



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE
DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS**

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta

María de la Paz Agudín Colmenares

Director de la Tesis

Dr. Jorge Adame Goddard

Contenido	
PRÓLOGO	6
CAPÍTULO PRIMERO	9
INTRODUCCIÓN AL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS	9
I. CARÁCTER INTERNACIONAL DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS Y SU PROBLEMÁTICA.....	30
II. CONCEPTO DE CONTRATO MODELO	40
III. MODELOS DE CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS	43
CAPÍTULO SEGUNDO	46
ANÁLISIS DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS A PARTIR DEL CONTRATO MODELO DEL CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL	46
1. Brindar modelos de contratos en materia de comercio internacional	49
2. Otorgar seguridad jurídica dada la atipicidad de estos contratos .	50
3. Homologar el clausulado internacional de los contratos de distribución.....	50
4. Balancear los intereses de las partes contratantes.....	50
5. Brindar simplicidad.....	51
I. FINALIDADES DE LOS CONTRATANTES	52
II. LAS PARTES CONTRATANTES	55
1. Proveedor	56
2. Distribuidor.....	62
III. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN .	67
1. La obligación del distribuidor de comprar	68
2. La obligación del proveedor de vender	84
3. La obligación del distribuidor de comercializar y promover las mercancías	86
4. La obligación del proveedor de apoyar al distribuidor en su trabajo de comercialización proporcionándole material y capacitación a su personal	111
5. La obligación recíproca de informar	120
5.1 <i>La obligación del distribuidor de dar información al proveedor acerca de las operaciones y el modo de hacer la distribución</i>	120
5.2 <i>La obligación del proveedor de dar información al distribuidor ..</i>	126

IV. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA .	129
1. Obligación del vendedor –proveedor– de entregar las mercancías...	131
1. Obligación del comprador –distribuidor– de recibir las mercancías .	135
2. Obligación del comprador –distribuidor– de pagar el precio	136
3. Obligación del vendedor –proveedor– de responder por la calidad de las mercancías	142
4. Transmisión del riesgo por deterioro o pérdida de las mercancías...	144
V. DISPOSICIONES COMUNES A OTROS CONTRATOS	147
1. Confidencialidad	147
2. Reglas sobre fuerza mayor	153
3. Reglas sobre onerosidad sobrevenida o cambio de circunstancias (<i>hardship</i>).....	154
4. Formas de notificación entre las partes	155
5. Posibilidad de cesión y subcontratación de derechos contractuales	155
6. Reglas sobre solución de controversias, foro competente, ley aplicable e idioma	155
7. Vigencia y terminación	158
CAPÍTULO TERCERO.....	169
EL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCADERÍAS EN LA DOCTRINA Y EL DERECHO INTERNACIONAL	169
I. DOCTRINA.....	169
1. Contrato marco	169
2. Compraventa	177
3. Suministro	179
4. Prestación de servicios	184
5. Mandato	188
6. Contrato de naturaleza mixta.....	189
7. Contratos relacionales	190
8. Contrato de licencia de marca	192
9. Contrato preliminar.....	194
10. Concesión.....	195
10.1 <i>Duración indefinida y terminación</i>	205

10. 2 Causas de terminación	208
10.2.1. Terminación con causa.....	208
10.2.2. Terminación sin causa por decisión unilateral.....	209
10.3. Indemnización por clientela	209
11. Contrato atípico.....	210
II. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LEX MERCATORIA	216
III. LEGISLACIÓN MEXICANA	226
1. Código Civil Federal	226
2. Ley Federal de Protección al Consumidor	227
3. Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial	228
4. Ley Federal de Competencia Económica	229
CAPÍTULO CUARTO.....	236
NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCADERÍAS	236
I. LA DISTRIBUCIÓN Y LA ANTIGUA SOCIEDAD ROMANA.....	236
1. Las aportaciones de los socios	246
2. La participación en las ganancias y las pérdidas	247
3. La <i>affectio societatis</i> o <i>animus societas</i>	249
II. CARACTERÍSTICAS COMUNES ENTRE EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN	261
1. No están sujetos a registro	264
2. El asociante y el distribuidor realizan operaciones en su propio nombre y sus relaciones con terceros son muy similares.....	265
3. La forma.....	266
4. Carecen de personalidad jurídica.....	266
5. Las obligaciones del asociante y del distribuidor son muy similares, así como sus aportaciones y ventajas recíprocas	276
6. La finalidad económica y especulativa del contrato.....	276
7. La exclusividad	278
8. Ambas tienen su origen en el derecho romano	279
III. LA SOCIEDAD SIN PERSONALIDAD JURÍDICA ENTRE PROVEEDOR Y DISTRIBUIDOR IMPLÍCITA EN EL CONTRATO MODELO DEL CCI	279
1. Las compras mínimas a cargo del distribuidor y la obligación de asistencia a cargo del proveedor.....	282
2. La comercialización y el uso de las marcas	285
3. La obligación recíproca de informar	289

4.	Es un contrato <i>intuitu personae</i>	293
5.	La supervisión que ejerce el proveedor.....	295
6.	La prórroga del contrato	296
7.	La obligación del proveedor de responder por la calidad de las mercancías	298
8.	La exclusividad	299
9.	El precio de comercialización.....	304
10.	La publicidad y promoción	306
11.	El plan de negocios	307
IV.	NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCADERÍAS	336
	CONCLUSIONES	346
	BIBLIOGRAFÍA	356

PRÓLOGO

El objetivo de la presente investigación, con el propósito de brindar seguridad jurídica a las partes que intervienen en el contrato internacional de distribución de mercaderías, es proponer un régimen jurídico común a este tipo de contratos o al menos las bases para construirlo a partir de una reflexión sobre la naturaleza de la relación contractual en general, y de este contrato en particular.

Lo anterior se vuelve indispensable porque la cantidad de elementos que se dan cita en la contratación mercantil mundial es tan numerosa como variada, pues hay que tomar en cuenta factores tales como el humano, el tecnológico, el económico e incluso hasta el político dado el fenómeno de la globalización.

Es justamente esta pluralidad de factores lo que puede llegar a dificultar la contratación internacional, motivo por el cual se han vuelto tan importantes los modelos de contratos expedidos por organizaciones facultadas para ello, tales como la ICC (*International Chamber of Commerce*) o el ITC (*International Trade Centre*).

El óptimo ejercicio de la autonomía contractual depende en gran medida de contar con modelos de contratos comerciales internacionales que garanticen los más básicos principios de seriedad, equidad y reciprocidad que favorezcan de manera equilibrada los intereses de las partes contratantes para que puedan negociar con la tranquilidad de que sus eventuales diferencias sean resueltas conforme a un solo ordenamiento aplicable, como por ejemplo lo es de manera supletoria la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, (Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa, en lo sucesivo CISG), y sin que por ello deban sacrificar su libertad y buena fe contractual.

De manera muy específica cabe señalar que el tema es muy significativo para el diseño de estrategias de marketing internacional de México por tratarse de una

nación que participa en diversos tratados comerciales internacionales como socio comercial de cerca de cincuenta países diferentes, además de formar parte de importantes organismos en la materia a nivel internacional.

A partir de una investigación documental, en primer lugar analizaré el modelo de contrato emitido por el Centro de Comercio Internacional, *International Trade Centre*, en lo sucesivo CCI de conformidad con sus siglas en español, por tratarse de un documento basado en normas contractuales uniformes nacidas de las prácticas de comercio internacional¹, pasando por los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los Contratos Comerciales Internacionales y la CISG, así como la correspondiente bibliografía de doctrina tanto nacional como internacional.

El objetivo de este primer análisis es reconocer cuál es actualmente el régimen en vigor de estos contratos.

Posteriormente, haré un análisis de la teoría general del contrato, a partir de las fuentes romanas y modernas. El objeto de tal análisis será comprender la naturaleza del contrato desde la perspectiva de la relación a que da lugar –obligaciones recíprocas– en vez de la posición que lo contempla como un simple acuerdo de múltiples voluntades.

¿Puede haber un régimen jurídico común o uniforme del contrato internacional de distribución? La respuesta es que está más que justificado. La globalización provoca la cada vez más frecuente celebración de contratos internacionales de distribución, es decir, de contratos en los que el proveedor tiene su establecimiento en un país y el distribuidor lo tiene en otro.

¹ Tal y como se analiza más adelante, el CCI propone usar reglas contractuales uniformes y objetivas, esto es, no basadas en leyes nacionales.

Cuando surgen problemas por la interpretación o ejecución de un contrato, surge la cuestión de qué ley es la aplicable. Lo más frecuente es que el documento contractual disponga que se aplicará la ley del país del proveedor, que es ordinariamente la parte económicamente más fuerte.

Esto genera una asimetría en el contrato pues resulta que la parte económicamente más fuerte tiene además la ventaja de que su propia ley rige el clausulado.

Con la finalidad de proporcionar la naturaleza jurídica del contrato y de evitar desequilibrios, el objeto de esta investigación es confrontar el régimen actual del contrato internacional de distribución con la teoría contractual, para señalar sus conformidades y discordancias y proponer, como conclusión, un régimen de estos contratos que sea conforme con la naturaleza de la relación contractual.

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN AL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS

Antes de entrar a analizar a profundidad el modelo de contrato internacional de distribución de mercancías que elegí para sustentar la hipótesis de la presente investigación, es preciso ubicar la actividad distributiva en el lugar que ocupa en los usos y prácticas comerciales, dada la falta de legislación sustantiva que lo caracteriza, y que lo posiciona entonces como un contrato atípico prácticamente a nivel internacional.

Para ello, el punto de partida es explicar primero en esta introducción cómo es el escenario comercial internacional en el que se lleva a cabo la actividad internacional denominada distribución de mercancías, para posteriormente, en los capítulos tercero y cuarto, exponer la manera en que el contrato es mal entendido tanto por la práctica comercial –con lo que se generan muchos abusos y desequilibrios contractuales– como por la doctrina jurídica a nivel nacional e internacional de conformidad con las fuentes doctrinarias que oportunamente se revisan.

La falta de legislación en torno al tema provoca numerosos y diversos problemas terminológicos derivados de que la naturaleza jurídica del contrato está siendo entendida de maneras muy diversas. No existe una opinión común que defina su naturaleza jurídica de manera inequívoca y homogénea, así que la finalidad de esta investigación empieza por proponer una terminología fija a partir de la cual brindaré, en el último capítulo, mi opinión y propuesta sobre su naturaleza jurídica.

Para empezar, cabe señalar la confusa tendencia de identificar por igual a toda una serie de prácticas de comercio en las que se pacta con intermediarios

—que tal y como se verá más adelante pueden ser de muchos tipos diferentes— para que hagan llegar productos a clientes finales, como *contratos de distribución en sentido amplio*.

Entre los autores que usan el criterio del sentido amplio o estricto para referirse a los contratos de distribución, tenemos por ejemplo a Hocsman: “[e]l contrato de distribución, en sentido amplio, es entendido como una de las modalidades a las que recurre el empresario para colocar sus productos en el mercado [...]”² y continúa Hocsman, ubicando al contrato de distribución en sentido estricto: “[e]n sentido estricto, el contrato que nos ocupa se configura como el vínculo existente entre el productor y aquel que coloca los bienes y servicios en el mercado.”³

Es decir, el término “contratos de distribución” se usa indistintamente como el género que engloba a especies de contratos que se celebran con intermediarios que son muy diferentes entre sí, tal es el caso de la franquicia o la agencia, por ejemplo.

Considero que ni la franquicia ni la agencia deben manejarse como contratos de distribución toda vez que ya existe un contrato de distribución, con lo cual se está cayendo en confusiones. Una de las propuestas de esta investigación es, por ejemplo, identificar a estos tres contratos como contratos de comercio⁴, con lo cual

² Hocsman, Heriberto Simón, *Contratos modernos de distribución comercial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 78.

³ *Ibidem*, p. 79.

⁴ Me parece que esta es la mejor manera de referirse no solo a la franquicia, agencia y distribución, sino a toda una amplia gama de contratos de conformidad con lo señalado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (de conformidad con su nombre en inglés *United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL*): **“Debe darse una interpretación amplia al término «comercial» para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no**, Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, **acuerdo de distribución**, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo de explotación o concesión, empresa

se reservaría el término “distribución” para identificar única y exclusivamente al contrato que vincula al proveedor y al distribuidor, quedando excluidas la franquicia y la agencia.

Hay textos que, de hecho, no solo así lo manejan correctamente, sino que distinguen entre contrato de franquicia, agencia y distribución: “[e]n muchos **contratos comerciales**, las partes tendrán derechos contractuales o legales sobre cierta información en posesión o control de otras partes. **Esto sería típico en los acuerdos de franquicia y distribución, agencias, empresas conjuntas y asuntos de seguros.**”⁵

Me parece que esta precisión es muy necesaria también tomando en consideración que, por ejemplo, como no existe una ley de la Unión Europea sobre franquicias, tenemos que se considera entonces a la franquicia como un sistema de distribución, con lo cual surgen las mencionadas confusiones.

Considero que es un error referirse a todas estas formas de contratación como contratos de distribución y tal referencia está muy generalizada a nivel internacional: “[...] en el contexto de los acuerdos de distribución, UNIDROIT ha publicado una Guía de contrato de franquicia y la Cámara de Comercio Internacional ha publicado un modelo de contrato de franquicia internacional [...]”⁶

conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, y de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.” United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006*, Viena, 2008, pie de página 2 del Artículo 1 (1). El texto traducido al español está disponible en el siguiente enlace consultado con fecha 27 de febrero de 2022: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/03-90956_ebook.pdf.

⁵ La traducción y el énfasis son míos. El texto original es el siguiente: “In many commercial arrangements, parties will have contractual or statutory rights to certain information in the possession or control of other parties. This would be typical in franchise and distribution agreements, agency, joint ventures and insurance matters.” Croft, Clide, et al., *A guide to the UNCITRAL arbitration rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 306-307.

