en otros Estados.

IV. Ley aplicable al fondo de la controversia arbitral sobre distribución

Comenzaba mi intervención refiriéndome a cuatro fases fundamentales del proceso arbitral, ya he aludido a las dos primeras: el pacto de las partes y el inicio y conducción del procedimiento. Pero, en verdad, “el Arte de lo Bueno y de lo Equitativo” de nuestro jurista romano, del lema de nuestra Academia, se refiere a la resolución del fondo de la controversia, en nuestro caso, arbitral. Este es el tercer aspecto en el que me

lógico, necesario, absoluto, y vinculante en otro proceso posterior, como elemento básico del que partir para construir la decisión de ese segundo proceso” [Sentencia de la AP de Madrid (Secc. 14ª) de 31 de enero de 2014, AC 2014\318; véase, además: ATSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y de lo Penal) de 10 de febrero de 2014, JUR 2014\156593, en referencia a que ha de existir riesgo de “grave contradicción” entre el proceso civil y el arbitraje; y Sentencia de la AP de Madrid (Secc. 11ª) de 30 de marzo de 2012, JUR 2012\168245; Sentencia de la AP de Almería (Secc. 2ª) de 10 de marzo de 2014, JUR 2014\169215].

⁸⁰ *Vid.* Sentencia de la AP de Las Palmas (Secc. 4ª) de 23 de marzo de 2009, JUR 2009\248636, señalando que la suspensión del procedimiento arbitral solo es pertinente si la resolución del contrato depende del proceso judicial previo; y en parecido sentido, Sentencia del TSJ de Madrid (Secc. 1ª) de 3 de julio de 2012, AC 2012\1386 y de 12 mayo de 2015, JUR 2015\165263.

⁸¹ *Vid.*, en términos generales, el Laudo CCI 16056/2009, *JDI*, t. 141, 2014, pp. 183-188.

⁸² *Vid.* art. 16 Reglamento 1/2003.

⁸³ *Vid.* art. 29 Reglamento 1/2003 de retirada individualizada de la exención del Reglamento 330/2010.



voy a detener. ¿Qué es lo bueno y qué es lo equitativo en un arbitraje internacional en materia de distribución?

1. Ley elegida por las partes

A) Elección de un Derecho estatal

Lo más habitual en el sector de la distribución comercial internacional es que las partes elijan ley para resolver sus controversias. Se plantean, entonces, problemas comunes tanto al arbitraje como a la litigación judicial, si bien en el primero se presenta de forma más palpable la consideración, además de la ley elegida, de las propias estipulaciones del contrato y de los usos del comercio internacional⁸⁴. Sea como fuere, el tribunal arbitral debe prestar especial atención a la redacción de la cláusula de elección de ley y a las cuestiones a las que se aplicará la ley elegida. En particular, deberá examinar si la elección se refiere tanto a las obligaciones derivadas del contrato marco de distribución como a las operaciones de compraventa que se van a ejecutar durante la vigencia del contrato. Por ejemplo:

CLÁUSULA TIPO DE ELECCIÓN DE LEY AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN:

“El presente contrato y todas las operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo se rigen por las leyes de [Estado elegido o unidad territorial de un Estado con normativa contractual propia], con exclusión de sus normas de Derecho internacional privado”.

DESARROLLO: el supuesto de hecho abarca las obligaciones derivadas del contrato y las operaciones de compraventa que se van a ejecutar durante la vigencia del contrato. La ley elegida puede referirse a un Estado pero, de existir varias unidades

⁸⁴ Vid. art. 28 de la Ley Modelo UNCITRAL; art. VII Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional; art. 34.2 Ley 60/2003 de arbitraje. En la jurisprudencia, *vid.*, por ejemplo, la Sentencia de la Corte de Apelación de París (1ª) de 5 de marzo de 1998, en el asunto *Forasol c. F. K. CISTM*, *Rev. Arb.*, 1999, pp. 86-91. El tribunal arbitral puede encontrarse un primer escenario, en el que las partes eligen la ley del Estado donde se halla el establecimiento del distribuidor si allí va a ejecutar el contrato. Probablemente esta elección se amoldaría a los intereses del distribuidor que sea conocedor de dicho ordenamiento y esté familiarizado con él. El tribunal arbitral podría encontrarse un segundo escenario, en el que se haya elegido la ley del Estado donde se halla el establecimiento del proveedor, para que este agrupe en un único ordenamiento las distribuciones de su producto que se realicen en cualquier parte del Mundo. Por último, el tribunal arbitral podría encontrarse un tercer escenario en el que se eligiera una ley distinta y extraña a cualquiera de las partes, llevados por encontrar un Derecho “neutral”, que, en términos de localización, no parta de las conexiones de las partes con ningún Estado.



territoriales con legislación contractual propia, es recomendable referirse directamente a una unidad territorial. La exclusión de las normas de Derecho internacional privado del Estado o unidad territorial elegidos pretende evitar que sus ordenamientos consideren competente otra legislación (= exclusión del reenvío). En este contexto, es perfectamente posible que el tribunal arbitral deba conocer sobre cuestiones relacionadas con uno de los pedidos y que la cláusula de elección de ley no se encuentre en la documentación contractual de ese pedido sino en el acuerdo marco inicial.

A pesar de lo expuesto, el tribunal arbitral también podrá encontrarse supuestos en los que se hayan elegido varias leyes⁸⁵. Como ya se ha señalado, en las modalidades de distribución comercial, existen dos partes diferenciadas y con autonomía jurídica. Por un lado, cabría referirse a los derechos y obligaciones vinculados a la colaboración comercial de las partes; por otro, durante la vigencia del contrato se realiza una serie de operaciones de compraventa por las que el distribuidor adquiere bienes del proveedor, para después revenderlos, que podría someterse a una ley distinta y específica de la anterior⁸⁶. De hecho, la elección de ley para estas operaciones de compraventa puede deferirse en el tiempo y ser posterior a la elección del acuerdo marco. En caso de haberse hecho esta elección parcial, el tribunal arbitral debe delimitar qué derechos y obligaciones dependen de cada parte para aplicar la correspondiente ley elegida a la controversia.

B) Elección de textos internacionales o transnacionales

En el arbitraje, y de forma mucho más nítida que en el ámbito jurisdiccional, es perfectamente posible solucionar las controversias conforme a instrumentos internacionales o transnacionales, por voluntad de las partes y al margen de un Derecho

⁸⁵ Vid. S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 49.

⁸⁶ De hecho, en el marco de la colaboración comercial, el distribuidor puede tener un interés especial en que se aplique la ley del lugar donde se va a llevar a cabo la distribución, porque es el lugar de ejecución de la colaboración y es habitual que el distribuidor esté establecido en dicho Estado. Por el contrario, respecto de las operaciones de compraventa, el proveedor puede tener un especial interés en que se aplique la ley del Estado donde está establecido. Si fabrica bienes para comercializarlos a nivel mundial, la aplicación de esta ley implica que todas las operaciones de compraventa se regirán por una misma ley, dondequiera que se celebren y con cualquiera de los distribuidores con los que las celebren. En este sentido, que las operaciones de compraventa se vayan a celebrar con posterioridad a la firma del contrato marco de distribución no impide que, desde ese mismo momento, ya quede determinada.



de un Estado o de su vinculación a un convenio⁸⁷. Ello tiene especial trascendencia en el sector de la distribución comercial.

Respecto de la elección por las partes de textos internacionales, quizá el caso más relevante es el de la elección de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980⁸⁸, independientemente de que la relación esté localizada o no en Estados partes en dicha Convención⁸⁹. La voluntad se puede manifestar de distintas formas. Primera, por una vía directa de incorporación por referencia de la Convención para regir cualquier controversia (autonomía de la voluntad material)⁹⁰. Segunda, por una vía indirecta de elección de la ley de un Estado que es parte en dicha Convención, de forma que esta forma parte del ordenamiento jurídico elegido (autonomía de la voluntad conflictual)⁹¹. *A sensu contrario*, el tribunal arbitral no se aplicaría la Convención si las partes manifiestan su voluntad de excluirla del marco de arreglo de controversias o si eligen la ley de un Estado que no es parte en dicho convenio.

Ahora bien, la elección de la Convención de Viena plantea a los árbitros una cuestión material añadida, a saber: si dicho tratado se aplica no solo a las operaciones de compraventa entre las partes (los pedidos), sino también al acuerdo marco de distribución, en el que se fija la colaboración comercial. Esta posición tiene evidentes bondades, siendo la principal la extensión del Derecho uniforme a una modalidad contractual que, de otra forma, apenas tiene normas uniformes en el comercio internacional⁹². En el ámbito arbitral, debe, pues, defenderse si los contratantes han manifestado su voluntad de que la Convención rija algunas cuestiones del acuerdo marco, principalmente, formación e interpretación del contrato y remedios contractuales⁹³. Sin embargo, como se verá, resulta arriesgado hacer esta extensión de la Convención al acuerdo marco de distribución si las partes no se han manifestado a favor, entre otras razones, porque la Convención no está diseñada para una colaboración comercial compleja como es la derivada de la distribución.

⁸⁷ Vid. S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, pp. 50-51.

⁸⁸ BOE n° 26, 30-I-1991.

⁸⁹ Vid. S. Kröll, "Arbitration and the CISG", en I. Schwenzer, Y. Atamer y P. Butler (ed.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, La Haya, Eleven, 2014, pp. 59-86, esp. pp. 67-68.

⁹⁰ Vid. el Laudo CCI 13436/2006, *JDI*, t. 141, 2014, pp. 189-193.