⁶ La traducción es mía. El texto original en inglés es el siguiente: “[...] in the context of distribution agreements, UNIDROIT has published a ‘Guide to International Master Franchise Agreements’ and the International Chamber of Commerce has published an International Franchising Model Contract, both of which are mentioned later in this chapter.” Goode, Roy, Kronke, Herbert, et al. (editores),

Nótese la confusión que genera abarcar a la franquicia, la agencia y la distribución como contratos de distribución. A nivel internacional esta confusión deriva en que los contratos modelo de franquicia emitidos por organismos como la Cámara de Comercio Internacional –en lo sucesivo ICC por sus siglas en inglés– se entiendan entonces como contratos modelo de distribución, cuando ya hay contratos modelo de distribución en específico como el que analizo en la presente investigación. El propio texto citado pareciera implícitamente reconocer esta ambigüedad pues más adelante pone la palabra distribución entre comillas:

La franquicia internacional está desempeñando un papel cada vez más importante en el perfeccionamiento de la «distribución» de bienes y servicios en el sentido más amplio, ya que introduce conocimientos comerciales en países y mercados donde esos bienes o servicios no se habían desarrollado originalmente⁷.

Al mismo tiempo, dicho concepto general se usa también para identificar al contrato de distribución mismo, llamado entonces así, contrato de distribución *en sentido estricto*⁸, o incluso identificándose equivocadamente, tal y como se señala más adelante, como *contrato de concesión comercial* o *concesión exclusiva*⁹.

La presente investigación tiene como objeto de estudio este contrato de distribución mismo, mal concebido en un sentido estricto, y en demasiadas ocasiones identificado como contrato de concesión en exclusiva o concesión

Transnational Commercial Law Text, Cases and Materials, 2ª. Edición, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 297.

⁷ La traducción es mía. El texto original es el siguiente: “*International franchising is playing an ever greater role in refining the «distribution» of goods and services in the widest sense in that it introduces commercial know-how into countries and markets where those goods or services had not been originally developed.*” *Ibidem*, p. 314.

⁸ “*En sentido estricto, el contrato que nos ocupa se configura como el vínculo existente entre el productor y aquel que coloca los bienes y servicios en el mercado.*” Hocsman, Heriberto Simón, *op. cit.*, p. 79.

⁹ Sobre el mal usado término de concesión, para referirse a la distribución, remito al capítulo cuarto de esta investigación, donde analizo el tema a profundidad.

comercial, en el entendido de que esta manera de identificar al contrato en un sentido amplio o estricto es imprecisa e innecesaria ya que con el contrato de distribución ocurre algo muy similar a la compraventa: puede haber muchos tipos de compraventa, pero todos se identifican como *compraventa*. Es decir, la naturaleza del contrato internacional de distribución permite que existan diferentes modalidades sin que por ello deba variarse la manera de identificarlo.

El uso común entonces es hablar de contratos de distribución como el género que comprende actividades diferentes en las que se involucra a toda una serie de figuras intermediarias que comparten semejanzas pero también muchas diferencias entre sí; el problema es que al existir un contrato específico también llamado contrato de distribución las confusiones son evidentes tomando en cuenta que los contratos que así comúnmente se manejan como contratos de distribución pretenden cubrir realidades comerciales extremadamente complejas, variables y heterogéneas, con lo que se contribuye a difuminar las fronteras que deben existir entre franquicias, agencias, y distribuciones, todos, contratos mal categorizados como contratos de distribución.

Todos estos contratos mencionados, más que englobarse dentro de los contratos de distribución en sentido amplio, deberían simple y sencillamente considerarse como contratos de comercio internacional¹⁰, cuya finalidad es la misma independientemente de la multiplicidad de fórmulas contractuales que se

¹⁰ También se les suele encuadrar como contratos de colaboración en oposición a los contratos de cambio o donde las partes contratantes manejan intereses contrapuestos. Cfr. Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 3ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, p. 271. Asimismo, entre la doctrina más reciente encontramos que los contratos de colaboración a su vez son encuadrados como formas de condominio empresarial, tal es el caso de: Cfr. Peña Nossa, Lisandro, *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*, 5ª. Edición, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2014, p. 482. También se manejan los conceptos de contratos de intermediación comercial o de colaboración interempresarial: Cfr. Ortega Giménez, Alfonso, "El contrato de concesión o distribución comercial internacional", *vLex International*, núm. 4, enero de 2009, p. 1. Con todas estas diversas acepciones lo que quiero resaltar es precisamente el panorama tan heterogéneo que existe en la doctrina y que contribuye a enriquecer el ámbito jurídico relacionado con el comercio internacional, en lugar de simplificarlo en aras de la protección de los intereses de las partes contratantes y por lo tanto de su seguridad jurídica.

presenten –agencia, franquicia o distribución– esto es, tal y como señala Ortega Giménez:

[...] prolongar la actividad de la empresa a través de colaboradores que se comprometen a promover y/o a concluir uno o varios contratos en interés y por cuenta de ella. Esta estrategia permite prescindir de los costes que implicaría tener que crear una estructura empresarial en cada uno de los nuevos mercados en los que se pretende introducir los productos o servicios propios¹¹.

El hecho de que existan diversos contratos para contemplar los diferentes negocios internacionales obliga al Derecho a delimitar con claridad las fronteras que distinguen a unos de otros –máxime tratándose de fronteras verdaderamente muy difusas dadas las confusiones terminológicas existentes y que expongo en el capítulo tercero de esta investigación– en vez de limitarse a englobar a todas estas diferentes formas de contratación con intermediarios, como contratos de distribución en sentido amplio.

El ejemplo más claro lo tenemos en las grandes semejanzas que pueden presentarse entre el contrato de franquicia y el de distribución. La franquicia es un contrato que presenta muchas variables según el modelo de negocio que ampare, siendo la franquicia de producto y marca –también conocida como franquicia de distribución– la que más se asemeja al contrato de distribución pues consiste en la venta que realiza un franquiciador a un franquiciado para que éste distribuya sus productos de manera exclusiva¹² y bajo el amparo de una licencia de marca.

¹¹ *Idem*.

¹² Cfr. Fajardo Fernández, Javier, “La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución”, *Anuario de derecho civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Volumen 50, Número 4, 1997, p. 1763.

Tal y como iré exponiendo a lo largo de este trabajo, la realidad que rodea a los contratos de distribución está plagada de confusiones porque es muy común que se añadan a la ecuación términos tomados de disciplinas ajenas a la jurídica tales como la economía o la administración de negocios, lo cual puede apreciarse en el uso indiscriminado que hace generalizadamente la doctrina jurídica de conceptos tales como “acuerdos verticales” o “distribución integrada”:

La noción de «integración contractual» es una importación de la Ciencia económica donde el término integración designa todas las posibles manifestaciones de coordinación en el ejercicio de las actividades económicas. La integración contractual vertical ascendente indica la existencia de una colaboración entre productores y comerciantes distribuidores, en virtud de la cual el productor (integrador) se obliga a proporcionar los medios que considera necesarios para la reventa o prestación de sus productos o servicios y el distribuidor (integrado) se obliga a realizar dicha reventa o prestación en las condiciones pactadas¹³.

No hay nada que justifique tal terminología ajena a la jurídica, siempre y cuando se entienda que el contrato de distribución rige las relaciones entre solo un proveedor y solo un distribuidor y en el entendido de que las relaciones que surjan entre el distribuidor y otros intermediarios del proveedor o entre el proveedor y otros distribuidores, deberán regirse a su vez por los respectivos contratos de distribución que para tal efecto celebren. Jurídicamente hablando no hay ni verticalidad ni horizontalidad, sino tantos contratos de distribución como intermediarios haya, de manera tal que el concepto de contratos de integración me parece tan equivocado como innecesario.

¹³ Pellisé de Urquiza, Cristina, *Los contratos de distribución comercial: problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, p. 42.

El tema de los contratos de distribución revela que la ciencia jurídica está dejando de crear su propia terminología y adopta términos tomados de otras disciplinas¹⁴; al ser con frecuencia identificados a su vez por el derecho de la competencia como acuerdos verticales entre comerciantes que ocupan diferentes niveles dentro de un mismo proceso de producción y distribución¹⁵, se respalda así el uso de términos económicos pues el derecho de la competencia está implicado en este escenario ya que al no existir de manera generalizada una regulación sustantiva que lo contemple, el contrato de distribución queda bajo la mira del derecho contractual y del derecho de la competencia indistintamente, ordenamientos en contrapunto desde el momento en que el primero aboga por la libertad contractual y la buena fe entre las partes, mientras que el segundo busca limitarla.

El punto de vista de esta investigación es el propio de una mirada jurídica que pretende brindar uniformidad a este difuso panorama, desde la perspectiva del derecho contractual, para concebir al contrato internacional de distribución de mercancías como el fruto de un convenio libre entre dos partes y no entenderlo según su finalidad económica identificada con un conjunto de muy diversas voluntades que concurren en cadenas o redes de distribución que pueden ser más o menos grandes.

En este sentido no coincido con autores como Jarne Muñoz, para quien los contratos de distribución abarcan redes que implican una pluralidad de individuos, motivo por el cual, los entiende como acuerdos verticales:

¹⁴ A lo largo de la presente investigación y de manera especial en el capítulo tercero, se citan diversas posturas doctrinales al respecto.

¹⁵ Menciono al derecho de la competencia meramente como una forma adicional de identificar a este tipo de contratos, pero aclaro que el ámbito de la competencia no es el objetivo del presente trabajo, además de que es innecesario usar terminología económica ya que, tal y como abundaré a lo largo de la presente investigación, la ciencia jurídica no tiene absolutamente ninguna necesidad de recurrir a otras disciplinas para brindar sus propios términos y soluciones.

El concepto de red presupone y demanda en primer lugar la existencia de un cierto número de individuos, que presentarán la condición de empresarios. Al igual que sucede respecto de una red física es evidente que un operador no conforma una red, al igual que no lo hacen dos. Por el contrario, encontraremos una pluralidad de operadores, que se encuentran en diversos escalones del ciclo de producción y distribución, razón por la cual se alude con frecuencia a los contratos de distribución como acuerdos verticales. La estructura de las redes integradas puede definirse como piramidal. En la cúspide encontraremos al cabeza de red, que ostenta la dirección y coordinación del sistema, al tiempo que es propietario de los derechos de propiedad industrial y del know how. A este operador, que ostenta una posición de preeminencia se añaden una pluralidad de entes, en este caso, empresarios que se relacionan entre sí y con el propio cabeza de red a través de un haz de relaciones complejas orientadas a la realización de una determinada actividad económica. Estos operadores, que ostentan formalmente la posición de empresarios independientes, experimentan todavía un proceso progresivo de dependencia respecto del distribuidor, que se encuentra de modo más acusado conforme avanza la relación y se producen las sucesivas renovaciones del contrato¹⁶.

Realizada la precisión señalada, en este sentido se hablaría entonces de franquicia, agencia, y distribución ya no como contratos de distribución en sentido amplio, sino como contratos comerciales tal y como optan por hacerlo autores como Farina¹⁷.

Es importante recalcar la importancia que tiene una mayor claridad y precisión en cuanto a la manera de referirnos a estas diferentes instituciones

¹⁶ Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, Madrid, Editorial Reus, 2016, pp. 40-41.

¹⁷ Cfr. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 412.

jurídicas pues las imprecisiones terminológicas existentes llevan a las confusiones de fondo que analizo en esta investigación y porque además el contrato de distribución es un contrato atípico carente de un marco jurídico sustantivo que lo regule, carencia que contribuye a maximizar tales inexactitudes.

Una vez hechas las aclaraciones anteriores, podemos pasar a la siguiente: en la práctica comercial se habla de distribución para referirse indistintamente a diferentes acuerdos con intermediarios comerciales, tales como la distribución extensiva, la intensiva o la distribución selectiva¹⁸, cada cual con sus respectivos grados de exclusividad o no, con lo que se generan numerosas confusiones entre la doctrina internacional, que ante tal panorama y con la finalidad de diferenciar de alguna manera al contrato de distribución objeto de este estudio opta por identificarlo incorrectamente, tal y como ya señalé, como concesión¹⁹ exclusiva, distribución integrada o acuerdos verticales²⁰ por citar algunos ejemplos.

Estas denominaciones no son conceptos jurídicos, sino que emanan del derecho público –como en el caso de la concesión tal y como se analiza en el capítulo tercero– o bien, de otras disciplinas como la economía o la administración de empresas y los negocios internacionales.

¹⁸ León Tovar menciona dos tipos de distribución, a saber, exclusiva: *“El fabricante nombra un único distribuidor exclusivo para una zona geográfica en concreto (región, país, etc.), con la obligación de abstenerse de vender o de designar nuevos distribuidores, agentes o concesionarios en el territorio objeto de exclusiva. Asimismo, el fabricante puede comprometerse a no realizar ventas directas en el territorio asignado, a impedir que otros distribuidores promuevan ventas en el territorio objeto de exclusiva, o a impedir absolutamente a otros distribuidores la realización de ventas en el territorio, aunque sea de forma indirecta.”* León Tovar, Soyla H., *Contratos mercantiles*, 2ª. Edición, México, Oxford University Press, 2015, p. 378; y selectiva, en la que: *“[...] el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios únicamente a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometen a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados; el fabricante limita la venta de sus productos a distribuidores calificados o diferenciados, elegidos cualitativa o cuantitativamente, con objeto de mejorar la calidad del servicio ofrecido al cliente final [...]”* *Idem*.

¹⁹ La doctrina suele identificar erróneamente la exclusividad con el contrato de concesión y lo separa así de los demás contratos mal llamados de distribución, como la franquicia o la agencia. La confusión se incrementa ante la mucha doctrina que restringe la exclusividad a una forma de distribución denominada autorizada. El tema de la concesión se trata a profundidad con el correspondiente aparato crítico en el capítulo tercero de la presente investigación.

²⁰ Cfr. Pellisé de Urquiza, Cristina, *op. cit.*, p. 44.

La exclusividad es un elemento muy importante del contrato y lo abordo a fondo en el capítulo cuarto, pero puede adelantarse que, en la distribución, esta característica se puede apreciar con mayor claridad en aquellas estrategias de comercialización que pretenden posicionar en un territorio desconocido para el proveedor, una marca como única, brindándole renombre y prominencia en una zona geográfica determinada.

Cuando la estrategia se dirige entonces a una clientela final con preferencias muy específicas y, por lo general, de un alto nivel adquisitivo, se pueden generar problemas de competencia cuando los proveedores abarcan a los distribuidores más importantes de un mercado en perjuicio de los más pequeños, con lo cual el derecho de la competencia de ciertos países tiende a considerar que se afecta el mercado libre.

Sin embargo, a mi parecer este aspecto no deriva del contrato en sí, sino del nivel de control que exista por parte de las autoridades de la zona geográfica donde se llevará a cabo su ejecución y en qué medida puedan sus respectivas legislaciones verificar que tal actividad no se lleve a cabo a gran escala y de manera descontrolada.