⁹¹ Vid. Laudo del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Serbia de 28 de enero de 2009, *CLOUT* 1020.

⁹² Cf. P. Perales Viscasillas, "International Distribution Contracts and CISG", en I. Schwenzer, Y. Atamer y P. Butler (ed.), *op. cit.*, pp. 43-57, esp. p. 48.

⁹³ Cf. *ibidem* p. 48.



Aparte de la elección de un instrumento internacional, cabe la posibilidad de elegir un texto transnacional, en el marco de la nueva *lex mercatoria*. En relación con el sector de la distribución, y a pesar de reconocer cierta crisis de la *lex mercatoria*, pueden destacarse tres posibles escenarios. En primer lugar, a nivel internacional, podría pensarse en la elección de los Principios UNIDROIT, que presentarían la ventaja de ser una regulación funcional y conocida por los operadores y por el tribunal arbitral, y el inconveniente de no tener una regulación específica sobre el contrato de distribución. En segundo lugar, a nivel europeo, podría pensarse, al menos teóricamente, en la elección del abandonado Proyecto de Marco Común de Referencia⁹⁴, que presentaría la ventaja de aunar una regulación genérica sobre los contratos con una alusión específica sobre el contrato de distribución⁹⁵. Tendría, sin embargo, el inconveniente de estar excesivamente influido por la familia jurídica germánica y, por tanto, encontrar reticencias en operadores ajenos a su área de influencia y con árbitros no excesivamente familiarizados con este texto. Además, las reglas específicas sobre el contrato de distribución son básicas y no solucionan algunos de los problemas que puede generar un contrato de distribución. Muchos de estos contratos contendrán un clausulado más detallado que el articulado del fallido Proyecto de Marco Común de Referencia. En tercer lugar, a nivel nacional, y también desde un plano casi teórico, podría pensarse en la elección de la Propuesta de Código Mercantil español de la Comisión General de Codificación. Pese al valor añadido de una regulación detallada sobre el contrato de distribución, tiene el hándicap de que, en el mejor de los casos, sería aceptada por operadores del área de influencia del Derecho español, quizá en Iberoamérica. Será un texto ajeno a una gran mayoría de árbitros internacionales. Además, puede considerarse una regulación poco exitosa y proteccionista para el distribuidor, lo que puede adaptarse mal a los múltiples sectores en los que se celebran estos contratos. En muchos de ellos, en los que el distribuidor puede ser una parte más débil -piénsese en un proveedor, fabricante de productos a nivel mundial-, el proveedor vetará, haciendo uso de su posición de fuerza, esta elección de la Propuesta. En otros, en los que el distribuidor tiene una posición de mercado más

⁹⁴ Vid., notablemente, el capítulo 5 (distribución) de la Parte E (agencia comercial, franquicia y distribución) del Libro IV (contratos específicos y derechos y obligaciones nacidos de ellos) del Proyecto de Marco Común de Referencia (versión utilizada: C. von Bar, E. Clive y H. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Múnich, Sellier, 2009).

⁹⁵ Vid. P. Perales Viscasillas, "The Good, the Bad, and the Ugly in Distribution Contracts: Limitation of Party Autonomy in Arbitration?", *Penn St. J. L. & Int'l. Aff.*, vol. 4, 2015, pp. 213-241, esp. pp. 216 y ss.



relevante -piénsese en un distribuidor de productos agrícolas de pequeñas explotaciones-, el distribuidor impondrá esta elección precisamente para obtener una mayor protección, aun cuando, paradójicamente, sea la parte fuerte. En este contexto, la heterogeneidad de los trabajos codificadores hace que no sea descartable, aunque, a mi juicio, no resulte excesivamente útil, la posibilidad de combinar distintos trabajos codificadores de la *lex mercatoria*.

C) Patologías

La existencia de estas dos partes diferenciadas en el contrato de distribución comercial, una de las cuales, la de realización de operaciones de compraventa, puede, además, diferirse en el tiempo, origina problemas a los árbitros a la hora de interpretar las cláusulas de elección de normas jurídicas (leyes estatales o textos internacionales o transnacionales). Piénsese en una cláusula redactada de forma genérica como la siguiente:

CLÁUSULA PATOLÓGICA DE ELECCIÓN DE LEY EN EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN: “El contrato se regirá por las leyes de [Estado elegido o unidad territorial de un Estado con normativa contractual propia]”.

Es verdad que este tipo de cláusulas no son en sí mismas patológicas, pero sí son merecedoras de este calificativo cuando se aplican a un contrato complejo como el de distribución, con una dinámica contractual dual, que implica colaboración entre proveedor y distribuidor y compraventas entre ambos. La duda a la que se enfrenta el tribunal arbitral es si se ha elegido una norma jurídica solo para el contrato de distribución, entendido como un contrato de colaboración comercial, o si también se ha elegido ley para las operaciones de compraventa que se realicen durante la vigencia de esta colaboración comercial. A mi juicio, cabe sostener que, en caso de cláusulas genéricas introducidas en el contrato marco, solo ha existido elección de normas para la colaboración comercial. En el contrato marco, se establece la colaboración comercial y los compromisos de vender y comprar durante la vigencia de la colaboración, pero no se perfeccionan efectivamente las operaciones de compraventa.



La posibilidad de entender que las cláusulas genéricas introducidas en el contrato marco solo se refieren a dicho contrato marco y no a las operaciones de compraventa tiene, sin embargo, cuatro inconvenientes importantes en la práctica arbitral:

Primero, confusión por el contenido del contrato: en el mismo contrato marco puede pactarse un pedido inicial para la puesta en marcha de la distribución, en cuyo caso, y en función de cómo se haya redactado la cláusula de elección, esta normativa podría regir dicho pedido inicial. Ello puede generar una expectativa equívoca sobre que todas las operaciones sucesivas a lo largo de la vigencia del contrato quedan regidas por dicha cláusula.

Segundo, conflictividad por la redacción de la cláusula: también se puede generar una expectativa equívoca si las partes han redactado una cláusula de elección de normas que extienda esta a “*toda reclamación, controversia o litigio derivado de o relacionado con el contrato*”. Estas cláusulas son especialmente problemáticas porque muchas veces se incluyen para someter a la normativa elegida reclamaciones que sean de carácter extracontractual⁹⁶. No tienen, en puridad, un ánimo de extender la ley elegida a operaciones contractuales autónomas pero relacionadas con el contrato, como ocurre con las operaciones de compraventa en el marco de la ejecución de la distribución. Sin embargo, la amplitud con la que haya sido redactada la cláusula y la alusión, por ejemplo, a reclamaciones “*relacionadas de cualquier forma con el contrato marco*”, serían motivos suficientes como para que el tribunal arbitral interprete que ha existido una elección de ley para las futuras operaciones de compraventa, desde el momento en el que están relacionadas con la ejecución del contrato de distribución.

Tercero, incertidumbre por el alcance de la elección tácita: puede ocurrir, además, que las expectativas equívocas de las partes se conviertan en un argumento a favor de la elección tácita de esa misma norma para las operaciones de compraventa. Ciertamente, no se prohíbe que la elección tácita de ley pueda derivarse de una expectativa equivocada de las partes. Si, con base en esa expectativa equivocada, se han ejecutado las operaciones de compraventa conforme a la ley elegida al contrato marco, habría una elección tácita de la ley⁹⁷. Probablemente, en caso de controversia, exista un problema de prueba ante el

⁹⁶ Vid. Laudo CCI 15573/2010, *JDI*, t. 143, 2016, pp. 643-651. En la doctrina, *vid.* P.A. de Miguel Asensio, “Cláusulas de elección del Derecho aplicable”, en S.A. Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 243-269, esp. pp. 248-249.

⁹⁷ *Vid.*, sobre los problemas de la elección tácita en el arbitraje comercial internacional, S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 47.



tribunal arbitral, por lo que sería muy útil si, por ejemplo, en la tramitación de los pedidos, se hace mención a algún precepto del ordenamiento elegido.

Cuarto, riesgo de un efecto sorpresa: el resultado de esta situación es un alto grado de inseguridad jurídica y de riesgo de que, a pesar de la elección de norma en el contrato marco, las operaciones de compraventa no se rijan por dicha elección. Las dudas sobre si la elección de ley afecta a las operaciones de compraventa o sobre si ha existido una elección tácita se traduce en que puede existir cierto “efecto sorpresa” y que el tribunal arbitral finalmente aplique las normas de ley aplicable en defecto de elección. Ello puede generar cierta confusión para los contratantes.

2. Normas jurídicas apropiadas en defecto de elección

A) La colaboración comercial

En caso de que no se haya elegido ley, los árbitros resolverán, además de conforme a las estipulaciones del contrato y a los usos del comercio, conforme a la *lex mercatoria* y los principios generales complementados en lo necesario por las normas jurídicas apropiadas⁹⁸. A este respecto es difícil delimitar una *lex mercatoria* clara y unos usos o principios apropiados para la colaboración comercial. Quizá un buen elemento para encontrar una regulación a estos hechos se encuentre en el contrato modelo de la Cámara de Comercio Internacional. En cambio, la prolija regulación del contrato en el Marco Común de Referencia no puede elevarse a la categoría de usos del comercio internacional. Del mismo modo, y aunque loables, los esfuerzos por extender la aplicación de la Convención de Viena de 1980 al acuerdo marco de distribución a cuestiones como la interpretación y formación del contrato o a los remedios contractuales⁹⁹, chocan con la caracterización del acuerdo de distribución como una prestación de servicios comerciales, además de encontrar importantes lagunas precisamente en lo relativo a la colaboración comercial¹⁰⁰.