Es decir, puede paliarse con medidas de control, además de que posteriormente señalo otros motivos por los cuales opino que los contratos de distribución no afectan los mercados en términos de competencia.

El tema de la exclusividad es muy importante para una mejor comprensión del contrato. Implica que los distribuidores no podrán vender en su zona marcas de la competencia y el proveedor a su vez no podrá vender sus productos a nadie más en tal área, con lo cual se dice entonces que el proveedor cuenta con distribuidores selectos o autorizados, aunque también puede ser que se convenga un número máximo de distribuidores en un territorio. No habría entonces un distribuidor exclusivo, sino varios distribuidores, aunque tal y como expongo en los capítulos

posteriores, la exclusividad considero que es un elemento esencial del contrato de distribución, lo cual no significa que las partes no puedan hacer pactos que permitan al proveedor vender a otros.

La exclusividad del distribuidor –que es la obligación del proveedor de no vender a otro en el territorio exclusivo– se corresponde con su obligación de compra mínima. La exclusividad del proveedor es una obligación del distribuidor de no hacer, de no comprar mercancías que compitan con las mencionadas en el contrato de distribución a ninguna otra persona.

Con la finalidad de facilitar la comprensión del análisis del contrato modelo, continúo con un ejemplo de lo que en la práctica comercial implica el factor de la exclusividad, en el entendido de que tal y como ya indiqué, en el capítulo cuarto abordo este tema a profundidad, sirviendo las presentes líneas como un panorama general introductorio: cuando se habla de artículos de lujo, tal y como lo dice la propia palabra, se están distribuyendo mercancías selectas o exclusivas. Tal es el caso, por ejemplo, de muy exclusivos y caros autos deportivos que por lo general suelen verse solamente en ciertas partes del mundo; otro ejemplo lo tenemos en las prendas de vestir de alta costura que se distribuyen bajo el nombre de afamados diseñadores caracterizados por su originalidad.

Es decir, lo exclusivo y selecto es, tanto la mercancía, como los distribuidores mismos que van a comercializarlas entre sus propios clientes, pues es como si hubieran sido escogidos por el proveedor por encima de otros para actuar comercialmente en el territorio.

Asimismo, lo selecto también está presente en la promoción de la exclusividad de un producto determinado, que impregna entonces a toda la experiencia de compra, esto es, desde que el cliente llega a una boutique exclusiva –tanto de ropa como de automóviles, o accesorios diversos por citar ejemplos– que hacen que todo el proceso de compra sea una experiencia única. En los casos

anteriores se habla de distribución autorizada y en este tipo de distribución resulta muy fácilmente apreciable la importancia de la exclusividad.

La cuestión es que la exclusividad se vuelve difícil de encuadrar jurídicamente cuando el contrato de distribución es mal entendido como la suma de todas las múltiples voluntades que pueden concurrir en aquellos casos en los que estamos ante la presencia de redes de distribución muy largas –la red se alarga cuando el distribuidor es mayorista, por ejemplo²¹.

La exclusividad admite grados, es decir, se puede o no permitir al distribuidor que comercialice otros productos diversos a los que adquiere del proveedor:

Si bien, al tratarse de un tipo de contrato regido básicamente por la voluntad de las partes, la exclusividad en los pactos dependerá de cada sector. Así, en el caso de la distribución de alimentos, es frecuente que existan acuerdos de exclusividad respecto de productos o gamas de productos concretos, pero no afectarán a la totalidad de la actividad desarrollada por el distribuidor²².

La idea de una red que puede involucrar a un proveedor con uno o varios distribuidores es uno de los factores que estimo que más confusiones generan en la doctrina jurídica pues la tendencia que se analiza en esta investigación es incluir a todos los integrantes de una misma cadena en una misma actividad jurídicamente comercial y se deja de apreciar el contrato como una relación de bilateralidad para entenderlo erróneamente como un contrato marco²³ que abarca un amplio número de voluntades de todos los integrantes de la red.

²¹ Cuando hay redes de distribuidores, cada distribuidor tiene su propio contrato con el fabricante, en el cual se le puede autorizar o no a tener subdistribuidores. Estos subdistribuidores tienen, cada uno, un contrato con el distribuidor autorizado, pero no con el fabricante.

²² Pérez Pereira, María, “Contratos de distribución: entre teoría y realidad”, en Arroyo, Tatiana y Feliu, Jorge (coords.), *Estudios sobre el futuro código mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortíz*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, p. 1655.

²³ En el capítulo tercero analizo el ámbito de la doctrina que erróneamente contribuye a identificar a la distribución como un contrato marco.

Ahora bien, si bien es cierto que en la práctica la cadena de distribución efectivamente sí puede conectar a un proveedor con uno o varios distribuidores –pensemos en ese mencionado distribuidor mayorista que a su vez le venderá a un distribuidor minorista como siguiente eslabón de la cadena, siendo este último quien venderá las mercancías a los clientes finales– ha de entenderse, sin embargo, que el contrato de distribución se celebra solamente entre un proveedor y un distribuidor: habrá tantos contratos de distribución como distribuidores existan dentro de una misma cadena o red distributiva y no un solo contrato que pretenda abarcar todo este complicado escenario que ni siquiera es contemplado por la mayor parte de la legislación sustantiva a nivel internacional, contrariamente al criterio sostenido por autores como Jarne Muñoz²⁴.

La complicación es aún mayor si sumamos que los distribuidores que forman parte de la red pueden además interactuar entre sí en el supuesto de que se presenten situaciones excepcionales –situación que la doctrina jurídica explica con el término económico de “integración horizontal”²⁵– como en el caso de que, ante cualquier eventualidad, si el proveedor no pudiese cubrir con determinados pedidos

²⁴ Cfr. Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 38.

²⁵ Los acuerdos horizontales asignan clientes y territorios entre competidores y, por ejemplo, en Estados Unidos, se consideran una violación a la Ley Sherman de antimonopolios (*Sherman Antitrust Act*), en cambio, los acuerdos verticales para asignar clientes o territorios solo son ilegales si afectan negativamente a la competencia en el mercado visto en su conjunto, es decir, no constituyen una violación *per se*, sino que responden a criterios de razonabilidad y Beatty señala el siguiente caso a manera de ejemplo: supongamos que Hot Sound Inc. otorga a sus distribuidores el derecho exclusivo de vender sus altavoces en un territorio particular o a un tipo particular de cliente (por ejemplo, automóviles), a cambio de que éstos almacenen una amplia gama de inventario y realicen promoción. Además de elevar la lealtad de sus distribuidores, pues para ellos que realizan grandes gastos, cambiarse a otros proveedores implicaría desarrollar nuevos anuncios, volver a capacitar personal, y demás gastos, los proveedores así obtienen también una mejor competencia entre marcas al contar con distribuidores comprometidos que permiten competir con más fuerza contra otras marcas. Ciertamente, controlar a los distribuidores es una estrategia para excluir competidores pues es difícil competir en un mercado si se excluye a éstos de los mejores canales de distribución, pero vemos que en el caso citado se reduce la competencia intra marca (entre sus distribuidores) pero se incrementa la competencia entre marcas, de manera tal que en realidad es poco probable que las actividades de Hot Sound Inc. tengan un impacto anticompetitivo ya que más bien son una violación al criterio de razonabilidad, lo cual significa que la ley intervendrá solo si las actividades de Hot Sound Inc. tienen un impacto anticompetitivo en el mercado entero. Cfr. Beatty, Jeffrey F., *et al.*, *Business law and the legal environment*, 8ª. Edición, Boston, Cengage, 2019, p. 992.

entonces el contrato abre la posibilidad de que los distribuidores de la misma red se resurtan entre sí durante el tiempo que dure tal contingencia.

Sin embargo, no estoy de acuerdo en hablar de acuerdos horizontales ya que considero que cuando hay redes de distribuidores, cada distribuidor tiene celebrado su propio contrato con el fabricante o proveedor, en el cual se puede autorizar o no al distribuidor a tener a su vez subdistribuidores.

Es decir, el distribuidor puede duplicar la relación que tiene con el proveedor, con su propio subdistribuidor, en el entendido de que estos subdistribuidores tienen, cada uno, un contrato con el distribuidor autorizado, pero no con el proveedor.

Hablar de acuerdos horizontales en los canales de distribución crea confusiones y más bien hay que entenderlo en el sentido de que en un canal de distribución puede haber varios contratos de distribución celebrados.

Bien lo señala León Tovar al mencionar al distribuidor principal como *“quien tiene celebrado de manera primigenia un contrato de distribución con el fabricante, que le permite celebrar a su vez contratos de distribución con terceros en un territorio determinado y en las condiciones que se le han autorizado.”*²⁶

Sin embargo, es común escuchar los términos económicos de verticalidad²⁷ y horizontalidad en el seno de estas actividades y de la doctrina jurídica, pero hay

²⁶ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 366.

²⁷ Los acuerdos verticales se dan entre dos o más empresas que operan dentro de la misma línea de distribución y se aplican a las condiciones de venta de productos. Cfr. Wevers, H., *A basic guide to international business law*, 5ª. Edición, Países Bajos, Noordhoff, 2021, p. 166. Así, y de conformidad con lo anteriormente señalado, tenemos entonces que no hay necesidad de usar términos como acuerdos verticales u horizontales ya que simplemente se trata de contratos de distribución y pueden existir varios dentro de un mismo canal de distribución, por ejemplo, el que firma el proveedor con sus distribuidores, o los que puedan firmar entre sí estos distribuidores cuando, por ejemplo, el proveedor por cualquier eventualidad no pueda surtir a alguno de ellos, en cuyo caso no hay acuerdos horizontales, sino nuevos contratos de distribución entre estos distribuidores.

que entender que a pesar de que puedan generarse relaciones horizontales entre los distribuidores de una misma red comercial que comparten a un mismo proveedor, este es un aspecto que no excluye el hecho de que el contrato de distribución sea una relación bilateral entre un proveedor y un distribuidor, que se da en el seno de una red comercial que puede efectivamente ser más o menos grande, pero que implica un respeto por parte de los distribuidores entre sí de sus respectivas áreas de acción comercial pues operan bajo el amparo, cada uno de ellos, del respectivo contrato de distribución que hayan celebrado con un mismo proveedor.

Sostengo que el contrato de distribución no es la suma de todas las voluntades de una misma red, sino un vínculo contractual bilateral entre un proveedor y un distribuidor con lo cual toda confusión que la exclusividad pueda generar en el contexto de una red con múltiples distribuidores quedaría eliminada.

Entenderlo así es contribuir a que el Derecho cumpla con su finalidad de brindar soluciones sencillas. El hecho de que una red de distribución pueda ser más o menos compleja no significa que la ciencia jurídica deba proporcionar soluciones también complejas, sino con mayor razón, todo lo contrario.

Por ello difiero completamente del sector doctrinario que entiende al contrato como una relación integrada –lo cual es un concepto económico– esto es, como una suma de voluntades tanto verticales entre proveedor y distribuidor, como horizontales entre distribuidores entre sí²⁸, y que por consiguiente consideran como reduccionista y absurdo ver a este fenómeno como una relación bilateral²⁹.

²⁸ En cuyo caso nótese que estos distribuidores interactúan entre sí al amparo de la celebración de sus propios contratos de distribución entre ellos, pues tal y como propongo, no se trata de una suma de voluntades diversas –acuerdos horizontales– sino de una relación contractual bilateral.

²⁹ Entre los autores que consideran como reduccionista tal bilateralidad por considerar que el contrato de distribución es una relación integrada: *“La propia noción de red presupone una multiplicidad de individuos que participan de la misma [...] No obstante, considerar la red como una mera adición de relaciones bilaterales sería un enfoque tan reduccionista como absurdo.”* Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., pp. 38-39. De ninguna manera coincido con el autor y justo uno de

Me parece que el panorama que abren los contratos de distribución permite recordar que el Derecho es una disciplina capaz de explicar cualquier nueva figura que surja en el escenario comercial, lo cual es un fenómeno común dada la actual mezcla de globalización y tecnología entre otros múltiples factores.

El Derecho nace de la vida y por lo tanto debe evolucionar con ella y mostrar que es capaz de cubrir por sí solo las nuevas realidades económicas propias de nuestro tiempo.

En la postura que defiendo a lo largo de mi investigación, la ciencia jurídica, aunada a la buena fe contractual, definitivamente sí es capaz de brindar soluciones justas y equitativas a las muy diversas, cambiantes y complejas problemáticas que se presentan en el ámbito de la distribución internacional, así como capaz es también de materializar su labor mediante la creación de sus propias instituciones y conceptos.

En tal sentido debo añadir que tampoco estoy de acuerdo con que la actividad del proveedor sea, como muy comúnmente se le designa, una distribución indirecta, ya que el objeto del contrato de distribución es muy claro: que el distribuidor, a *nombre propio*, comercialice o distribuya las mercancías que adquiere del proveedor, en el área comercial donde desempeña sus actividades³⁰.

En mi opinión, lo indirecto es por una parte el canal de distribución y por otra, la ventaja que obtiene a través de la labor del distribuidor, exactamente de la misma forma en que el distribuidor también obtiene ventajas del proveedor, pero tales

los puntos más importantes a tratar en esta investigación es el de manifestar que el Derecho es perfectamente capaz de hacer frente a nuevas realidades económicas y organizativas sin necesidad de complicar panoramas que son ya de por sí complejos y sin necesidad tampoco de tomar términos prestados de otras disciplinas, tales como “relación integrada” vertical u horizontal. No es cuestión de superar la bilateralidad del contrato a costa de envolverlo en abstracciones innecesarias, tal y como parece proponer Jarne Muñoz.

³⁰ Sobre esta cuestión de una supuesta distribución indirecta remito al capítulo cuarto de la presente investigación.

ventajas convergen en el acto de distribución en sí mismo llevado a cabo única y exclusivamente por un distribuidor que actúa por su propia cuenta y riesgo.

De esa labor efectivamente sí emanan muchas ventajas para el proveedor, pero a pesar de que el proveedor tiene la obligación que ya analizaré de ayudar y apoyar al distribuidor en la comercialización y que analizo en el capítulo segundo, tal obligación no es en apoyo de una distribución indirecta por su parte, sino que se desprende más bien del hecho de que la actividad de ambas partes aporta beneficios tanto al proveedor como al distribuidor y que terminaré de definir en el capítulo cuarto de esta investigación, donde expongo conclusiones finales muy relevantes en apoyo a la opinión que sostengo de que no hay tal distribución indirecta; una cosa es que el proveedor se beneficie de la labor llevada a cabo por el distribuidor y otra cosa es asimilar tales beneficios a una distribución indirecta y tan es así, que también el distribuidor obtiene sus respectivas ventajas pues ambas partes se benefician la una de la actividad de la otra.

Entonces, lo indirecto es el canal de distribución pues involucra intermediarios, que puede ser uno solo cuando el distribuidor es minorista, o puede ser más complejo mientras más eslabones se añaden a la cadena. Pero no hay que confundir lo indirecto del canal, con que la labor del proveedor sea una distribución indirecta.

El error está en pretender que el contrato de distribución abarque tanto a un canal corto –como el que une a un proveedor con su distribuidor– como a un canal largo en el que están involucrados más intermediarios, a saber, mayoristas, minoristas, agentes, etcétera.

El hecho de que el proveedor que le vende mercancías al distribuidor lo haga con la finalidad de también beneficiarse de la comercialización que posteriormente lleve a cabo el distribuidor entre sus propios clientes, en mi opinión no implica que el proveedor realice una distribución indirecta, pues entonces no se entendería uno

de los elementos más esenciales del contrato, a saber, la independencia jurídica del distribuidor en virtud de la cual actúa por su propia cuenta y riesgo.

Ahora bien, sirve en apoyo de lo anterior, lo señalado por Xavier Ginebra sobre la cualidad auxiliar que caracteriza a los agentes en el contrato de agencia: *“Las compras [...] efectuadas al representante de comercio constituyen en realidad compras efectuadas directamente al comitente.”*³¹

Ciertamente, el autor se refiere a los agentes, intermediarios comerciales que en realidad sí son auxiliares y por lo tanto subordinados del proveedor. Pero el distribuidor no es un agente y tampoco un mero auxiliar del proveedor, motivo por el cual las compras que le hagan al distribuidor a mi entender no deben reputarse como realizadas de manera indirecta al proveedor dada precisamente la autonomía que constituye una característica esencial del distribuidor, que vende bajo su propia cuenta y riesgo.

Esta autonomía es determinante en el contrato de distribución, pues es lo que marca la diferencia entre un actuar directo como el que lleva a cabo, en vez de indirecto, así como una actividad de ventas y no de reventas.

Por lo anteriormente señalado, sostengo que el distribuidor no es un mero revendedor y su independencia contribuye a reafirmarlo. No es un subordinado del proveedor, tan es así que el proveedor mismo también tiene sus respectivas obligaciones de apoyar al distribuidor y las analizo más adelante. La actividad del distribuidor, además, es mucho más amplia que la de una simple reventa ya que está obligado a comercializar, con todo lo adicional que esto implica y en el capítulo cuarto examino el tema a profundidad.

³¹ Ginebra, Xavier, “Los contratos de distribución comercial en la ley federal de competencia económica”, *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, Año 9, Número 27, septiembre-diciembre 1998, p. 165.

Las confusiones terminológicas que encontramos en torno al contrato de distribución conducen a diversas equivocaciones de fondo. Así tenemos que el tema de la exclusividad es uno de los detalles que más ambigüedades generan en la doctrina jurídica ya que, tal y como abordaré en capítulos posteriores, mientras unos doctrinarios la consideran como un elemento esencial del contrato de distribución, para otros es un elemento accesorio.

En lo particular, adelanto que la exclusividad debe ser tomada siempre como un elemento esencial y en el capítulo cuarto analizo con toda profundidad y cuidado tal tema.

Todas estas precisiones técnicas que realizo a manera introductoria no son superficiales ni caen fuera de contexto por tratarse de una investigación jurídica pues sirven para esclarecer de manera muy precisa en qué consiste el papel que juega el distribuidor, ya que tenemos que puede tratarse de un mayorista o un minorista, lo cual es indispensable para una mejor comprensión sobre el papel que juegan las partes dentro un contrato tan orgánico y cambiante.

Tan es así que cuando el distribuidor actúa como minorista, es fácil que la distribución se confunda entonces con una franquicia cuando en realidad debe entenderse que, así como el seno de la distribución puede comprender diversas operaciones de compraventa entre proveedor y distribuidor, también es factible que contenga cláusulas propias de una franquicia sin perder por ello su naturaleza jurídica propia.

Por otra parte, la distribución pactada como intensiva es una estrategia de comercialización que admite el contrato internacional de distribución de mercancías sobre todo cuando se distribuyen productos de demanda constante, periódica y frecuente. Sirve para destinar los productos a un mercado final de consumo masivo, abasteciendo al mayor número de puntos de ventas posibles, tales como centros comerciales o supermercados. Tal es el caso, por ejemplo, de comida, agua

embotellada, medicamentos o productos relacionados con una misma rama como es el caso de la industria de la perfumería y es en estos casos donde el distribuidor suele ser mayorista.

Por último, existe otra estrategia de comercialización que puede pactarse en el contrato de distribución y que se conoce en la práctica comercial internacional como distribución selectiva; a diferencia de la intensiva, este tipo de pacto de distribución es menos masiva pues se distribuyen productos que son específicos para determinado tipo de establecimientos, como por ejemplo ropa que no es de diseñador pues ya señalé que tal tipo de mercancía es considerada como selecta por las prácticas comerciales.

En la distribución selectiva el número de distribuidores se entiende reducido, aunque no tanto como en una distribución de productos de marcas de lujo pues se considera que siguen formando parte de una misma cadena que debe respetar entre sí sus respectivas áreas de comercialización en las que no está excluida una pluralidad de distribuidores que no deben confundirse con los distribuidores selectos implicados en una distribución exclusiva.

De lo anteriormente señalado de manera introductoria, ya se aprecia el elevado grado de complejidad que rodea al contrato internacional de distribución de mercancías, dada la riqueza casuística que lo caracteriza y que Marzorati identifica de manera tan puntual:

Este contrato tiene una repercusión significativa en el comercio internacional, ya que absorbe todas las figuras en que una empresa confía a un ente independiente que actúa por su propia cuenta y riesgo, la venta de los productos de la empresa [...] Estos conceptos permiten, por su amplitud incluir dentro de este contrato una serie de variadas modalidades que puede asumir esta figura contractual. Así podemos referirnos a la venta de productos manufacturados, donde ellos se adquieren para su reventa; a una

*distribución de mero uso, como en el caso de la exhibición de películas cinematográficas. A pesar de los diferentes objetos que puede tener el contrato de distribución, lo importante es la posibilidad de planificación comercial, que crea un régimen unificado, tanto en lo que respecta al precio, como en lo que atañe a los mecanismos de inserción al producto*³².

La cuestión que planteo entonces es que estos múltiples escenarios que ya expuse pueden ser perfectamente contemplados por el contrato de distribución entendiéndolo como un acuerdo bilateral entre un proveedor y un distribuidor, y la ciencia jurídica es perfectamente capaz de resolver debidamente todas las contingentes problemáticas que se puedan generar en este escenario que permite tan diversas estrategias de comercialización.

I. CARÁCTER INTERNACIONAL DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS Y SU PROBLEMÁTICA

El contrato de distribución de mercancías será internacional, siempre y cuando conecte a operadores comerciales que tengan su domicilio en diferentes partes del mundo, en el entendido de que, independientemente de la nacionalidad de las partes contratantes, contenga uno o más elementos extranjeros que pongan a las partes en contacto con uno o más ordenamientos jurídicos, como cuando las partes tienen su sede en diferentes países o como cuando un contrato se deba ejecutar en el extranjero³³.

Ahora bien, por el contrario, un contrato no puede clasificarse como internacional cuando todos sus elementos significativos estén relacionados con un solo Estado, en cuyo caso se consideran como contratos puramente nacionales³⁴.

³² Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, pp. 560-562.

³³ Cfr. Cavalieri, Renzo Riccardo y Salvatore, Vincenzo, *An Introduction to International Contract Law*, Turín, Giappichelli, 2018, p. 2.

³⁴ *Idem*.

Igualmente, serán contratos nacionales cuando uno o más de sus elementos significativos estén conectados con diferentes unidades dentro del mismo Estado nacional, y no constituye un contrato internacional la mera circunstancia de que las partes hayan elegido la ley de un Estado extranjero para regir su relación contractual, pues la determinación de la internacionalidad es un ejercicio que siempre implica un análisis cuidadoso caso por caso³⁵.

Reuniendo los requisitos anteriores, el contrato internacional además será comercial, cuando las partes contratantes hayan pactado ya sea realizar transacciones de comercio, o bien, cuando una de las partes sea un comerciante y el clausulado esté relacionado con el objeto de su negocio, es decir, los contratos de comercio internacional serán aquellos en los que cada parte actúe en el ejercicio de su oficio o profesión, con lo que surge la cuestión de si una parte actúa en el ejercicio de su oficio o si depende de las circunstancias del contrato y no del mero estatus de las partes³⁶.

Esto es, la misma persona puede actuar como comerciante o como profesional con relación a determinadas transacciones y como consumidor en relación con otras, pues comprende tanto las actividades comerciales de comerciantes, fabricantes o artesanos –transacciones comerciales– como las actividades comerciales de profesionales que prestan servicios profesionales –como es el caso de abogados o arquitectos– e incluso incluye los contratos de seguros, los de transferencia o de concesión de licencias de propiedad intelectual entre profesionales, así como los contratos de agencia o de franquicia –son muchos los ejemplos, pero por citar un ejemplo de contrato internacional de comercio, podría ser un acuerdo de empresa conjunta entre un fabricante francés de prendas de vestir de moda y un proveedor tailandés de textiles³⁷.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

Esto puede resultar en un conflicto de leyes nacionales ya que surge el cuestionamiento de cuál habrá de ser la legislación a la que se sujetarán las partes, en caso de eventuales conflictos.

Pero el conflicto de leyes es tan solo uno de los problemas que rodean a los contratos internacionales, pues dentro de las dificultades que implican tenemos también otras como, por ejemplo, la diferencia de regímenes legales, el interés de las partes y su desnivel económico, el intervalo entre la precisión obligacional y la entrega de la mercancía³⁸, las diferencias de lengua, moneda, costumbres, culturas, el grado de control e intervención de los diferentes Estados, las cuestiones financieras, la complejidad de la documentación involucrada e incluso la distancia, todo lo cual pone en evidencia que cualquier detalle puede fallar en una simple transacción comercial con independencia de que se trate de importaciones o exportaciones³⁹.

Aunado a lo anterior, el derecho internacional privado presenta un elevado nivel de complejidad dada la pluralidad de sus fuentes. Se basa en tratados, convenciones, regulaciones o incluso declaraciones, de manera tal que por ejemplo los efectos que tiene firmar un tratado o una convención pueden variar mucho además de que la mayoría de los Estados de todo el mundo han suscrito varios miles de estas reglas y a veces estos Estados se reservan el derecho de determinar en fechas posteriores, en qué medida un tratado o convención les afectará⁴⁰.

A pesar de que el objetivo del derecho internacional privado es resolver los problemas que puedan surgir con motivo de las relaciones jurídicas

³⁸ Cfr. Sierralta Ríos, Aníbal, *Contratos de comercio internacional*, 7ª. Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, p. 120.

³⁹ Cfr. Kim, Sang Man, *A Guide to Financing Mechanisms in International Business Transactions*, Newcastle-upon-Tyne, Cambridge Scholars Publisher, 2019, pp. 2-4.

⁴⁰ Cfr. Wevers, H., *op. cit.*, p. 11.

internacionales⁴¹, la realidad es que cada país tiene su propio derecho internacional privado que proporciona las reglas para decidir los asuntos y para remitir a las partes en desacuerdo al sistema legal nacional donde radique la respuesta, motivo por el cual a lo largo de los años se han establecido diversos tratados y reglamentos para abordar internacionalmente estos problemas⁴².

Resulta entonces muy pertinente la confusión que señala Manuel Castrillón:

Si bien es cierto que la regulación del comercio internacional ha [...] permitido un desarrollo armónico de las relaciones comerciales en todo el mundo, sobre todo porque en su conjunto ha abarcado la totalidad de los aspectos jurídicos que regulan al comercio mundial, creemos que se presenta de manera desordenada, ya que en tal concierto coexisten normas oficiales, convenciones, leyes modelo, guías (tanto legislativas como jurídicas), etcétera⁴³.

El contrato internacional de distribución de mercancías se desarrolla así en medio de un panorama de gran confusión. Lograr la armonía entre las leyes de varios países es un tema central para el comercio internacional pues continuamente surgen numerosos problemas debido a las importantes diferencias en las leyes internas que rigen las relaciones comerciales internacionales ocasionando un considerable impacto negativo en el crecimiento del comercio global⁴⁴.

⁴¹ Se enfoca básicamente en tres cuestiones principales: la jurisdicción en los casos de litigio entre dos partes de diferentes Estados –incluida la ejecución del veredicto dictado por el tribunal con jurisdicción en los países de las partes litigantes– la ley a aplicar y las soluciones a problemas legales derivados de una relación jurídica internacional. *Idem*.

⁴² *Idem*.

⁴³ Castrillón y Luna, Víctor Manuel, “Hacia una regulación integral para el comercio mundial”, en Godínez Méndez, Wendy A. y García Peña, José Heriberto (coords.), *Derecho económico y comercio exterior. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015, p. 279.

⁴⁴ Cfr. Srivastava, Ajendra, *Modern law of international trade. Comparative export trade and international harmonization*, Singapur, Springer, 2020, p. 23.

Por ello, los Estados han buscado durante mucho tiempo la alternativa de armonizar o modernizar sus leyes, y en la actualidad esta armonización de leyes sustantivas como herramienta para reconciliar las diferencias entre los sistemas legales es ampliamente favorecida por la comunidad internacional llegando a ser considerada como condición previa para el comercio⁴⁵.

Por muchas razones, un enfoque unificado de la regulación de los derechos privados internacionales es preferible a una variedad de enfoques pues ello permite abordar con mayor facilidad problemas tan frecuentes en el comercio exterior como la inseguridad jurídica o la imprevisibilidad derivadas de aspectos contractuales internacionales como la transmisión de bienes y riesgos, la formación de términos y la ejecución del contrato⁴⁶.

Afortunadamente, a pesar de las numerosas críticas que existen en torno a estos esfuerzos de armonización por considerarlos poco viables, los críticos de la armonización en general no se oponen a las diversas formas alternativas de unificación como la elaboración de recomendaciones para para lograr una coherencia general en el derecho que rige las transacciones transfronterizas, tales como los Principios de UNIDROIT y los *International Commercial Terms* o INCOTERMS, que constituyen un logro de estos esfuerzos de unificación⁴⁷.