⁹⁸ *Vid.*, con distinta intensidad, art. 34.2 Ley 60/2003 de arbitraje, art. VII Convenio de Ginebra de 1961; art. 28 de la Ley Modelo UNCITRAL. En la doctrina, *vid.* S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, pp. 58 y ss.

⁹⁹ *Vid.* P. Perales Viscasillas, “International Distribution Contracts and CISG”, *loc. cit.*, pp. 51-53 y 55.

¹⁰⁰ *Vid.* P. Perales Viscasillas, “International Distribution Contracts and CISG”, *loc. cit.*, p. 55. Excluyendo los contratos de distribución de la Convención en el ámbito arbitral, *vid.* Laudo del Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio de Serbia de 13 de noviembre de 2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071113sb.html>. En el ámbito judicial, *vid.* la Sentencia de la Corte de



Sea como fuere, junto con estas soluciones materiales, es posible una solución conflictual en función de la cual se aplique la ley de un Estado a la que remitan las normas de conflicto¹⁰¹, como destacan la Ley Modelo UNCITRAL o el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961¹⁰². Lo mismo ocurre con alguna entidad administradora de arbitraje, como la Corte Europea de Arbitraje, que sí se refiere en sus normas de arbitraje a un Derecho estatal¹⁰³. Esta solución conflictual no implica ni mucho menos que el tribunal arbitral tenga que recurrir a las normas de Derecho internacional privado de la sede del arbitraje¹⁰⁴. Al contrario, deberá recurrir a las normas de conflicto que se consideren apropiadas. Tal podría ser el caso de una norma de conflicto común o equivalente en los ordenamientos de los respectivos Estados donde están establecidas las partes¹⁰⁵. Por ejemplo, si las partes están establecidas en la UE, el tribunal arbitral podría encontrar en las normas de conflicto del Reglamento “Roma I”¹⁰⁶ unas reglas comunes aceptables¹⁰⁷.

En cualquier caso, una norma de conflicto apropiada podría encontrarse en la remisión a la ley del establecimiento del distribuidor¹⁰⁸. Desde una perspectiva jurídica, el distribuidor realiza la prestación característica del contrato, es decir, la que identifica y distingue al contrato de distribución de cualquier otro. Esta prestación no es otra que la obligación del distribuidor de comercializar, en su propio nombre y por su propia cuenta, los bienes del proveedor. Desde una perspectiva económica, el centro de gravedad del contrato gira en torno a estas ventas o comercialización de productos¹⁰⁹.

Apelación de Koblenza de 17 de septiembre de 1993, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930917g1.html>; la Sentencia de la Corte de Apelación de Hamm de 5 de noviembre de 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971105g1.html>; y la Sentencia de la Alta Corte Comercial de Serbia de 22 de abril de 2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080422sb.html>.

¹⁰¹ Vid. S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 50.

¹⁰² BOE nº 238, 4-X-1975.

¹⁰³ Vid. art. 11.4 de sus Reglas de Arbitraje, cuando establece que el “*Tribunal shall apply the substantive law determined by application of the conflict of law rules...*”

¹⁰⁴ Vid. S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 54.

¹⁰⁵ Vid. el art. 11.4 de las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje, cuando se refiere a las “*conflict of law rules common to the legal systems of the respective parties, unless such substantive law is contrary to the reasonable expectations of the parties*”.

¹⁰⁶ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE nº L 177, 4-VII-2008.

¹⁰⁷ Vid. el Laudo CCI 14748/2009, *JDI*, t. 143, 2016, pp. 623-627.

¹⁰⁸ Vid. H. Aguilar Grieder, “Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I”, *CDT*, vol. 1, 2009, pp. 19-35.

¹⁰⁹ En el marco del Reglamento “Roma I”, salvo que se elija ley, el contrato de distribución se rige por la ley de residencia habitual del distribuidor [art. 4.1.f)]. En la doctrina, *vid.* J. Maseda Rodríguez, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2000, pp. 75 y ss.



Recuérdese, en cualquier caso, que no se estaría a las normas del lugar donde se ejecuta la distribución o reventa de bienes, sino a las normas del país donde está el establecimiento de quien realiza esa ejecución. Este desplazamiento del lugar de ejecución al lugar donde está establecido quien ejecuta la distribución tiene dos ventajas fundamentales para el arbitraje. Primera, ofrece una respuesta clara para los arbitrajes relacionados con la multi-distribución de bienes en varios Estados: podrá haber varios Estados de ejecución de la distribución, pero solo habrá un establecimiento del distribuidor. Segunda, el desplazamiento del lugar de ejecución al lugar donde está establecido quien ejecuta la distribución ofrece una respuesta clara para arbitrajes relacionados con la e-distribución a través de internet, en los que la distribución no se ubica geográficamente en un espacio determinado¹¹⁰. Véase, por ejemplo:

CASO TIPO SOBRE LEY APLICABLE A LA DISTRIBUCIÓN EN DEFECTO DE ELECCIÓN: el proveedor, establecido en el Estado A, celebra un contrato de distribución con el distribuidor, establecido en el Estado B, para comercializar sus bienes en el Estado C.

DESARROLLO: pese a que no es habitual que el distribuidor esté establecido en un Estado distinto al de comercialización, este supuesto tipo sirve para explicar que sería aplicable la ley del Estado B, donde está establecido el distribuidor, independientemente de que ejecute el contrato en el Estado C.

B) Operaciones de compraventa

El contrato de distribución plantea un problema añadido cuando no se ha elegido ley, ya que, además de la colaboración comercial entre proveedor y distribuidor, se incluyen operaciones de compraventa. En el marco de un hipotético arbitraje de Derecho, los árbitros resolverán sobre dichas operaciones de compraventa en función de las estipulaciones del contrato y de los usos del comercio y la *lex mercatoria*. Las de compraventa son operaciones autónomas en el marco de la distribución y pueden ser resueltas conforme a una *lex mercatoria* más precisa y clara que la aplicable a la

¹¹⁰ Una última ventaja, aunque no tanto valorable por el tribunal arbitral desde una perspectiva microeconómica, sino por el legislador desde una perspectiva macroeconómica, es que el distribuidor aplicará una única ley a todos sus contratos de distribución que haya podido celebrar con distintos proveedores; en consecuencia, tendrá un único régimen aplicable a toda su actividad empresarial relativa a la distribución.



colaboración comercial. Dada esta autonomía, no habrá ningún problema en que los árbitros apliquen unos principios específicos para la compraventa, distintos de los aplicables a la colaboración comercial.

Es, en este sentido, en el que el tribunal arbitral puede tener muy en cuenta la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías¹¹¹. No tanto por la obligación de aplicar la Convención si vendedor y comprador tienen su establecimiento en Estados partes, obligación que no afecta a los árbitros al no ser autoridades estatales¹¹², sino más bien por la expectativa de aplicar la Convención que ello puede generar en los contratantes¹¹³.

Como se observa, respecto de esta compraventa, no habrá la necesidad de buscar una ley estatal como norma jurídica más apropiada. En aquellos excepcionales en los que se prefiera un Derecho estatal, este podría ser el del Estado donde se halla el establecimiento del proveedor, incluyendo las normas de la Convención de Viena si dicho Estado es parte¹¹⁴. De acuerdo con lo expuesto, mientras que la ley del distribuidor regirá la colaboración comercial¹¹⁵, la ley del proveedor se aplicará las operaciones de compraventa¹¹⁶, dada su autonomía jurídica y económica¹¹⁷.

¹¹¹ Vid. P. Hachem, "The CISG as Transnational Rules-Framework and Use In Practice", en I. Schwenzer, Y. Atamer y P. Butler (ed.), *op. cit.*, pp. 15-30; L. Mistelis, "CISG and Arbitration", en A. Janssen y O. Meyer (eds.), *CISG Methodology*, Múnich, European Law Sellier, 2009, pp. 375-395, esp. pp. 382 y ss.

¹¹² Los árbitros no son autoridades de Estados obligados por los convenios suscritos ni tienen una ley del foro, argumentos que fundamentan que no tengan obligación de aplicar la Convención aunque los contratantes tengan sus establecimientos en Estados partes, *vid.* S. Kröll, "Arbitration and the CISG", *loc. cit.*, pp. 64-65.

¹¹³ Vid. S. Kröll, "Arbitration and the CISG", *loc. cit.*, p. 69, en referencia a que en estos casos la Convención puede ser el Derecho de ambas partes. En la práctica arbitral, *vid.* el Laudo CCI 13450/2006, *JDI*, t. 141, 2014, pp. 193-197.

¹¹⁴ Cf. S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 48.

¹¹⁵ Vid. *supra*.

¹¹⁶ Vid. J. Maseda Rodríguez, *op. cit.*, p. 118-124. Así, piénsese en el siguiente ejemplo: el distribuidor, establecido en el Estado A, comercializa en este territorio los productos vendidos por el proveedor, establecido en el Estado B. Las partes no eligen ley para regir su contrato. En este caso, la ley del Estado A, donde está establecido el distribuidor, regirá la colaboración comercial de las partes; la ley del Estado B, donde está establecido el proveedor-vendedor, regirá las operaciones de compraventa.