Otro problema que hay que sumar a este panorama es que por ejemplo la ley aplicable de los Estados miembros de la Unión Europea se ha vuelto extremadamente voluminosa, con lo que tenemos que el concepto de derecho de la Unión Europea abarca tanto al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como a toda la legislación que se basa en él y que es vinculante para todos los

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 26-27.

Estados miembros, con lo que todo acto o conflicto de derecho privado nacional puede tener una muy amplia dimensión internacional⁴⁸.

El caso de la Unión Europea merece mención especial pues como bien señala Wevers, tenemos que el derecho europeo en sí mismo es considerado también como derecho internacional pues toda la legislación de la Unión Europea se basa en un Tratado –el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)– en lugar de numerosos Tratados sobre diversos temas, además de que varias instituciones y tipos de legislación se basan en ese TFUE, lo cual es inusual en el ámbito del derecho internacional privado pues la legislación europea tiene precedencia sobre las leyes nacionales de los países que han firmado el TFUE a pesar de que la legislación europea no cubre todos los aspectos de la competencia empresarial con lo que otras reglas y regulaciones nacionales e internacionales todavía tienen un papel que desempeñar⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. Wevers, H., *op. cit.*, p. 14. Para comprender este panorama, se vuelve importante primero que nada distinguir entre unificación y armonización. El término “unificación” no tiene un significado fijo y se usa en diferentes sentidos dependiendo el contexto, pero por lo general, denota un proceso de desarrollo de un conjunto de normas internacionales que sirvan de modelo para las leyes nacionales, de modo que todas las transacciones internacionales puedan regularse de manera uniforme y se eliminen las diferencias entre las legislaciones internas, como un proceso mediante el cual los diferentes sistemas legales son suplantados por uno solo, mientras por el concepto “armonización” se pretende alentar a los Estados a promulgar leyes internas similares a las internacionales, pero a diferencia de la unificación, la armonización es opcional pues no impone obligaciones legalmente vinculantes a los Estados. Cfr. Srivastava, Ajendra. *Op. cit.*, pp. 28-29. Es en la armonización de las leyes comerciales donde cobran especial importancia los instrumentos del *soft law* emanado de asociaciones comerciales como la Cámara Internacional de Comercio (ICC), cuyo fin es fomentar el uso de términos comerciales estándar a través de reglas modelo a ser adoptadas voluntariamente en los contratos comerciales y que deben diferenciarse de la *Lex Mercatoria* al no ser reglas de Derecho en el verdadero sentido del término al no ser promulgadas por las legislaturas y porque adquieren efectos jurídicos solo después de su incorporación en un contrato. Cfr. *Ibidem*, pp. 42-43. Entonces, un ejemplo de armonización lo tenemos en los Principios UNIDROIT, que no pretenden unificar las leyes nacionales, sino ofrecer soluciones que se adapten mejor a los requisitos especiales de los contratos en los mercados internacionales, para lo cual sirven de modelo para la elaboración de normas nacionales, supranacionales y contratos comerciales internacionales, pudiendo elegirse esas cláusulas como ley aplicable con lo cual se erigen como una especie de ley neutral en caso de que por ejemplo las partes no hayan elegido la ley aplicable para regir su contrato. Cfr. *Ibidem*, p. 44.

⁴⁹ *Idem*.

Este panorama representa una problemática muy específica y es que los Estados miembros de la Unión Europea tienen entonces que renunciar a su soberanía en los ámbitos regidos por el Tratado, pues la Unión Europea se vuelve una organización supranacional por encima de los Estados miembros y adquiere la facultad de dictar normas que obliguen a estos Estados sin su consentimiento previo y específico⁵⁰, pero no hay que perder de vista que no hay reglas uniformes ni regulaciones de la Unión Europea sobre contratos de distribución, por lo que se rigen por la ley aplicable de conformidad con el Reglamento Roma I del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales que rige la elección de la ley de la Unión Europea, y por lo que convengan las partes en el propio contrato, en el entendido de que el contrato siempre deberá contemplar el territorio de ventas, las inversiones que deberá hacer el distribuidor, las condiciones de venta y entrega del proveedor, la duración del contrato ya sea definida o indefinida, la cantidad de bienes que el proveedor aspira a colocar en el territorio –objetivo del contrato–, la jurisdicción, la ley aplicable y el tribunal de justicia competente o el organismo de remisión en caso de arbitraje⁵¹.

Preciso es mencionar el caso Grundig en competencia en distribución, clásica en la materia. El caso es el siguiente: Grundig-Verkaufs GmbH y la empresa francesa Consten habían celebrado un contrato de exclusividad en 1957, en el que se acordó que en Francia Consten sería distribuidor exclusivo de Grundig para la venta de equipos, piezas y accesorios fabricados por Grundig bajo la marca “Gint” registrada por Grundig en Francia a nombre de Consten; cabe señalar que Grundig contaba con mayoristas en Alemania, pero se comprometió a no entregar ni directa ni indirectamente a ninguna otra parte que no fuera Consten en el territorio y Consten a su vez se comprometió a vender solo Grundig y ningún otro artículo de la competencia en el territorio y a no entregar directa o indirectamente desde el territorio a otros países. A pesar de lo anterior, la empresa francesa UNEF comenzó

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 15.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 212.

a vender equipos Grundig bajo la marca “Grint” en Francia, a mejores precios de los que cobraba Consten, equipos que obtenía de distribuidores alemanes que por lo tanto actuaban en violación de la prohibición de exportación impuesta por Grundig, pero al amparo de una denuncia en la que solicitó declarar que el contrato Grundig-Consten era violatorio del Artículo 81 apartado 1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea –conocido como TCE o CEE– del 25 de marzo de 1957 (actualmente Artículo 101 TFUE). Consten emprendió acciones legales contra UNEF por competencia desleal e infracción a la marca “Gint” y el proceso judicial ante el Tribunal de Apelación se suspendió a la espera de una decisión de la Comisión de la Unión Europea. La Comisión consideró que el contrato violaba el Artículo 81 del Tratado CEE (actualmente Artículo 101 TFUE) y no concedió una exención. Grundig y Consten apelaron ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁵² que dio su definición de “*que puede afectar al comercio entre los Estados miembros*” de la siguiente manera: es importante si el acuerdo es capaz de constituir una amenaza directa o indirecta, real o potencial, a la libertad de comercio entre Estados miembros de una manera que pueda perjudicar la consecución de los objetivos de un mercado único entre Estados. Si un acuerdo, decisión o práctica afecta al comercio entre Estados miembros, también debe entonces, tener un efecto apreciable sobre la competencia y tener como resultado la prevención, restricción o distorsión de la competencia. Otros resultados del caso Grundig son que la lista contenida en el Artículo 101 del TFUE es ilustrativa y no exhaustiva, además de que la prohibición del 101 TFUE se aplica a acuerdos verticales y horizontales⁵³.

Del anterior caso se infiere el complicado panorama de la regulación europea, pues como bien señala Folsom, los mencionados Artículos 101 y 102 son complicados y elásticos pues, aunque cada Artículo enumera ciertas prácticas comerciales proscritas, muchas de sus características sustantivas específicas han sido generadas tanto por la Comisión Europea como por los tribunales de la Unión

⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 174.

⁵³ Cfr. *Ibidem*, pp. 162-163.

Europea, con lo cual se puede apreciar que a pesar de que el objeto de dichos Artículos es el comercio, en realidad su impacto es tan político, como comercial⁵⁴.

El caso Grundig es solo un ejemplo ilustrativo de las complicaciones que rodean al comercio internacional y a los contratos internacionales. Además, también fue un caso determinante a la hora de diferenciar tipos de intermediarios pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la llamada Sentencia Grundig distinguió entre acuerdos celebrados entre un productor y un distribuidor –en cuyo caso hay dos empresas– de los acuerdos en los que el productor integra la distribución de sus propios productos dentro de su empresa, tal y como sucede, por ejemplo, en la representación comercial en cuyo caso hay una sola empresa⁵⁵.

A todo este escenario hay que añadir que los contratos internacionales presentan otra problemática y es que no se encuentran ubicados con claridad en una cierta rama del Derecho, con lo cual se torna difícil realizar un análisis de éstos bajo una sola perspectiva.

Así, tenemos que constituyen una disyuntiva entre el Derecho Internacional Privado, el Derecho de los Contratos y lo que se ha dado en llamar Derecho Internacional del Comercio.

Al respecto, me decanto por vincularlos dentro de la teoría general del contrato, es decir, el derecho de los contratos. Tal enfoque tiene tradición y aceptación en los sistemas tanto de *common law* como de derecho civil, lo cual no impide que, desde esa perspectiva, el contrato de distribución internacional se pueda nutrir con la técnica y la estructura que otras disciplinas aporten para precisar las obligaciones jurídicas que del mismo emanan, con lo cual el derecho internacional privado –los actuales tratados de derecho internacional privado traen

⁵⁴ Cfr. Folsom, Ralph H., *et al.*, *International business transactions*, 10ª. Edición, Minnesota, West Academic Publishing, 2013, pp. 392-393.

⁵⁵ Cfr. Pellisé de Urquiza, Cristina, *op. cit.*, p. 30 n. 8.

escasa o ninguna referencia al tema de los contratos internacionales– aportará la técnica para determinar la jurisdicción y la ley aplicable y el derecho internacional del comercio –o derecho del comercio internacional– aportará la técnica para precisar los usos mercantiles válidos como fuente reguladora en el seno de las relaciones comerciales internacionales⁵⁶.

Una postura integradora entre un derecho internacional privado fundado en la ley como su motor y causa y un derecho internacional del comercio que florece en el comercio mundial a través de usos y costumbres que superan las jurisdicciones nacionales, puede lograrse a través del derecho de los contratos, cuya riqueza tiene mucho que decir ante figuras de relaciones contractuales nuevas⁵⁷. Al respecto, me parece muy acertado el criterio de Sierralta Ríos:

Si los contratos internacionales son una figura nueva, aún en formación y delimitación por la cada vez más rica variedad de aspectos y asuntos económicos, no sería conveniente darles un sustento científico, encajándolos en una disciplina nueva, como es el Derecho del Comercio Internacional, cuyo nacimiento, con base en lo que se denomina la nova lex mercatoria, nos sugiere una rama original en el análisis jurídico, con algunas objeciones. Indudablemente, hay fundamento para sustentar una nueva disciplina, pero es peligroso conceptuar lo nuevo con lo reciente⁵⁸.

Y es que el panorama comercial internacional cambia constantemente. De hecho, un claro ejemplo lo tenemos en la tendencia actual de sustituir *internacional*

⁵⁶ Cfr. Sierralta Ríos, Aníbal, *op. cit.*, p. 143. También, en la actualidad comercial internacional se habla de derecho de los negocios internacionales: “*El Derecho de los Negocios Internacionales requiere, como el todo disciplinario que es, un esfuerzo monumental de actualización, recuperación crítica, exégesis, comparación sistemática, análisis jurídico de fondo, cotejo de fuentes, investigación jurisprudencial y articulación documental, que con dificultad se puede encontrar en lengua española, salvo honrosas excepciones, como la presente obra, a pesar de sus limitaciones.*” Fernández Rosas, José Carlos, et al., “Derecho de los negocios internacionales”, *Relaciones Internacionales UNAM*, México, Número 107, mayo de 2010, p. 7.

⁵⁷ Cfr. Sierralta Ríos, Aníbal, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 135-136.

por *transnacional*: “La descripción de «internacional», con su inferencia de relaciones estado-estado como calificativo de «ley» cambió a «transnacional».”⁵⁹

Y entre los retos de estos llamados contratos transnacionales, el desafío clave está en lograr una mejor articulación del modelo de contrato transnacional que opere entre las partes contratantes, ya sea en la tradición del derecho consuetudinario o del derecho civil o en cualquier otra, y su incrustación en el principio fundamental del funcionamiento autónomo en el orden jurídico comercial transnacional, así como la formulación de normas mínimas transnacionales⁶⁰.

Pero no es un desafío fácil de salvar, dada la complejidad de la *lex mercatoria*, también profundamente cambiante. Tan es así que se habla de una *nueva lex mercatoria* que se empezó a desarrollar en las décadas de los años sesenta y setenta del siglo XX⁶¹ y que se erige como un orden jurídico independiente de los diferentes ordenamientos nacionales⁶².

II. CONCEPTO DE CONTRATO MODELO

Entonces, tenemos que los contratos modelo nacen en el seno de la nueva *lex mercatoria* que corre paralela al cambio y evolución del comercio internacional y del levantamiento de barreras al comercio exterior⁶³ y el carácter de muchas convenciones intergubernamentales se caracteriza por cambiar instrumentos

⁵⁹ La traducción es mía. El texto original en inglés es el siguiente: “*The description of «international», with its inference of state-state relationships, as a qualifier of law shifted to «transnational».*” Kono, Toshiyuku, Hiscock, Mary, et al. (editores), *Transnational commercial and consumer law current trends in international business law*, Singapur, Springer, 2018, pp. vii-viii.

⁶⁰ Cfr. Dalhuisen, Jan H., “What Does the Transnationalisation of the Commercial Contract Mean? Is There a New Model and Are There Minimum Standards? Is There a Law and Economics Perspective?”, en Heidemann, Maren y Lee, Joseph (editores), *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform. European and comparative perspectives*, Suiza, Springer, 2018, p. 48.

⁶¹ Cfr. Garrido Gómez, María Isabel, *El soft law como fuente del derecho extranacional*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 102.

⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 99.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 98.

obligatorios por opcionales o facilitadores de manera tal que sus modelos ayudan a mitigar la rigidez, con lo que el alcance de la regulación se amplía tanto por el derecho indicativo o *soft law*, como por los instrumentos multilaterales tradicionales⁶⁴.

La nueva *lex mercatoria* no es un orden jurídico independiente de los nacionales, sino una variante más avanzada que viene dada por prácticas de los comerciantes internacionales entendidas como un auténtico orden jurídico que compite con los derechos nacionales y que puede regular un contrato autónomamente, con lo que se manifiesta un pluralismo jurídico que parte de la creación de un orden mercantil internacional en el que las partes redactan la normatividad que mejor se acomode a sus intereses económicos y que Garrido Gómez identifica con una suerte de proceso desregulador⁶⁵.

Representan una nueva forma de producción jurídica caracterizada por modelos contractuales uniformes a partir de los cuales se puede afirmar que la nueva *lex mercatoria* nace de las relaciones entre agentes empresariales apoyados por las firmas jurídicas de grandes multinacionales y transnacionales, y que deriva en esta nueva forma de producción.

Los contratos modelo son instrumentos surgidos del ámbito de esta nueva *lex mercatoria* en la contratación internacional y específicamente provienen del mercado global a la formulación de contratos a nivel local con la finalidad de desarrollar actividades mercantiles en un nuevo orden jurídico empresarial establecido por transnacionales⁶⁶; tal incorporación supone una estandarización de los contratos que instauran unas reglas mínimas contenidas en modelos contractuales, compatibles con las principales normas de derecho público, con base

⁶⁴ Cfr. Kono, Toshiyuku, *op. cit.*, p. viii.

⁶⁵ Cfr. Garrido Gómez, María Isabel, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁶ Cfr. Sandoval Shaik, Darío A., *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 157.

en el principio de la autonomía de la voluntad y realizando ajustes en el modelo contractual importado para adecuarlo a las normas de orden público sin perder por ello la esencia del clausulado contractual, con lo cual se aprecia que los formularios generales de contratación permiten su discusión y correspondiente modificación⁶⁷.

En estos contratos modelo las partes pueden optar por sujetarse a su redacción original, o, dadas las extremas complejidades de este tipo de actividades mercantiles, incorporar determinados aspectos privativos al contrato en uso de la autonomía de la voluntad⁶⁸.

De lo anteriormente señalado se desprende una evidente diferencia entre los contratos de adhesión –que se limitan a enumerar una serie de cláusulas que las partes libremente pueden incorporar a sus contratos ya sea directamente o por referencia, con lo cual estos formularios de condiciones generales no son un contrato en sí mismos sino fórmulas impuestas por una de las partes contratantes frente a la otra parte que entonces se identifica como la parte débil– y los contratos modelo, que son documentos formulados de antemano por un organismo internacional de conformidad con las prácticas y costumbres comerciales internacionales, impresos, que pueden usarse válidamente como contratos una vez que las partes completen sus espacios en blanco y los firmen, asimismo con la posibilidad de modificarlos para adaptarlos a los casos específicos⁶⁹.

Bien lo señala León Tovar al referirse a los contratos modelo de la ICC:

Se trata de contratos y cláusulas modelo cuyo contenido ofrece a las partes un marco neutral para sus relaciones contractuales (incluso cláusulas tipo); esto es, no se trata de contratos de adhesión en el sentido de cláusulas que una sola de las partes impone a la otra, que no tiene posibilidad de discutirlas,

⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 158.

⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 158-159.

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 159.

*sino de un conjunto de normas específicas para regular ciertas relaciones comerciales internacionales de manera justa, equitativa, práctica y conveniente no solo para una de las partes, sino para todas, ya que son elaboradas por un tercero que busca fomentar y dar seguridad a dichas transacciones; están confeccionadas para proteger los intereses de todas las partes y redactadas de manera flexible y accesible a nivel mundial*⁷⁰.

III. MODELOS DE CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS

La presente investigación se centra en el contrato modelo señalado del CCI, en el entendido de que no es el único documento legal que contempla este tipo de relación comercial, así que el presente análisis no debe entenderse limitado al contrato sujeto a revisión como único referente internacional del contrato de distribución; simplemente tal contrato se usa como herramienta para comprender mejor al contrato internacional de distribución de mercancías en términos generales.

La falta de regulación del contrato de distribución en México ocasiona inseguridad jurídica entre las partes pues su escasa legislación se limita a contemplar cuestiones relacionadas con prácticas monopólicas, pero sin revisar el contrato en sí mismo, con lo cual es común que los proveedores extranjeros impongan toda clase de cláusulas gravosas a pequeños y medianos distribuidores que se ven obligados a tener que aceptarlas ante el riesgo de no poder renovar el contrato⁷¹. Es por tal motivo que elegí el contrato modelo del CCI por estar más bien enfocado a la pequeña y mediana empresa, que es donde podemos ver más probables desequilibrios entre las partes.

⁷⁰ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 131.

⁷¹ Cfr. Salinas, Gabriel, "The distribution agreement in Mexico", *Law and business review of the Americas*, Dallas, Número 4, 2008, p. 786.

Tal y como señalé en párrafos anteriores, la ICC, por ejemplo, tiene también su propio modelo de contrato de distribución⁷², pero no está dirigido a la pequeña y mediana empresa; elegí analizar el contrato del CCI toda vez que, tal y como se expone en este trabajo, el contrato internacional de distribución es una figura que genera muchas confusiones y por lo tanto posibles desequilibrios, y considero que estos se pueden acentuar con mayor facilidad cuando se ven involucradas las pymes, que cuando se trata de las grandes compañías trasnacionales.

Asimismo, cabe señalar que tanto la ICC, como el CCI, respetan en sus contratos modelo las cláusulas propias de un contrato de distribución, cláusulas que analizo en el capítulo segundo de esta investigación.

Básicamente ambos modelos no difieren en mayor medida pues el punto más importante por ser el que define la peculiaridad del contrato, esto es, las obligaciones de las partes, es prácticamente igual en ambos instrumentos. Ambos señalan como obligaciones del proveedor entregar las mercancías, informar al distribuidor con la debida antelación sobre el precio de venta, cumplir con su cooperación en materia de publicidad, respetar la exclusividad salvo pacto en contrario y entregar las mercancías de conformidad con los términos acordados en cuanto a tiempo, forma y cantidad⁷³.

Por otra parte, ambos instrumentos señalan como obligaciones características del distribuidor actuar en su territorio, cumplir con el mínimo de compras pactadas, respetar la exclusividad en su caso y sujetarse a cierto nivel de control del proveedor⁷⁴.

⁷² A juicio de Marzorati: *"La Cámara de Comercio Internacional, en un ponderable esfuerzo por suplir la anomia de la lex mercatoria en este punto, ha difundido un modelo de contrato de distribución internacional focalizado en la importación y distribución exclusiva de mercaderías."* Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios...*, cit., pp. 560-561.

⁷³ Cfr. International Chamber of Commerce, *The ICC Short Form Model Contracts. International Commercial Agency. International Distributorship*, ICC Publishing, Paris, 2003, pp. 21-29.

⁷⁴ *Idem*.

Ahora bien, una diferencia importante entre ambos modelos la encontramos en el hecho de que, en el caso del modelo de la ICC, el distribuidor es libre de fijar el precio de reventa⁷⁵, mientras que en el modelo del CCI objeto de esta investigación no se señala expresamente nada al respecto, aunque el clausulado remite al plan de negocios que, como anexo integral del contrato, ambas partes se obligan a seguir y en donde convienen de mutuo acuerdo tal aspecto.

Otras diferencias pueden encontrarse en las cláusulas de exclusividad, pues a pesar de que en ambos modelos puede ser libremente pactada por las partes, en el modelo de la ICC sí se sugiere garantizar la exclusividad en favor del distribuidor, pues sin tal característica, su situación se vuelve incierta pues dedica tiempo y recursos en llevar a cabo la distribución y debería obtener cierta seguridad en tal sentido, además de que también sugiere que al distribuidor debería permitírsele poder vender mercancías de otros proveedores siempre que tales productos no representen una competencia⁷⁶. En cambio, el modelo del CCI se limita a señalar que las partes son libres de pactar la exclusividad, sin hacer ningún tipo de sugerencia en favor del distribuidor⁷⁷.

En cuanto a la terminación, que es probablemente la cláusula más importante del contrato de distribución, el modelo de la ICC sugiere que las partes tengan una junta tres meses antes con la finalidad de ir comentando una posible renovación, lo cual denota un intento por no dejar desprotegido al distribuidor⁷⁸, mientras que el modelo del CCI prácticamente está limitado a permitir la libre terminación por conveniencia de ambas partes⁷⁹.

⁷⁵ “Es interesante destacar que el distribuidor es libre de fijar el precio de reventa de los productos [...]” Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios...*, cit., p. 561.

⁷⁶ Cfr. Salinas, Gabriel, *op. cit.*, pp. 786-787.

⁷⁷ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, pp. 106-107.

⁷⁸ Cfr. Salinas, Gabriel, *op. cit.*, p. 788.

⁷⁹ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 119.

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCANCÍAS A PARTIR DEL CONTRATO MODELO DEL CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL

Una vez que ya quedaron realizadas las necesarias precisiones anteriores y perfectamente dibujado este panorama tan complejo y cambiante en el que está envuelto el contrato de distribución en el comercio internacional, a continuación, pasaré a examinar el contrato modelo del CCI⁸⁰, para lo cual iré, cuando sea necesario, transcribiendo a pie de página las cláusulas cuyo análisis iré realizando siempre tomando en cuenta todas las precisiones anteriores.

El modelo del CCI me parece un buen contrato, elaborado con lo que se percibe como una buena intención de evitar confusiones y desequilibrios, además de que, a pesar de estar enfocado en las pymes y de que los grandes empresarios suelen acudir al modelo de la ICC, en realidad puede perfectamente ser utilizado por todos los operadores económicos.

Es un modelo que toma al contrato de distribución como una forma de contratación en cuyo clausulado se permite a las partes pactar diferentes tipos de distribución dependiendo de las mercancías a comercializarse o el mercado al que van dirigidas al amparo de una exclusividad que considero obligatoria, aunque admite pactos que pueden otorgar al proveedor cierto tipo de ventas o modalidades de ventas especiales⁸¹ que podrán generar mayores o menores desequilibrios entre

⁸⁰ También conocido como INTRACEN, según sus siglas en inglés. Siendo sus datos de ubicación: 54-56, rue de Montbrillant, 1202 Geneva, Switzerland. Dirección de correo: CCI, Palais des Nations, 1211 Geneva 10, Switzerland Teléfono: +41-22 730 0111 E-mail: CCIreg@intracen.org Internet: <http://www.intracen.org>. Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *Contratos modelo para la pequeña empresa. Guía legal para hacer negocios internacionales*, Ginebra, Naciones Unidas, 2010.

⁸¹ Tal y como, por ejemplo, en Argentina lo señala el Artículo 1504 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación: “*Son obligaciones del concedente: [...] b) respetar el territorio o zona de influencia asignado en exclusividad al concesionario. Son válidos los pactos que, no obstante, la*

el proveedor y el distribuidor y que iré señalando conforme avance en líneas posteriores con el correspondiente análisis.

Entonces, el criterio que sigue esta investigación es que la exclusividad es un elemento esencial del contrato de distribución, no accidental, pues lo contrario implicaría los desequilibrios que se analizan más adelante; lo cual no impide que el proveedor pueda pactar con el distribuidor modalidades de ventas especiales dependiendo del tipo de productos y de la demanda de los consumidores. Esto me lleva a diferir con autores como León Tovar cuando señala que “[...] *la exclusividad es una cláusula accidental y no esencial a la distribución [...]*” y a estar de acuerdo con ella en que la exclusividad “[...] *depende del tipo de productos y de la demanda del consumidor. Así, la venta de aparatos de telefonía celular es tan demandante que los distribuidores no requieren ni se les concede exclusividad para su venta; en cambio, habrá otros productos, como los relojes y plumas, cuyos distribuidores gocen de dicha exclusividad.*”⁸²

Entendida la exclusividad como obligatoria, no solamente se eliminarían desequilibrios, sino también la necesidad de hablar de modalidades de distribución como selectiva, autorizada o intensiva, denominaciones que no son jurídicas y que conllevan a clasificaciones confusas e innecesarias de lo que, en realidad, es un mismo contrato.

Antes de entrar de lleno al análisis mencionado cabe señalar que mi investigación se completa con un tercer capítulo en el que expongo la presencia del contrato de distribución en la legislación tanto mexicana como en el derecho internacional y aprovecho para examinar temas como la atipicidad y la naturaleza

exclusividad, reserva para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales”. El Código Civil y Comercial de la Nación se encuentra disponible en línea en el siguiente enlace consultado con fecha 27 de febrero de 2022: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Nótese que tal ordenamiento contempla a la distribución como concesión.

⁸² León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 368.

jurídica del contrato de distribución en el panorama doctrinario nacional e internacional; y un último capítulo en el que desarrollo a fondo mi hipótesis sobre lo que a mi juicio es la naturaleza jurídica correcta del contrato.

El documento que analizaré a continuación es exactamente el capítulo sexto –titulado *International Distribution of Goods*– correspondiente al modelo de contrato internacional de distribución de mercancías emitido por el CCI.

De conformidad con la cláusula vigésima cuarta de este modelo de contrato, se trata de un documento original en inglés que para fines prácticos se permite traducir a otros idiomas, pero en el entendido de que ante cualquier duda prevalecerá siempre el texto en inglés: *“Este contrato ha sido negociado y celebrado en [inglés]. Podrá ser traducido a cualquier otro idioma para fines prácticos, pero la versión en [inglés] prevalecerá en caso de cualquier duda.”*⁸³

En lo sucesivo me sujetaré a la traducción al español que el propio CCI realizó.

Ahora bien, antes de entrar a un detallado examen, es preciso ubicarlo espacial y temporalmente a la luz del organismo que lo produjo: el CCI.

CCI es el Centro de Comercio Internacional, entendido como un organismo mixto de la Organización Mundial del Comercio y las Naciones Unidas, el cual emitió el modelo a que hago referencia en el año 2010 a través de su Comité Pro-Bono del CCI sobre Contratos Comerciales Internacionales Modelo para pequeñas y medianas empresas conocidas como pymes. Ahora bien, el documento especifica que los destinatarios del contrato modelo no son únicamente las pymes sino también cualquier persona que no esté especializada en la materia:

⁸³ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 115.

Hasta hace unas décadas, las pequeñas y medianas empresas (PYMES), el soporte de muchas economías, hacían todas sus operaciones comerciales dentro de sus fronteras nacionales. Ahora éstas exportan e importan desde todos los rincones del mundo. Pero incluso en la mejor de las épocas, la mayoría de estas pequeñas empresas no han tenido acceso a la consultoría legal, mucho menos en el clima económico actual en el que muchas se ven forzadas a reducir sus costos. Para enfrentar este reto, el Centro de Comercio Internacional (CCI), un organismo mixto de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y de las Naciones Unidas, ha creado una red de abogados especializados en el comercio internacional para crear una serie de Contratos Modelo que toman en cuenta la creciente sofisticación de las operaciones comerciales internacionales, que incorporan los estándares internacionalmente reconocidos y las mejores prácticas, a la vez que intentan hacer la práctica tan sencilla como sea posible en el contexto internacional⁸⁴.