¹¹⁷ En esta línea, deben descartarse otras interpretaciones. Así, debe descartarse que la ley del distribuidor, se extienda automáticamente a las operaciones de compraventa de bienes y productos. Aunque es verdad que estas operaciones se perfeccionan en ejecución del contrato de distribución, tienen su autonomía jurídica y económica. Existe, de hecho, un contrato de compraventa en cada uno de los pedidos del distribuidor, con las obligaciones típicas de este contrato de entregar las mercancías y transferir la propiedad a cambio de un precio. Que la compraventa se ejecute en el marco de una colaboración comercial duradera, no es suficiente para negar la existencia misma de un contrato propio. Su única peculiaridad es que esta operación está condicionada por la obligación de comprar y de revender del distribuidor, fruto de esa colaboración comercial de las partes. Vid. mi opinión en detalle en A. Espiniella Menéndez, "Las operaciones de compraventa en la distribución comercial internacional", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 423-455.



3. Los árbitros y la observancia de las leyes de policía

A) Regla general

En una modalidad contractual como la de distribución comercial, en la que pueden existir estipulaciones sobre el reparto de mercados y cierto desequilibrio contractual, la ley rectora del contrato de distribución comercial debe compatibilizarse con la aplicación de las leyes de policía sobre libre competencia y sobre protección de partes contractualmente más débiles¹¹⁸, en la medida en que su observancia sea esencial para los intereses públicos derivados de la organización económica del país¹¹⁹. Y ello pese a que concurren, sin embargo, inconvenientes para la identificación y consideración de las leyes de policía por parte del tribunal arbitral¹²⁰.

A estos efectos, las leyes de policía a tener en cuenta por parte del tribunal arbitral no son ni las del Estado donde se halla el arbitraje, ni las del Estado donde hipotéticamente

¹¹⁸ En el ámbito jurisdiccional relacionado con los contratos de agencia, son referentes las Sentencias del TJUE de 9 de noviembre de 2000, asunto *Ingmar*, antes citado; de 17 de octubre de 2013, asunto C-184/12, *Unamar*. Vid., proyectando esta jurisprudencia en el arbitraje internacional, P. Perales Viscasillas, “The Good, The Bad...”, *loc. cit.*, pp. 229-230; P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, pp. 84-85. A la inversa, en la Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2017, asunto C-507/15, *Agro Foreign Trade c. Petersime*, se destacó que la normativa europea sobre agentes no es aplicable como ley de policía cuando el agente actúa fuera de la UE.

¹¹⁹ La consideración de estas leyes de policía constituye un uso ampliamente seguido en el comercio internacional y, por tanto, debe ser exigida a los árbitros. Vid. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, París, Dalloz, 2001, pp. 17 y ss.; G. A. Bermann, “Mandatory rules of law in international arbitration”, en F. Ferrari y S. Kröll (eds.), *op. cit.*, pp. 325-339, esp. pp. 328-329; A. S. Papeil, “Conflict of overriding mandatory rules in arbitration”, *ibid.*, pp. 341-377, esp. pp. 349 y ss. Máxime si un hipotético laudo tuviera que reconocerse en otro Estado y fuera necesario minimizar el riesgo de vulneración del orden público, tal y como está establecida en el Convenio de Nueva York de 1958. Vid. *infra*. De hecho, en modo alguno cabe considerar que el laudo que tome en consideración estas normas de policía es *ultra petita* y está viciado. Al contrario, el árbitro debe respetar la causa de pedir de las partes -nulidad del contrato por las normas de libre competencia, incumplimiento del contrato por respeto a dichas normas...-, pero ello no le impide invocar los fundamentos jurídicos correctos. Vid. M. Gonzalo Quiroga, *Arbitrabilidad de la controversia...*, *op. cit.*, pp. 126-127

¹²⁰ En efecto, son mínimas las referencias de la normativa arbitral a la consideración de las leyes de policía, tanto en la Ley 60/2003 de arbitraje, como en el Convenio de Ginebra de 1961. Similares conclusiones pueden extraerse de la reglamentación de instituciones arbitrales. Por ejemplo, en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional, la consideración de leyes de policía, solo se contempla de una forma tangencial e imprecisa. Tangencial, porque, solo durante el examen del proyecto laudo por la Corte Internacional de Arbitraje, esta podrá llamar la atención sobre “puntos relacionados con el fondo de la controversia” y, en particular, tomar en cuenta las exigencias de las normas imperativas de la sede del arbitraje. Imprecisa, porque tan importante como las normas imperativas del Estado donde se celebra el arbitraje, son las del Estado donde se ejecuta el contrato, como se verá a continuación. Vid. art. 33 del Reglamento de arbitraje CCI y el art. 6 del Reglamento interno de la Corte.



se puede ejecutar el laudo, sino las del Estado donde se ejecuta la distribución¹²¹. En este sentido, la identificación del lugar donde se va a realizar la distribución debe hacerse con la probatoria de las partes o, si no resulta una cuestión conflictiva, con el acuerdo de las partes sobre dónde se va a ejecutar la distribución¹²².

Quizá el caso más problemático sea el de determinar las normas de policía en los casos de la e-distribución¹²³, por la propia deslocalización de las operaciones de colocación de los bienes a los clientes. A este respecto, habrá que tener en cuenta lo que hayan podido pactar las partes en el contrato para concretar cuál es el mercado afectado al que se va a orientar la e-distribución¹²⁴. Será muy útil lo acordado sobre el territorio en el que se va a realizar la distribución “física”, como indicio de mercados a los que se puede dirigir las operaciones de e-distribución. Cuando de este contrato no se puedan extraer indicios concluyentes o, se entienda que son cláusulas simuladas, que no se corresponden con el ámbito real de la e-distribución, o cuando existan varios mercados afectados por la distribución, habrá que estar a otros criterios. El principal sería entender que el distribuidor debe respetar las normas de policía de cada uno de los Estados de origen de los potenciales clientes internautas siempre y cuando estos hayan sido captados. En otras palabras, si el distribuidor puede realizar, de conformidad con el contrato de distribución, alguna labor de captación a los usuarios internautas de un determinado Estado, su mercado está afectado por tratarse de una “venta activa” a un internauta “pasivo”. Cuestión distinta sería que el distribuidor no hiciera ninguna labor de captación a los clientes internautas de un Estado, en cuyo caso se trataría de una venta pasiva a un internauta activo. No parece, pues, que en estos casos el distribuidor esté obligado a

¹²¹ Vid. M. Gonzalo Quiroga, *Orden público...*, *op. cit.*, pp. 230-231; S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, pp. 62 y ss.; G. A. Bermann, *loc. cit.*, pp. 332. En la práctica arbitral, *vid.* Laudo CCI 2811/1978, *cit.*; Laudo CCI 15709/2009, *JDI*, t. 142, 2015, pp. 206-211.

¹²² Por ejemplo, si la distribución se va a ejecutar en la Unión Europea, normalmente por tener el distribuidor un establecimiento en este territorio, serán de aplicación las leyes de policía de la Unión Europea sobre libre competencia. Al contrario, cuando el proveedor esté establecido en la Unión Europea y celebre un contrato para la distribución de sus productos en mercados de terceros países, habrá que estar a las leyes de policía de estos. Será irrelevante, en cualquier caso, dónde se entreguen las mercancías al distribuidor o dónde efectúe este el pago.

¹²³ Piénsese en cláusulas conflictivas que se refieran a la redirección automática de un internauta a la web de otro distribuidor o del proveedor, o a la rescisión de la operación, cuando los datos del internauta desvelan un Estado de origen distinto al del distribuidor. *Vid.* el apdo. 52 y ss. de las Directrices de la Comisión sobre las exenciones a los acuerdos verticales, *cit.*

¹²⁴ *Vid.* P. de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2015, p. 455, en relación con el mercado afectado por prácticas desleales.



respetar las normas del Estado de origen del internauta porque no se trataría de un mercado afectado¹²⁵.

B) Integración de las cláusulas no conformes

Como se ha indicado, algunas de las cláusulas contractuales pueden ser contrarias a las leyes económicas de policía del lugar de ejecución. Sin embargo, la normativa arbitral no establece qué consideración reciben estas cláusulas. Si la ley aplicable al contrato es la ley del lugar donde se ejecuta la distribución, existe cierta correlación entre la posible invalidez de la cláusula y su consiguiente ineficacia. Sin embargo, el problema es más complejo cuando el contrato no se rige por la ley del lugar de ejecución o este contrato se ejecuta en más de un Estado.

Es aquí donde el tribunal arbitral debe realizar una labor de integración del contrato. A pesar del silencio de la normativa arbitral y de muchos de los reglamentos de instituciones arbitrales, la resolución de la controversia con especial atención a las estipulaciones contractuales hace que el tribunal arbitral tenga una mayor flexibilidad y margen para la integración del contrato que un órgano jurisdiccional. El punto de partida del tribunal arbitral debe ser la diferenciación entre validez y eficacia jurídicas de estas cláusulas patológicas. La ley rectora del contrato, expresión muchas veces de la autonomía de la voluntad de las partes que obliga a los árbitros, determinará la validez general de esta cláusula, sin tener en cuenta sus leyes económicas de policía, pues la distribución no se va a ejecutar en su territorio. Que resulte válida no significa que vaya a tener eficacia en el Estado donde se va a ejecutar el contrato, si la cláusula contraviene las leyes económicas de policía de este Estado. En este caso, el tribunal arbitral deberá considerar dicha cláusula ineficaz y tenerla por no puesta a la hora de ejecutar el contrato. Expuesto de otra forma, en estos casos de distribución, la aplicación de la ley de policía excluye la aplicación de la cláusula y de la ley rectora del contrato que la respalda¹²⁶.

No obstante, el tribunal arbitral debe tener en cuenta que la pérdida de eficacia de la cláusula puede ser parcial. Por razón de la materia, puede ocurrir que solo una parte de

¹²⁵ *Vid.* P. de Miguel Asensio, *op. cit.*, p. 455, en referencia a aplicar el régimen más estricto de los establecidos en todos esos mercados respecto de las prácticas desleales.

¹²⁶ Se produce, por tanto, un efecto similar al orden público y de ahí que los términos de “leyes de policía” y “normas de orden público” sean utilizadas en este trabajo como equivalentes.



su supuesto de hecho contravenga las leyes económicas de policía, pudiendo aplicarse a los restantes casos que integran su supuesto. Por ejemplo:

CLÁUSULA PARCIALMENTE PATOLÓGICA RATIONE MATERIAE: “el distribuidor autorizado no podrá adquirir los productos de persona distinta que el proveedor”.

DESARROLLO: en supuestos de distribución selectiva, esta cláusula se tiene por no puesta cuando el distribuidor haya comprado productos a otros distribuidores autorizados, pues lo contrario sería una restricción injustificada a la libre competencia. Sin embargo, esta cláusula es eficaz y oponible entre las partes cuando el distribuidor autorizado haya adquirido productos a otro distribuidor no autorizado.

Además de *ratione materiae*, la cláusula puede ser parcialmente ineficaz por razón del espacio, cuando la distribución se ejecute en varios Estados y no todos tengan las mismas leyes de policía en materia de libre competencia. Este sería el caso típico de cláusulas pactadas en referencia a la e-distribución. Así, por ejemplo:

CASO PARCIALMENTE PATOLÓGICO POR RAZÓN DEL ESPACIO: la distribución se ejecuta en los Estados A, miembro de la UE, y B, no miembro. Una cláusula del contrato contraviene las leyes económicas de policía de la UE, pero no del Estado B.

DESARROLLO: la cláusula se tendrá por no puesta en el Estado A y será plenamente eficaz en el Estado B.

Igualmente, la cláusula puede ser parcialmente ineficaz *ratione temporis*, cuando se fije un plazo más amplio para una obligación del permitido por las leyes de policía. En este caso, cumplido el plazo máximo, la cláusula dejará de ser ineficaz.

CLÁUSULA PARCIALMENTE PATOLÓGICA RATIONE TEMPORIS: “el distribuidor se abstendrá de fabricar, comercializar o vender cualesquiera productos que compitan con los productos a los que se refiere el presente contrato”.

DESARROLLO: las leyes económicas de policía de la Unión Europea solo permiten una abstención de competencia por el distribuidor por un máximo de cinco años. Durante esos cinco años, esta cláusula podrá considerarse de obligado cumplimiento. Transcurrido este plazo, perderá su eficacia.



Propuesta la ineficacia de la cláusula, ya total, ya parcial, ha de plantearse qué efectos tiene esta en la dinámica arbitral y, en particular, si cabe reclamar un incumplimiento contractual por la inejecución de la cláusula, si puede invocarse una renegociación del contrato por excesiva onerosidad (*hardship*) o si puede existir una indemnización por mala fe en las negociaciones. Surge, entonces, una cuestión problemática, no resuelta por la normativa arbitral, como es si los efectos de la contravención de las leyes económicas de policía deben someterse directamente a la ley rectora del contrato. El sometimiento a la ley rectora del contrato tiene la ventaja de ofrecer una respuesta completa y acorde con la voluntad de las partes, pero puede ser una solución forzada, a saber: deben aplicarse las disposiciones sobre “cláusulas no puestas” cuando, en realidad, según la ley rectora del contrato, la cláusula puede ser totalmente válida. No obstante, también podría encontrarse un mínimo consenso en torno a los siguientes principios arbitrales. Primero, el incumplimiento contractual por inejecución de una cláusula contractual se deberá a una imposibilidad legal, si esta contraviene las leyes económicas de policía del Estado donde se ejecuta la distribución. Segundo, no cabe invocar automáticamente una renegociación del contrato por excesiva onerosidad, si la ley económica de policía ya estaba vigente en el momento de celebración del contrato. Cuestión distinta es que, durante la ejecución del contrato, se aprueben unas leyes económicas de policía que alteren notablemente la dinámica contractual. Tercero, podría reclamarse, de conformidad con la ley rectora del contrato, una indemnización por mala fe o negligencia de la contraparte o un fundamento similar, si era conocedora o debía de serlo de la ley económica de policía, que obstaculizaba la inclusión de la cláusula.

V. El laudo en materia de distribución

Llegados a este punto, el árbitro ya ha resuelto la controversia, tras conducir el procedimiento hasta su término y todo ello en virtud del acuerdo inicial de las partes. Ya hemos visto tres de las cuatro fases arbitrales. Arribamos al cuarto y último momento relevante, el dictado y ejecución del laudo arbitral. Quizá en el lema de nuestro pretor, cónsul y gobernador Celso hijo, que nos viene acompañando durante toda la disertación,



es donde podamos hacer algún matiz más crítico. El “Arte de lo Bueno y de lo Equitativo” no es arte, no es Derecho, si no es efectivo.

1. Anulación y no reconocimiento

A) El orden público y el arbitraje en materia de distribución

Analizados los aspectos procedimentales y sustantivos del arbitraje, queda por tratar el momento final en el que se dicta el laudo. También en esta fase el contrato de distribución comercial internacional plantea problemas específicos, tanto desde la perspectiva de la anulación del laudo (jurisdicción primaria) como de la de su reconocimiento y ejecución judicial en otros Estados (jurisdicción secundaria)¹²⁷.

En principio, no cabe estimar la anulación del laudo o rechazar el reconocimiento del laudo por falta de arbitrabilidad¹²⁸. Como ya se ha dicho, con carácter general no existen argumentos para negar la arbitrabilidad de la controversia, en la medida en que el Derecho de la competencia se presenta en el arbitraje a título incidental para evaluar la validez y eficacia de un contrato o de parte de él. Del mismo modo, no debe negarse la arbitrabilidad de la controversia para proteger al distribuidor como parte débil, porque los árbitros han debido considerar esa protección conforme a las leyes de policía del Estado de ejecución¹²⁹. En este mismo sentido, tampoco debe prosperar la anulación del laudo o rechazarse su reconocimiento por entender que, con carácter general en materia de

¹²⁷ Vid. J. C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *R. des C.*, t. 290, 2001, pp. 9-224, esp. pp. 177 y ss.

¹²⁸ Vid. art. 41.1.e) Ley 60/2003, sobre anulación; arts. 34.2.b) sobre anulación y 36.2.b) sobre reconocimiento, de la Ley Modelo UNCITRAL; art. V.2.a) Convenio de Nueva York, sobre reconocimiento y ejecución. En la doctrina, vid. P. Perales Viscasillas, “Contratos de distribución...”, *loc. cit.*, pp. 75-80. Destaca la autora cómo en Bélgica sí existe una corriente jurisprudencial contraria al reconocimiento de laudos por falta de arbitrabilidad de la materia de distribución, *cf. ibídem* p. 71. Vid., a mayor abundamiento, M. Orgoník y J. Valdhans, “La arbitrabilidad limitada de los litigios surgidos de las infracciones del Derecho de la competencia y la posibilidad de su reconocimiento en cumplimiento del Convenio de Nueva York”, en L. Velasco San Pedro y otros (dirs.), *op. cit.*, pp. 377-386.

¹²⁹ En contra, la Sentencia de la Corte de Casación belga (Sala 1ª) de 28 de junio de 1979, en el asunto *Audi NSU c. Adelain Petit* (extractos en *RBDI*, 1979, pp. 772, 775 y 780), negó el reconocimiento de un laudo arbitral por ser el contrato de distribución inarbitrable en Bélgica de conformidad con la ya citada Ley de 27 de julio de 1961, que busca proteger al distribuidor atribuyendo para ello una competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales.



distribución, el acuerdo de arbitraje no es válido por incluirse en un contrato de adhesión o por efectuarse antes de que surja la controversia¹³⁰.

Por el contrario, sí que cobra mucha más importancia el control del orden público¹³¹, una vez interpuesta la acción de anulación o solicitado el reconocimiento en otro Estado. Este control protege el interés público de las normas de libre competencia indispensables para la organización económica de los Estados y entidades de integración. Ciertamente, la aplicación privada del Derecho de la competencia y, con ella, la arbitrabilidad de la controversia antes afirmada, solo cobra sentido si queda controlada por las autoridades nacionales de Estados miembros, que también lo son de la Unión, al valorar la adecuación del laudo al orden público económico nacional y europeo. Así lo entendió el Tribunal de Justicia, por entonces, de las Comunidades Europeas en el asunto *Eco Swiss*¹³², al igual que el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Mitsubishi*¹³³. Este control de orden público operará de oficio aunque no haya sido alegado o probado por las partes.

Si bien parece generalmente admitido un control del orden público económico a la hora de validar o reconocer el laudo arbitral, mucho más discutible es el grado de profundidad que ha de tener dicha revisión. La cuestión no es menor, porque muchas veces la vulneración del orden público económico y, en particular, del Derecho de la competencia, requiere un análisis muy técnico sin que la conculcación del orden público sea manifiesta o se pueda deducir a primera vista. En este contexto, una primera interpretación flexible¹³⁴, y con mayor predicamento en la práctica arbitral por dar mayor libertad a los árbitros, sería que los órganos jurisdiccionales solo deben controlar si el tribunal arbitral ha tenido o no en cuenta las leyes de policía económicas,

¹³⁰ No obstante, deben destacarse algunas particularidades. Así, el reconocimiento y ejecución de laudos se puede denegar por falta de validez del acuerdo según la ley elegida para el acuerdo o, en defecto de elección, según la ley de la sede [art. V.1.a) del Convenio de Nueva York de 1958]. Como se observa, la ley elegida tiene preferencia respecto a la ley de la sede y, además, la ley rectora del contrato de distribución no tiene ninguna relevancia, a diferencia de lo que ocurría en la fase de declaración de competencia de los árbitros conforme a la Ley española 60/2003 de arbitraje. En otras palabras, las normas de referencia para la validez del acuerdo cambian según la fase arbitral -asunción de competencia o ejecución del laudo- en la que se encuentre la controversia.