De su lectura se desprenden con toda claridad los objetivos de estos modelos, los cuales pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. Brindar modelos de contratos en materia de comercio internacional

Tales como venta de mercancías, servicios, *joint ventures*, agencias de comercio internacional, suministro de mercancía a largo plazo, alianzas, colaboraciones y lo que constituye el objeto de este estudio: la distribución.

En este sentido, uno de los propósitos ante la generalizada falta de legislación a nivel mundial en la materia es precisamente proporcionar lineamientos que sirvan como fundamento de derecho contractual a nivel internacional y que esos modelos sirvan para que las pequeñas y medianas empresas creen sus propios contratos con cláusulas válidas en cualquier parte del mundo, o que, en su caso, no

⁸⁴ *Ibidem*, p. v.

requieran de mayores modificaciones y puedan ser un puente que una las diferentes y diversas tradiciones culturales y legales implicadas en el comercio global⁸⁵.

2. Otorgar seguridad jurídica dada la atipicidad de estos contratos

El CCI busca otorgar seguridad jurídica para las firmas involucradas desde el momento en que son un documento práctico que trata de tomar en cuenta *“la creciente sofisticación de las operaciones comerciales internacionales, que incorporan los estándares internacionalmente reconocidos y las mejores prácticas, a la vez que intentan hacer la práctica tan sencilla como sea posible en el contexto internacional.”*⁸⁶

3. Homologar el clausulado internacional de los contratos de distribución

Uno de los objetivos que reconoce el CCI en el documento, es homologar el texto de los contratos de distribución. En ello es muy eficaz ya que se trata de un organismo internacional que trabaja *“junto con su red global de instituciones de apoyo al comercio, como las cámaras de comercio, que pondrán estos contratos a disposición de las empresas en varios idiomas a través de sus sitios de Internet y por otros medios.”*⁸⁷

4. Balancear los intereses de las partes contratantes

El modelo del CCI nace con el noble propósito de realizar un intento por balancear equitativamente los intereses de las partes involucradas, lo cual no siempre logra ya que en ciertos aspectos pareciera otorgar mayores ventajas al proveedor tal y como se verá a lo largo del presente análisis.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Idem.*

5. Brindar simplicidad

Por último, y no por ello menos importante sino todo lo contrario, es un modelo con fines de *“simplicidad, la cual subyace al proceso de redacción. La seguridad jurídica no ha sido sacrificada en el altar de la simplificación excesiva de los Contratos Modelo.”*⁸⁸

Esta labor me parece muy destacable dado el enmarañado paisaje doctrinario internacional del cual hablaré en el segundo capítulo de la presente investigación y si tomamos en cuenta que ante la falta de legislación los lineamientos a seguir en este tema son dictados básicamente por la doctrina; resulta evidente que es una ayuda muy eficaz a la hora de dar claridad y estandarizar las cláusulas referidas a aspectos tales *“como los ‘avisos o notificaciones’, ‘excesiva onerosidad’, ‘fuerza mayor’, ‘derecho aplicable’ y ‘soluciones de controversias’.* Con la finalidad de lograr congruencia y armonización.”⁸⁹

Ya que quedó debidamente ubicado, precisado y detallado el modelo de contrato sobre el cual versa el presente estudio, pasaré a continuación a su correspondiente análisis y extraeré del mismo todas y cada una de las cláusulas que lo hacen un contrato con características propias que, por lo tanto y contrariamente a lo que sucede en el panorama jurídico tanto nacional como internacional tal y como señalaré en el segundo capítulo de la presente investigación, no debe confundirse con ningún otro contrato, para finalmente realizar mi propuesta bajo la hipótesis comprendida en el capítulo tercero.

Para ello, cabe señalar que después de analizar el contenido del contrato modelo, se puede determinar que contempla las siguientes obligaciones: las propias del contrato de distribución, las derivadas del contrato de compraventa que genera

⁸⁸ *Ibidem*, p. xi.

⁸⁹ *Idem*.

el contrato de distribución y las disposiciones que son comunes a otros contratos, obligaciones a partir de las cuales se divide y estructura el presente capítulo.

I. FINALIDADES DE LOS CONTRATANTES

La intención perseguida por el proveedor y el distribuidor con la celebración del contrato de distribución de mercancías puede resumirse en lo siguiente: que el distribuidor a nombre propio y por consiguiente asumiendo los riesgos, comercialice o distribuya en un área comercial por él conocida y donde lleve cabo sus actividades con sus propios clientes, las mercancías cuya propiedad adquiere del proveedor, en el entendido de que, aclaro, no es un contrato que genere una personalidad jurídica distinta de las personas del distribuidor y del proveedor⁹⁰ ni un contrato de agencia por el que pueda considerarse que el distribuidor es representante auxiliar del proveedor.

Asimismo, el proveedor se beneficia de la labor del distribuidor que lleva sus marcas y productos a consumidores que no están en un territorio⁹¹ a su alcance, además de poder hacerlo efectuando un gasto mínimo en comparación al que tendría que hacer en caso de abrirse camino en un mercado potencial pero desconocido para él.

Al poder reducir los riesgos a su cargo desde el momento en que es el distribuidor quien los asume al actuar en nombre propio, el proveedor también obtiene una notable ventaja económica.

Puede darse el caso de que el proveedor señale condiciones para llevar a cabo la venta entre los clientes finales, pero el distribuidor no está obligado a

⁹⁰ Al respecto remito al capítulo cuarto de esta investigación, donde analizo a fondo este aspecto directamente relacionado con mi hipótesis.

⁹¹ Lo cual en manera alguna debe confundirse con una distribución indirecta a través del distribuidor, tal y como se analiza en la presente investigación y se expone con detalle en el capítulo tercero.

incorporarlas, de manera que, si el distribuidor cambia o no incorpora ciertas condiciones de venta al contrato celebrado con terceros, no habría infracción por parte del distribuidor ni el proveedor queda obligado frente a esos clientes finales⁹².

Ambas partes contribuyen así a obtener ventajas mutuas pues el éxito en la actividad de uno depende del éxito de la actividad del otro; ambas partes aportan algo y obtienen beneficios. A cambio de aportar las mercancías y la necesaria asesoría –en una especie de franquicia implícita pero que no es franquicia, aspecto que ya toqué también en la Introducción– el proveedor obtiene el precio de la venta que le hace al distribuidor, así como su posicionamiento y el de su marca en un mercado que desconoce pero que conoce el distribuidor.

Ahora bien, para el distribuidor las ventajas pueden resumirse en obtener el beneficio de un precio especial, del surtido periódico de mercancías y de la asesoría que le proporcione el proveedor para comercializar las mercancías a sus propios clientes en el territorio con el margen de ganancia correspondiente.

La finalidad económica del distribuidor puede dar lugar a diferentes combinaciones en su actividad tales como la de mayorista y minorista o incluso una combinación de ambas. Un ejemplo muy claro para ilustrar esto lo tenemos en la empresa Costco, que representa a los clientes una apariencia mayorista en un entorno minorista o las empresas de servicios de alimentos que venden a restaurantes productos a precios mayoristas además de haber abierto tiendas minoristas que venden productos mayoristas a precios minoristas de descuento directamente a los consumidores⁹³.

Independientemente de que puede actuar como mayorista o minorista, característica esencial del distribuidor es su independencia ya que actúa en nombre

⁹² Cfr. Ortega Giménez, Alfonso, *op. cit.*, p.3.

⁹³ Cfr. Ross, David Frederick, *Distribution planning and control. Managing in the era of supply chain management*, 3ª. Edición, Chicago, Springer, 2015, p. 50.

propio por su cuenta y riesgo. No es un mero subordinado del proveedor, sino que voluntariamente contrata y acepta las condiciones del contrato; asimismo, tiene su propio patrimonio y personalidad jurídica y toma libremente sus decisiones respecto del cumplimiento del contrato.

Tal independencia del distribuidor es una de las características esenciales de este tipo de contratos ya que de hecho es el aspecto que más claramente permite diferenciar al contrato de distribución de otros contratos de comercio internacional como por ejemplo el contrato de agencia, en el que un agente sí actúa en nombre y por cuenta de un empresario.

Por tal motivo es conveniente ahondar en este punto de manera tal que abundaré en los detalles sobre la mencionada independencia del distribuidor y lo que ello implica, esto es, la asunción de los riesgos que vuelve tan conveniente para el proveedor la celebración de este tipo de contratos.

El distribuidor asume el riesgo por él conocido de comercializar entre su propia clientela territorial la mercancía que previamente le compra al proveedor y tiene ante sus compradores la responsabilidad que corresponde a todo vendedor; así tenemos que, para promover, comercializar y vender las mercancías, si así lo convienen las partes, el distribuidor deberá asegurar las que contenga en sus inventarios por un valor que se le exige que por lo menos sea el equivalente a un reemplazo⁹⁴; pero ello en el entendido de que esta obligación de asegurar la mercancía inventariada es más bien un consejo que se le da al distribuidor y que se entiende desde la perspectiva de la obligación que tiene de comercializar, lo cual pudiese verse afectado si las mercancías se pierden o no estuvieren aseguradas ya que se refiere a los contratos de compraventa que celebran las partes, los cuales habrán de ajustarse a lo que se pacte en el contrato de distribución. Es decir, lo que

⁹⁴ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 113.

establezca el contrato de distribución puede ser muy distinto según lo que las partes convengan.

II. LAS PARTES CONTRATANTES

Dada la amplitud de actividades que puede abarcar el contrato de distribución, tenemos que a nivel internacional la doctrina se refiere a las partes que intervienen de maneras muy diversas, pluralidad de nomenclaturas que me parecen en extremo confusas.

Es necesario dejar muy claro cuáles son los miembros de la cadena de distribución pues pueden ser varios los integrantes que la conforman, y de qué modalidad de distribución se pacte, esto es, selectiva, autorizada o intensiva.

Muchas de las confusiones que genera la distribución de mercancías se deben en gran medida a la rica pluralidad de escenarios que rodean a las partes contratantes y a sus respectivas actividades.

Ante la riqueza que genera el moderno comercio internacional, y en total congruencia con la noble⁹⁵ finalidad del modelo de contrato del CCI, el derecho más que nunca debe darse a la labor de facilitar consensos en vez de enmarañar el escenario con multiplicidad de doctrinas y conceptos tan diversos e incluso opuestos tal y como se analiza en el capítulo tercero de esta investigación.

En la investigación que realicé en la doctrina tanto nacional como internacional me encontré con que en el mundo jurídico no hay consenso en la manera de designar a las partes contratantes. No se proporciona un término que

⁹⁵ Noble, porque evita que en la práctica los contratos sean redactados unilateralmente por el proveedor como en una suerte de contratos de adhesión, con lo cual se evita colocar al distribuidor en una posición contractual débil.

por sí solo designe de manera inequívoca al proveedor y al distribuidor dentro de un panorama de distribución que tal y como ya quedó señalado puede ser muy variado.

Es necesario, por lo tanto, brindar una terminología uniforme con lo cual se evitaría, por ejemplo, que se siga identificando indebidamente al contrato de distribución con una concesión.

Se debe revestir al contrato de una terminología propia y sí es posible hacerlo, de la misma manera que en los contratos nominados no hay confusión alguna en cuanto a las partes que intervienen en los mismos y así tenemos que se habla con toda claridad de compradores-vendedores, comodantes-comodatarios, depositante-depositario, arrendador-arrendatario, etcétera, sin necesidad de usar otros apelativos para referirnos a ellos.

El hecho de que los contratantes que intervienen en el contrato de distribución formen parte de una misma red no significa que su clausulado deba comprender la suma de todas las voluntades que intervienen en una red.

Es importante que en la doctrina internacional se homologuen cuáles son los conceptos con los que se identifica a partes del contrato de distribución para eliminar la desorientación que se crea al respecto y que pretende salvarse con la salida fácil de simplemente encuadrarlo como un contrato atípico e innominado. Lo específico y aclaro a continuación:

1. Proveedor

Por ejemplo, desde el punto de vista del proveedor –término usado por el contrato modelo objeto del presente análisis en su traducción al español⁹⁶ –en la

⁹⁶ *Supplier*, a lo largo de todo el original en inglés del contrato modelo del CCI. Cfr. International Trade Centre (ITC), *Model contracts for small firms. Legal guidance for doing international business*, Ginebra, Naciones Unidas, 2010.

doctrina se hace referencia a él indistintamente también como empresario, productor, comerciante, fabricante, empresa comercializadora, empresa⁹⁷ productora, distribuido, principal⁹⁸, empresa fabricante⁹⁹, concesionario¹⁰⁰, y un gran número de diferentes términos para referirse a esta parte del contrato¹⁰¹; y es que ello depende de la mencionada longitud de la cadena de distribución.

Entonces, lo primero que hay que señalar es que el proveedor puede ser una persona física o moral, a su vez fabricante o no de los productos distribuidos, cosa que aclara muy bien el contrato modelo del CCI. De hecho, es lo primero que se destaca desde el punto A de sus antecedentes: *“El proveedor lleva a cabo negocios en la [manufactura y –suprimir de no ser aplicable] suministro de [especificar Mercancías].”*¹⁰²

El proveedor puede ser un fabricante¹⁰³ o no serlo, o un comerciante o empresario al cual la doctrina también suele denominar mayorista e incluso

⁹⁷ Es incorrecto el término “empresa” para referirse al proveedor pues si bien es cierto que lo más común es que efectivamente se trate de una persona moral, no hay nada en el contrato modelo que indique que no pueda ser también una persona física.

⁹⁸ Cfr. Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 268.

⁹⁹ Cfr. Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios...*, cit., p. 561. Es una denominación incorrecta ya que tal y como explicaré más adelante el proveedor puede ser fabricante o no.

¹⁰⁰ Así por ejemplo José Luis Iglesias Prada, citado por Javier Arce Gargollo, señala que: *“Contrato de concesión mercantil [es] todo acuerdo de voluntades por el que un empresario –concesionario– pone el establecimiento de que es titular al servicio de otro empresario, industrial o comerciante –concedente– para comercializar por tiempo indefinido o limitado, en una zona geográfica determinada y bajo las directrices y supervisión del concedente aunque en nombre y por cuenta propios, los productos cuya exclusiva de reventa, se le otorga en condiciones predeterminadas”*. Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 268.