¹³¹ *Vid.* art. 41.2 Ley 60/2003, sobre anulación; arts. 34.2.b) y 36.2.b) de la Ley Modelo UNCITRAL; art. V2.b) Convenio de Nueva York.

¹³² Antes citado. En el apartado 36 de la Sentencia se señala que “*el artículo 81 CE constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para el funcionamiento del mercado interior*” y en el apartado 39 “*el artículo 81 CE puede considerarse una disposición de orden público*”.

¹³³ También citado con anterioridad.

¹³⁴ Propio de una “escuela minimalista” en términos de G. Blanke y L. Ortiz Blanco, *cf. loc. cit.*, p. 719.



independientemente de que su consideración haya sido o no correcta¹³⁵. En otros términos, se trataría de constatar simplemente si el laudo en su razonamiento ha tomado en consideración las normas del art. 101 del TFUE. Esta interpretación se basaría en que el orden público no debe servir para revisar el fondo del laudo pues no se trata de volver a “juzgar lo juzgado”.

Una segunda interpretación estricta¹³⁶ sería que los órganos jurisdiccionales deben controlar no solo si el tribunal arbitral ha tenido en cuenta las leyes de policía económicas, sino también si su consideración ha sido o no la correcta, dado el interés público indispensable que protegen¹³⁷. En esta segunda línea se ha manifestado el Tribunal de Justicia de la UE, que no dudó en admitir una cuestión prejudicial de la Corte de Apelación de París, en el asunto *Hoechst*¹³⁸, con el fin de analizar el respeto a las normas de libre competencia del TFUE, en el marco de un procedimiento de anulación de un laudo arbitral. En estos casos, se trata de un análisis o revisión en profundidad de la adecuación del laudo a las leyes de policía¹³⁹, al art. 101 del TFUE y a las normas de Derecho derivado que interpretan y desarrollan ese precepto, principalmente, el Reglamento (UE) n° 330/2010¹⁴⁰, sobre exenciones de acuerdos verticales. Bien es verdad que, para que este proceder no se convierta en volver a “juzgar lo ya juzgado”, debería excluirse de esa revisión la apreciación y valoración de la prueba¹⁴¹, así como la subsunción de los hechos en el ámbito de aplicación de las normas de policía.

B) Orden público y laudos sobre distribución selectiva

Las diferencias entre un control flexible y un control estricto del orden público se pueden observar a la luz de la tipología de controversias en materia de distribución. En

¹³⁵ Se trataría de una revisión *pro forma* de la parte dispositiva del laudo, cf. *ibidem*, p. 721.

¹³⁶ Atribuido a una “escuela maximalista”, siguiendo con los términos de G. Blanke y L. Ortiz Blanco, cf. *loc. cit.*, p. 719.

¹³⁷ Vid. J. C. Fernández Rozas, “El arbitraje comercial internacional, entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *REDI*, vol. LVII, 2005-2, pp. 605-637, esp. p. 626, sobre cómo la ausencia de revisión de fondo se relativiza en la anulación del laudo, cuando el arbitraje entra en zonas del Derecho intervenidas por normas imperativas o que interesan a la competencia exclusiva de los Estados.

¹³⁸ Sentencia de 7 de julio de 2016, asunto C-567/14.

¹³⁹ Vid. M. Penadés Fons, “El *effet utile* del Derecho de la Unión Europea y la prohibición de *révision au fond* en el arbitraje internacional”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 249-278.

¹⁴⁰ Antes citado.

¹⁴¹ Cf. J. C. Fernández Rozas, “El arbitraje comercial internacional...”, *loc. cit.*, p. 622; G. Blanke y L. Ortiz Blanco, *loc. cit.*, p. 722.



relación con la distribución selectiva, esto es, aquella en la que solo determinados distribuidores autorizados por el proveedor comercializan sus bienes, y de acuerdo con un control flexible en el que solo se valore si se ha tenido en cuenta el art. 101 TFUE, muchas veces el laudo no sería anulable y podría ser objeto de reconocimiento en otros Estados.

En cambio, de estar a un control estricto del orden público, mucho más técnico y que tenga en cuenta no solo el art. 101 TFUE sino sus normas de desarrollo, podría considerarse que vulneraría el orden público el laudo que dé por válidas y eficaces cláusulas, y/o condene por incumplimiento de estas, de contratos de distribución selectiva si las cuotas de mercado del proveedor y del distribuidor contratantes superan el 30% del mercado de referencia¹⁴². También estarían viciados los laudos que dan efecto a la prohibición de los distribuidores autorizados a vender marcas de proveedores competidores¹⁴³. Igualmente estarían viciados los laudos que restrinjan los “suministros cruzados” (= comercialización entre sí de distribuidores, redistribuidores o subdistribuidores autorizados)¹⁴⁴. Como también los laudos que impongan condiciones en torno a la existencia de establecimientos físicos o salas de exposición, si estas condiciones no se justifican objetivamente por las propiedades de los productos ni producen un beneficio equitativo a los consumidores, y lo que ocultan realmente es la prohibición a los distribuidores comercializar los productos *on line*.

¹⁴² Para estos cálculos es necesario delimitar espacial y materialmente el “mercado de referencia”. El mercado geográfico abarca el área en el que operan las empresas en unas condiciones de competencia homogéneas y diferenciadas notablemente de áreas geográficas vecinas. Materialmente, y dejando al margen el caso de los insumos en los que el intermediario utiliza el producto para producir bienes finales sin que el insumo quede identificado, el mercado de productos tomado como referencia dependerá de las preferencias de los consumidores finales y de qué bienes se entienden sustitutivos entre sí (= bienes sustitutos). En la práctica, ello implica que, en relación con distribuidores mayoristas, a menudo la referencia serán mercados nacionales o, incluso, supranacionales; respecto de distribuidores minoristas, la referencia será habitualmente zonas de búsqueda de los consumidores finales o zonas locales o regionales de captación (apdo. 89 de las Directrices de la Comisión sobre acuerdos verticales, *cit.*).

¹⁴³ *Vid.* art. 5.1.c) Reg. 330/2010.

¹⁴⁴ Salvo que el laudo se haya basado en que un distribuidor mayorista autorizado invierte en actividades promocionales de su cliente distribuidor minorista autorizado, ya que esa inversión se desvirtuaría si el minorista adquiere los suministros de un distribuidor mayorista distinto al inversor (apdo. 63 de las Directrices de la Comisión sobre acuerdos verticales, *cit.*).



C) Orden público y laudos sobre distribución exclusiva

Las distintas concepciones del control del orden público también tienen consecuencias notables en la otra modalidad típica de distribución, la que se produce en exclusiva para un determinado territorio o para un determinado grupo de clientes, sin que otros distribuidores intervengan en dicho territorio o grupo.

Con un control flexible del orden público, la mera referencia al art. 101 TFUE ya sería suficiente para lograr la viabilidad y eficacia del laudo. Por el contrario, en un control más estricto, es ineficaz el laudo contrario a las “ventas pasivas”, en las que el distribuidor exclusivo comercializa sus productos fuera de su territorio a iniciativa del consumidor¹⁴⁵, sin haber realizado aproximaciones activas fuera de dicho ámbito exclusivo (correo directo o visitas no solicitadas, publicidad específicamente dirigida a un grupo de clientes ajenos a su ámbito...)¹⁴⁶.

También estaría viciado el laudo contrario a las ventas del proveedor fuera del territorio exclusivo, independientemente de que estos otros distribuidores introduzcan los productos en el territorio para el que se ha pactado la exclusividad. Como también plantearía serias dudas el laudo contrario al “comercio paralelo” en la Unión Europea. El laudo no puede reconocer la eficacia de cláusulas que impidan que otros distribuidores introduzcan los productos en otros Estados miembros y, como consecuencia de su despacho a libre práctica en el territorio aduanero común, circulen libremente por el mercado interior, incluso por la zona afectada por la exclusividad de distribución¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Vid. art. 4.c) Reg. 330/2010.

¹⁴⁶ Especialmente problemática es la aplicación de este régimen en el marco de la e-distribución, pues no resulta fácil determinar qué es una venta pasiva. A tal efecto, no deben reconocerse los laudos que den efectos a las cláusulas que restringen el acceso a la web del distribuidor, sea cual sea la ley rectora del contrato, pues, con ello se restringe que un internauta “activo” acceda a los productos de un distribuidor que, en este caso, tiene una posición comercial “pasiva” o que no permita que el internauta celebre contratos con dicho distribuidor exclusivo. Cualquier cláusula en sentido contrario, no tendrá efectos en el mercado de la Unión Europea, sea cual sea la ley rectora del contrato; o que limitan el volumen *on-line* de negocios del distribuidor o que fijen un régimen de precios distinto para el distribuidor-comprador en función de si los productos se destinan a la venta *on-line* o no. Vid. los apdos. 51 y ss. de las Directrices de la Comisión sobre las exenciones de acuerdos verticales, *cit*.

¹⁴⁷ Vid. I. Antón Juárez, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, Madrid, La Ley, 2015, pp. 56 y ss. Cuestión distinta es que el distribuidor en exclusiva sea el único autorizado para importar los productos a cualquier Estado del territorio aduanero común. En tal caso, no existe un “comercio paralelo” ni posibilidad alguna de invocar la libre circulación de mercancías. Vid. la Sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff SA c. A & G Imports Ltd y Levi Strauss & Co. y otros c. Tesco Stores Ltd y otros*.



En un control más estricto del orden público, también son contrarios al orden público, los laudos que den efecto a obligaciones de no competencia al distribuidor superior a cinco años, incluidos los supuestos en los que la duración de la cláusula es indefinida o renovable, expresa o tácitamente, por períodos que, en su conjunto, superan dicho plazo de cinco años¹⁴⁸. También están viciados los laudos que amparen unas cantidades fijas de adquisición o almacenamiento (pedido o stock mínimos), que directa o indirectamente provocan que el distribuidor adquiera el 80% de productos del proveedor respecto de la totalidad del valor, o del volumen si es una práctica habitual en el sector, de compras del distribuidor en el año precedente¹⁴⁹.

2. Incoherencias en el tráfico internacional

A) Laudos inconsistentes

Hasta aquí se ha analizado los problemas de interpretación material del control del orden público. Pero estos no son los únicos, porque también se plantean problemas de orden público por razón del espacio. Como solución preventiva, es sumamente importante que el tribunal arbitral, al decidir sobre la controversia, haya aplicado las normas de policía del mercado en el que se ejecuta la distribución. Soluciones reparadoras *a posteriori* difícilmente existen, porque el control del orden público del laudo se configura exclusivamente en función del orden público del Estado de anulación (jurisdicción primaria) o del Estado de reconocimiento (jurisdicción secundaria), al margen de que el contrato se ejecute en otros Estados¹⁵⁰. De hecho, si ha fallado la solución preventiva de que el tribunal arbitral aplique las normas de policía del Estado de distribución, *a posteriori* se pueden originar ciertos riesgos de laudos viciados, como pueden laudos inconsistentes, claudicantes, o fantasmas.

¹⁴⁸ Vid. art. 5.1.a) Reg. 330/2010.

¹⁴⁹ Vid. art. 1.1.d) Reg. 330/2010.

¹⁵⁰ El artículo V.2.b) del Convenio de Nueva York solo prevé como motivo de denegación del reconocimiento la vulneración del orden público del Estado requerido. Los arts. 34.2.b) sobre nulidad del laudo y 36.2.b) sobre reconocimiento, de la Ley Modelo UNCITRAL se refieren única y expresamente al orden público del Estado donde se sustancia la nulidad o del Estado donde se solicita el reconocimiento y ejecución. Por su parte, la Ley 60/2003 en su art. 41.1.f) contempla la anulación del laudo por vulneración del orden público. Aunque no se señale expresamente, parece reducirse al orden público español.



En efecto, aparece un riesgo de laudos inconsistentes, es decir, respetuosos con las normas de orden público del Estado de anulación y de reconocimiento, pero no con las normas de orden público del lugar de ejecución de la distribución¹⁵¹. El respeto al orden público en los Estados de anulación y de reconocimiento se daría fácilmente porque sus normas de policía del mercado no reclamarían su aplicación. Aunque el laudo no se ajustara materialmente a las normas de libre competencia del Estado de la anulación o de reconocimiento, estas no se verían afectadas al no ejecutarse allí el contrato. La eventual acción de anulación no prosperaría y ninguna autoridad, pues, controlaría la adecuación del laudo al orden público del tercer Estado donde se ejecuta el contrato. Véase el siguiente ejemplo:

CASO TIPO DE LAUDO INCONSISTENTE: el laudo ha sido dictado en el Estado A y se pretende su ejecución en el Estado B, en relación con una distribución que se hacía en el Estado C, cuyas leyes de policía no han sido respetadas.

DESARROLLO: el laudo es válido en el Estado A de origen, porque sus normas de orden público no entran en juego al no ser el Estado de ejecución del contrato. Por las mismas razones, el laudo es reconocible en el Estado B. Y ello con independencia de que el laudo no podría producir efectos en el Estado C, por no respetar su orden público.

B) Laudos claudicantes

El segundo riesgo de incoherencia por razón del espacio está relacionado con los laudos claudicantes, laudos válidos pero no reconocibles. Si el laudo proviene de un Estado en el que no se ejecuta la distribución, la acción de anulación por vulneración de la libre competencia no prosperará porque el orden público del Estado donde, o conforme a cuyo ordenamiento, se ha dictado no se afectado. Sin embargo, podría darse el caso de que el laudo no sea reconocido en los Estados donde se ejecuta la distribución por vulnerar sus normas de orden público por contravención de la libre competencia¹⁵². De nuevo, solo la solución preventiva de que los árbitros hayan aplicado las normas de policía del Estado donde se efectúa la distribución acabaría con el problema. Así, por ejemplo:

¹⁵¹ Vid. M. Gonzalo Quiroga, *Orden público...*, op. cit., pp. 224 y ss., sobre las relaciones entre el orden público de la sede del arbitraje, del lugar de ejecución del laudo y del lugar de cumplimiento del contrato.

¹⁵² Vid. art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958.



CASO TIPO DE LAUDO CLAUDICANTE: el Estado A donde, o conforme a cuyo ordenamiento, se ha dictado el laudo no es miembro de la Unión. Sin embargo, el laudo se quiere reconocer en España donde se ejecuta la distribución. Algunos de los razonamientos del laudo avalan cláusulas contractuales que son contrarias al art. 101.1 TFUE.

DESARROLLO: esta situación aumenta el riesgo de laudos claudicantes. No prosperará ninguna acción de anulación en el Estado A porque sus normas de libre competencia no se ven afectadas. El laudo no será susceptible de anulación en el Estado de origen, al no ser el mercado afectado por el acto contrario a la libre competencia y, por tanto, no existir una vulneración del orden público. Sin embargo, el laudo no será reconocible en España donde se ejecuta la distribución por vulneración de su orden público económico [art. V.2.b) del Convenio de Nueva York de 1958]. Lo mismo podría ocurrir a la inversa: imagínese que España es el Estado donde, o conforme a cuyo ordenamiento, se ha dictado el laudo y se solicita el reconocimiento en el tercer Estado donde se ejecuta la distribución. En principio, en España no prosperará un recurso de anulación por vulneración del orden público económico, porque la distribución no se ejecutó en la Unión Europea. Ello no impide que el Estado de destino rechace el reconocimiento de dicho laudo por vulneración de sus normas de orden público económico.

C) Laudos fantasmas

La última incoherencia si el tribunal arbitral no ha aplicado las normas de policía del Estado de distribución es la del riesgo de laudos fantasmas, es decir, laudos anulados pero reconocibles. Es verdad que si el laudo proviene de un Estado donde se ejecuta la distribución, prosperará la acción de anulación por vulneración del orden público económico de tal Estado. También es cierto que este laudo no se podrá reconocer en otro Estado a instancia de parte, dado que el Convenio de Nueva York considera que el hecho de que un laudo haya sido anulado es un motivo de no reconocimiento¹⁵³.

¹⁵³ Art. VI.1.e). *Vid.* J. C. Fernández Rozas, “El arbitraje comercial internacional...”, *loc. cit.*, p. 635-636, con una valoración crítica de cierta jurisprudencia según la cual el no reconocimiento de un laudo por haber sido anulado es potestativo del juez del Estado de destino, en función de que el motivo de anulación tenga una proyección internacional o meramente local.



Sin embargo, en los casos en los que sea aplicable el Convenio europeo de Ginebra de 1961¹⁵⁴, como instrumento más favorable que el Convenio de Nueva York¹⁵⁵, dicha anulación no es motivo para denegar el reconocimiento en otros Estados distintos al de la ejecución, porque no se basa en ninguna de las causas recogidas en dicho Convenio (art. IX)¹⁵⁶. Ni siquiera esos otros Estados podrán invocar el no reconocimiento por razones de orden público del Estado requerido, porque sus normas de orden público no han sido vulneradas dado que la distribución no se ejecuta en su territorio. Así pues, aumentan las posibilidades de reconocerse el laudo anulado en Estados en los que no se ejecuta la distribución, como puede verse en el siguiente ejemplo:

CASO TIPO DE LAUDO FANTASMA: el laudo ha sido dictado en España con contravención de las normas de libre competencia de la UE (art. 101.1 TFUE). Dicho laudo se quiere reconocer en Turquía. Distribuidor y proveedor tienen respectivamente sus domicilios en España y Turquía.

DESARROLLO: el laudo ha podido ser anulado en España por contravenir el orden público de la Unión en lo que respecta a la libre competencia. En estos casos, la anulación del laudo con base en el orden público de la Unión Europea no es causa de denegación del reconocimiento en Turquía [art. IX del Convenio de Ginebra, que restringe la aplicación del art. V.I.e) de la Convención de Nueva York]. Aunque cabría recurrir a otras causales de no reconocimiento, como que la materia sea arbitrable y compatible con el orden público en el Estado donde se solicita el reconocimiento [art. V.II de la Convención de Nueva York], lo cierto es que muy probablemente estas causales

¹⁵⁴ Antes citado. Para la aplicación de este Convenio a estos efectos, será necesario que el laudo provenga de un Estado parte y que se pretenda el reconocimiento en otro Estado parte, además de que los contratantes tengan su domicilio o sede social en Estados partes distintos, en el momento de celebrar el acuerdo de arbitraje [arts. I.1.b) y IX]. Además, en lo referente al reconocimiento de laudos anulados es necesario que la anulación se haya producido en un Estado parte, F. J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez Fernández, “Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el estado de origen”, *CDT*, vol. 8, 2016, pp. 111-124, esp. p. 114. Países que son parte y que son miembros de la UE: además de España, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Chequia y Rumanía. Terceros países que son parte: Albania, Azerbayán, Bielorusia, Bosnia, Burkina Faso, Cuba, Kazajstán, Macedonia, Montenegro, Moldavia, Rusia, Serbia, Turquía y Ucrania.