¹⁰¹ *“Si bien es usual que los distintos conceptos del contrato de distribución utilicen la denominación productor o fabricante, dicho término puede incluir a los importadores, mayoristas, empresas proveedoras de servicios, entre otras.”* Soria, Alfredo y Osterling, Madeleine, *Contratos modernos: elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2014, p. 150.

¹⁰² Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., p. 106.

¹⁰³ Según el primer punto de la Introducción del modelo del CCI analizado, el proveedor puede ser o no, el fabricante de las mercancías: *“Este Contrato Modelo es para la distribución internacional de Mercancías manufacturadas, entre un Proveedor y un Distribuidor. 1. El contrato presentado en este capítulo, al igual que el Contrato Modelo CCI para el Suministro Internacional de Mercancías a Largo Plazo, ha sido elaborado para que sea utilizado en conexión con el suministro de mercancías manufacturadas, sea o no el Proveedor el fabricante de las mercancías. Frecuentemente (aunque no siempre) las mercancías en cuestión son para su reventa.”* Idem.

erróneamente concedente¹⁰⁴ pero el punto es que es importante poner orden desde los conceptos más básicos, tales como la denominación correcta que permita identificar sin confusión alguna a las partes contratantes.

La cadena dentro de la que se movilizan las mercancías en un contrato de distribución ya vimos que puede llegar a ser más o menos larga toda vez que efectivamente puede tratarse de una cadena entre un proveedor que puede ser fabricante y un distribuidor que puede ser mayorista o minorista, tal y como lo aclaro más adelante al hablar del distribuidor; o bien extenderse esa cadena en caso de que por ejemplo el proveedor no sea fabricante y/o el distribuidor sea solo mayorista.

Que el distribuidor sea mayorista o minorista, tal y como lo especifiqué en la introducción del presente capítulo, depende de la modalidad de distribución pactada, a saber, selectiva, autorizada o intensiva. Por ello dediqué gran parte de la Introducción a explicar la integración y gestión de la cadena de distribución, pues es necesario entender jurídicamente las obligaciones y derechos de las partes contratantes para que el contrato abarque todas las posibles alianzas colaborativas que se encuentran en la gestión logística de los canales de distribución; me fue muy útil consultar textos de corte empresarial para ilustrar y aclarar esta idea de *combinaciones híbridas*, concepto que vemos en Ross¹⁰⁵ al referirse a las figuras del proveedor y distribuidor, y que me parece que debería tener su equivalente en la doctrina jurídica.

A lo largo de esta cadena el proveedor puede ser fabricante o no, aunque al comprender el papel que juega en la red de distribución puede perfectamente afirmarse que siempre actúa como mayorista ya que se entiende como tal a aquellos que dentro del canal de distribución venden productos a intermediarios y se

¹⁰⁴ Lo cual me parece erróneo tal y como analizaré en el tercer capítulo.

¹⁰⁵ Cfr. Ross, David Frederick, *op. cit.*, p. 50.

caracterizan por no vender al consumidor final¹⁰⁶, y el distribuidor como intermediario entre el proveedor y los clientes, también puede ser mayorista o minorista.

La gran diversidad de objetivos estratégicos y tácticos que implica un contrato de distribución hace que realmente sea muy complejo brindar a este tipo de contratación con una naturaleza jurídica uniforme y ello se debe precisamente a las múltiples y muy variadas actividades de coordinación y apoyo que pueden llevar a cabo las partes entre sí; justamente uno de los objetivos de la presente investigación es ayudar a lograr una uniformidad que permita brindar una sólida naturaleza jurídica a los contratos de distribución, más allá de limitarse a decir que son contratos atípicos o contratos marco.

La misión del proveedor sea fabricante o no, es vender ciertas mercancías, en cierta cantidad y en determinadas fechas, y su obligación de entregar las mercancías al distribuidor deriva de los contratos de venta por los que el proveedor cumple con su obligación principal.

En caso de que el proveedor no sea quien fabrique la mercancía, la relación que el proveedor tenga con el fabricante queda fuera del contrato de distribución objeto del presente estudio, pues ya aclaré que no debe verse como una suma de voluntades diversas sino como un contrato bilateral que deberá sujetarse a las relaciones jurídicas que procedan según el caso, relaciones en las que rigen la buena fe y la autonomía de la voluntad.

En este sentido, la relación entre el proveedor y el correspondiente fabricante habrá de regirse a su vez por su respectivo contrato de distribución.

¹⁰⁶ Cfr. De Juan Vigaray, María Dolores, *Comercialización y retailing: distribución comercial aplicada*, Madrid, Pearson Educación, 2005, p. 91. Esto no debe entenderse en el sentido de que el proveedor distribuye indirectamente a través de la figura del distribuidor, lo cual terminaré de definir en el capítulo cuarto de esta investigación, donde se exponen las conclusiones que de manera relevante apoyan mi postura en torno a la inexistencia de una distribución indirecta.

Entonces, la manera correcta de denominar a esta parte del contrato –y que debería ser uniforme para toda la doctrina nacional e internacional, de la misma forma en que hay uniformidad a la hora de nombrar a las partes en los contratos nominados– es *proveedor*, término que debe reservarse única y exclusivamente para el contrato de distribución y no usarse para designar a franquiciantes, vendedores, representados, ni ninguna otra figura propia de otros contratos de comercio internacional.

De toda la doctrina que pude consultar para esta investigación, me encontré solamente un texto que lo identifica de una manera que me pareció perfectamente diferenciada. Es el texto jurídico de Jarne Muñoz, que se refiere al proveedor como cabeza de red¹⁰⁷; sin embargo, de esa forma identifica no solamente al proveedor en un contrato de distribución, sino que también abarca a franquiciantes y concedentes, pues es un autor que defiende la teoría de que la distribución es una labor integrada de voluntades, por lo cual no creo que sea un término que finalmente pueda aportar algo de manera definitiva a la hora de evitar confusiones.

En resumen, respondiendo a la interrogante de qué tipo de personas son los proveedores, tenemos que son personas físicas o morales, siempre mayoristas –y, por lo tanto, personas que tienen la capacidad de entregar las mercancías periódicamente y en cantidades importantes– ya sea que produzcan o no sus productos.

Pueden ser persona física o moral, toda vez que el contrato modelo del CCI no especifica si deben ser personas morales o si también pueden ser personas físicas y tampoco lo aclara cierta parte de la doctrina¹⁰⁸, así que podemos inferir que

¹⁰⁷ Cfr. Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 301.

¹⁰⁸ Por ejemplo, cuando Javier Arce Gargollo menciona los elementos personales del contrato se limita a señalar, sin hacer mayores distinciones, que el empresario o fabricante es por lo general un comerciante que no requiere de capacidad especial alguna para contratar, pero sí debe tener la facultad de vender o disponer de los productos, así como de fijar las condiciones al distribuidor para que lleve a cabo su actividad. Cfr. Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 272.

pueden ser ambos tipos de personas, además de que toda vez que tanto las personas físicas como las morales pueden adquirir todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato, entonces no hay impedimento alguno para que el proveedor sea una persona física.

Para terminar de perfilar la figura del proveedor en un contrato de distribución hay que redundar en el tema de la exclusividad, de igual manera que como lo hago en el punto dos siguiente concerniente a la figura del distribuidor, siguiendo para tal efecto la cláusula primera del contrato modelo y en el entendido de que el tema de la exclusividad se aborda a profundidad en el capítulo cuarto.

La exclusividad desde el punto de vista del proveedor es una obligación de no vender a otra persona en un determinado territorio y puede ser que el mismo proveedor entregue mercancías a varios distribuidores en un territorio determinado como, por ejemplo, México; también puede convenirse un número máximo de distribuidores en el territorio, en cuyo caso no habría entonces un distribuidor exclusivo, sino varios distribuidores.

No en todas las cadenas o redes de distribución hay varios distribuidores, pero en caso de que así sea, todos esos diferentes distribuidores forman parte de una sola cadena de distribución encabezada por un proveedor –al amparo de los contratos de distribución que el proveedor haya firmado con sus diferentes distribuidores– en el entendido de que los distribuidores pueden interactuar entre sí, por ejemplo, para comprarse mercancías cuando el proveedor no pueda surtirlos, caso que analizaré más adelante.

El proveedor respetará su obligación de exclusividad hacia sus distribuidores al no vender mercancía a otras personas que no formen parte de la cadena dentro del ámbito o jurisdicción comercial de cada uno de sus distribuidores: *“1.3 Mientras dure la designación del Distribuidor exclusivo, el Proveedor no podrá: 1.3.1 Designar*

a cualquier otra persona como su Distribuidor para la venta de Mercancías en el Territorio; [...]”¹⁰⁹

2. Distribuidor

De la misma manera que pasa con el proveedor, la figura del distribuidor presenta iguales imprecisiones. En mi investigación encontré que los diferentes doctrinarios se refieren a esta parte del contrato indistintamente como distribuidor, tercero, empresa distribuidora¹¹⁰, empresario independiente¹¹¹, industrial o comerciante en todo caso concedente¹¹², intermediario, comisionista, corredor, profesional, comerciante independiente, representante¹¹³, agente¹¹⁴, y un largo etcétera de apelativos.

¹⁰⁹ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 106.

¹¹⁰ Dejando afuera la posibilidad de que el distribuidor también puede ser una persona física.

¹¹¹ Cuando el distribuidor también puede ser una persona moral. Referirse al distribuidor como empresario independiente hace más bien referencia a una característica que puede tener, pero que no engloba todas las posibilidades de su actuación en la ejecución del contrato.

¹¹² Así por ejemplo José Luis Iglesias Prada, citado por Javier Arce Gargollo, señala que: “un empresario –concesionario– pone el establecimiento de que es titular al servicio de otro empresario, industrial o comerciante –concedente– para comercializar por tiempo indefinido, [...] los productos cuya exclusiva de reventa, se le otorga en condiciones predeterminadas”. Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 268. Arce Gargollo menciona a diversos autores que usan por sí solo el término “concesión”: “Usan como sinónimos concesión mercantil y distribución, con preferencia del primero: Puente Muñoz e Iglesias Prada; con preferencia por el de distribución, Broseta y Cervantes Ahumada; sólo [sic] el de distribución: López Vilas; y, únicamente el de concesión mercantil: Bauche, Díaz Bravo, Sánchez Calero y Vicent Chulía.” *Ibidem*, p. 272.

¹¹³ No es un representante y aquí es donde el contrato de distribución adquiere características propias, diferenciándose por ejemplo de la asociación en participación. Así lo especifica el modelo del contrato del CCI en su cláusula 7.3.1 donde señala que el distribuidor, en relación con la promoción, comercialización y venta de las mercancías, deberá: “Dejar en claro en todas las operaciones con clientes y prospectos de clientes de que está actuando como Distribuidor de las Mercancías y no como agente del Proveedor.” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 113. De ello puede desprenderse que el distribuidor no actúa bajo el amparo de ningún poder, ni tiene cargo alguno en la empresa del proveedor. Al actuar en nombre propio ante terceros lo que se busca es precisamente excluir toda responsabilidad del proveedor.

¹¹⁴ Lo cual, nuevamente, es incorrecto. La agencia es otro tipo de contrato con características propias y no deben confundirse. En apoyo de lo anterior, el Artículo 19 inciso ii) del contrato modelo redundante en que nada en el contrato se interpretará como que se designa a una parte como agente de la otra. Cfr. *Ibidem*, p. 123. Sin embargo, muchas naciones extranjeras usan estos términos de agente y distribuidor, indistintamente o sin la debida precisión, a lo cual ha contribuido en gran medida la analogía entre ambas figuras, volviéndose muy importante redactar el contrato con la mayor claridad posible en cuanto a qué tipo de relación se está creando. Cfr. Chow, Daniel C.K., y Schoenbaum, Thomas J., *International business transactions*, 3ª. Edición, Nueva York, Wolters Kluwer, 2015, p. 430.

Entre los errores más comunes, está el ya señalado de confundir distribución y concesión, término propio del derecho público, con lo que se vuelve incuestionable la confusión que tal imprecisión genera y que abordo a profundidad en el capítulo tercero, pero sirva de adelanto que:

[La concesión] es el acto administrativo a través del cual, la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público [...] En la legislación administrativa federal existe una gran imprecisión al usar la palabra concesión. Tradicionalmente se la emplea para los casos en que se otorga a los particulares el derecho para explotar o aprovechar un bien del dominio público de la federación o para cuando se trate de explotar un servicio público, sin embargo, algunas leyes hablan de concesión sin que se trate de la explotación de un bien o un servicio público, o hacen mal uso del concepto¹¹⁵.

A partir de las líneas transcritas en el párrafo inmediato anterior, es de hacerse notar que la concesión se refiere al aprovechamiento de un bien público cuya propiedad no puede adquirir el concesionario; en cambio, en el contrato de distribución, el distribuidor sí adquiere la propiedad de las mercancías que vende.

El distribuidor tampoco es un representante y hace falta mucha precisión en este sentido, por lo que la presente investigación resalta la necesidad de brindar a este contrato una terminología muy específica. Un representante, para empezar, si bien es cierto que defendería los intereses del proveedor tal y como debe hacerlo un distribuidor, no tendría propiedad sobre las mercancías¹¹⁶, ni estaría en contacto

¹¹⁵ Nava Negrete, Alfonso, "Concesión administrativa", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1989, p. 566.

¹¹⁶ En cambio, el distribuidor sí se vuelve propietario de las mercancías: "6.1 No obstante la entrega y la transmisión del riesgo de las Mercancías, o cualquier otra disposición en este contrato, la propiedad sobre las Mercancías no pasará al Distribuidor sino hasta que el Proveedor hubiera

diario con los potenciales clientes finales y tendría que contar con poderes notariales para poder actuar en nombre del proveedor¹¹⁷, cosa que no requiere el distribuidor pues elemento esencial del contrato es que actúa por su propio nombre y cuenta.

La labor de los representantes es captar clientela a cambio de una comisión calculada con base en el valor de la operación comercial, además de que no concluyen ni firman ventas¹¹⁸, y nada de eso coincide con la actividad de un distribuidor.

Entonces, tenemos que el canal de distribución puede abarcar a toda una serie de contratos de comercio internacional como la franquicia o la agencia, así como el contrato de distribución objeto de este estudio, consistiendo la distribución en entregar productos o materias primas y servicios a clientes finales a través de un canal que implica una red de entidades –proveedores, distribuidores, agentes