¹⁵⁵ Cf. F. J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez Fernández, *loc. cit.*, p. 112.

¹⁵⁶ Vid. J. C. Fernández Rozas, “El arbitraje comercial internacional...”, *loc. cit.*, p. 633; S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, p. 71; M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, p. 79; F. J. Garcimartín Alférez y S. Sánchez Fernández, *loc. cit.*, pp. 113-114. Recuérdese que, cuando no sea aplicable el Convenio de Ginebra, el riesgo de laudo inconsistente se minimiza pues sí podría desestimarse el reconocimiento del laudo en España por haber sido anulado si lo invoca la parte interesada [art. V.1.e) del Convenio de Nueva York de 1958].



tampoco concurrirán. En particular, el orden público de Turquía no se ve afectado por la vulneración de las normas de competencia de la Unión Europea, cuando esta es el mercado afectado. Repárese en que este riesgo de laudo fantasma lo provoca la Convención de Ginebra de 1961. Si esta no fuera aplicable, el laudo anulado no se reconocería en ningún tercer Estado que aplique el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales, si la parte contra la que se invoca el reconocimiento alega dicha anulación [art. V.1.e)]. Nótese, igualmente, que este riesgo de laudo fantasma puede darse a la inversa. Sería el caso de un laudo dictado en el tercer Estado donde se ejecuta la Estado de origen, por vulnerar el orden público económico de tal Estado y siendo aplicable el Convenio de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional, dicha anulación en el tercer Estado parte del Convenio no sería motivo para denegar el reconocimiento en España (art. IX).

Sea como fuere, y a diferencia de los casos antes expuestos en los que no cabía ninguna solución reparadora *a posteriori*, en este supuesto sí cabría encontrar una, a saber: la posibilidad de reconocer en dicho Estado de destino la sentencia judicial que anula el laudo, incluso cuando el laudo ya esté reconocido¹⁵⁷.

VI. Conclusiones

En el sector de la distribución comercial internacional normalmente aparece un acuerdo marco sobre la colaboración del distribuidor para revender las mercancías del proveedor en un determinado mercado y una serie de operaciones de compraventa entre ellos diferidas en el tiempo. Plantea, por ello, problemas específicos en toda la secuencia del arbitraje: desde el momento mismo de acordar un arbitraje, hasta el de dictar y ejecutar el laudo, pasando por el momento de abrir y tramitar el procedimiento y el de resolver sobre el fondo de la controversia. Así pueden destacarse como principales conclusiones sobre el “Arte de lo Bueno y de lo Equitativo” en esta materia las siguientes:

¹⁵⁷ Repárese que dichas sentencias no entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, *vid.* art. 1.2.d) y cdo. 12 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I.bis”), *DOUE* n° L 351, 20-XII-2012. Al respecto, *vid.* M. Gómez Jene, *El arbitraje comercial...*, *op. cit.*, pp. 224 y ss.



1ª. En el momento de pactar el sometimiento a un arbitraje en un acuerdo marco de distribución, es recomendable una redacción específica del acuerdo con expresiones claras que sometan a arbitraje cualquier controversia relativa a, o relacionada de cualquier forma con, el contrato o con alguna de las futuras operaciones de compraventa efectuadas en ejecución del mismo.

2ª. En otros casos, pueden generarse dudas sobre el alcance del acuerdo de arbitraje -si afecta solo al acuerdo marco o también a las futuras compraventas- o incluso concurrir acuerdos de arbitraje distintos para cada relación. En este último supuesto, el acuerdo arbitral del contrato marco podría tener cierto valor supletorio para lo no previsto en el acuerdo arbitral de la operación de compraventa.

3ª. En defecto de un pacto expreso de arbitraje, el sometimiento tácito a arbitraje -por elegir como Derecho rector del contrato una normativa que incorpore tal arbitraje- no se ajusta a la exigencia de acuerdo escrito del Convenio de Nueva York de 1958. Por ello, su eficacia depende de actos inequívocos de ambas partes que confirmen su voluntad de sometimiento al arbitraje.

4ª. En el momento de iniciación y tramitación del procedimiento arbitral, los árbitros deben valorar su alcance competencial y si la controversia se subsume en el ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje, extendiéndose a la colaboración comercial, a las operaciones de compraventa o a ambos extremos. Por otro lado, los árbitros deberán valorar la validez del acuerdo del que nace su competencia, siendo la tendencia general la afirmación de tal validez, aunque el acuerdo haya sido celebrado por un distribuidor en una posición jurídica más débil.

5ª. Del mismo modo, parece ya pacífica la arbitrabilidad de controversias estrictamente contractuales, como la nulidad y el incumplimiento del contrato de distribución, aun cuando estas pretensiones estén relacionadas con un posicionamiento más débil del distribuidor o con infracciones a las normas de policía sobre libre competencia. Por el contrario, la arbitrabilidad de cláusulas sobre la terminación del contrato por la insolvencia de una de las partes dependerá de la ley rectora del concurso de acreedores.



6ª. La existencia de varios acuerdos de arbitraje en función de la sucesión de relaciones contractuales puede dar lugar a varios procedimientos arbitrales. Estos serán acumulables en una misma demanda o consolidables por orden del tribunal si existe una compatibilidad total entre acuerdos de arbitraje o un acuerdo inequívoco de las partes. A falta de esta compatibilidad, se presenta una pendencia de procedimientos a resolver suspendiendo aquel que trae su causa del otro procedimiento.

7ª. La elección de ley aplicable al fondo de la controversia arbitral exige un plus de precisión y exactitud en el sector de la distribución, para determinar claramente si se aplican una o varias leyes o normas jurídicas al acuerdo marco de colaboración comercial y a las sucesivas operaciones de compraventa. En defecto de elección de ley, las estipulaciones del contrato, *lex mercatoria*, los usos del comercio y de los principios generales pueden complementarse con la ley del distribuidor, por lo que respecta al acuerdo marco de colaboración, y con la ley del proveedor, por lo que respecta a las operaciones de la compraventa.

8ª. Sea cual sea la ley rectora de la controversia arbitral, los árbitros deben tener en cuenta las normas de policía y de orden público económico del Estado donde se ejecuta la distribución, con el fin de respetar las normas de libre competencia y de protección del distribuidor que se pueda entender una parte más débil. Ello no afecta a la validez de las cláusulas contractuales, sometida a la ley rectora del contrato, sino a su ineficacia por imposibilidad legal de aplicación. Esta ineficacia puede ser parcial *ratione materiae*, si una parte del contenido de la cláusula es eficaz; *ratione loci*, si en unos Estados de ejecución no existe tal norma de policía; o *ratione temporis*, si durante un período de tiempo la cláusula puede ser eficaz.

9ª. Una vez dictado el laudo, el control del orden público por las autoridades estatales es el eje que permite a los árbitros valorar cuestiones relacionadas con normas de policía. A la luz de los últimos desarrollos jurisprudenciales, parece que ese control debe ser estricto -la revisión sobre cómo los árbitros han aplicado dichas normas- y no flexible -la mera constatación de que los árbitros han tenido en cuenta dichas normas



imperativas-. En cualquiera de los casos, debe excluirse de ese control la apreciación y valoración de la prueba.

10ª. Sea como fuere, si el tribunal arbitral no ha aplicado las normas de policía del Estado de distribución, una vez dictado el laudo, este puede adolecer de ciertos vicios. El laudo inconsistente será aquel válido en el Estado de origen y en el Estado de ejecución, pero no en el Estado donde se produce la distribución. El laudo claudicante será aquel válido en origen pero no reconocible en el Estado de ejecución, por ser este el lugar donde se realizó la distribución. El laudo fantasma será aquel que, conforme al Convenio de Ginebra de 1961, es inválido en el Estado de origen, coincidente con el lugar de distribución, pero sí es eficaz en el Estado de destino.

* * *

Al inicio de mi disertación confesaba mis primeros pensamientos cuando me comunicaron mi ingreso en esta Real Academia. Pero creo que no fui del todo exacto. Mi primera reacción fue de profunda gratitud a la Real Academia, gratitud que quiero personificar en su Presidente y Vicepresidente, por proponer formalmente mi designación como académico correspondiente. Y gratitud también muy especial a mi compañera, la académica correspondiente Dra. P. Jiménez Blanco, quien me inició y me envió en el Derecho internacional privado, y a la académica de número Dra. P. Rodríguez Mateos, mi maestra, quien con sus palabras hacia mí no hace otra cosa que demostrar su generosidad científica y personal. Precisamente en lo personal quiero tener un recuerdo para mis hermanas y mi tía, para mis padres, Ángel y Blanca, pero, sobre todo, para Eva. Todos ellos, todos ustedes, cada día me enseñan: “el Arte de lo Bueno y de lo Equitativo”. Muchas gracias.

En Oviedo, a treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete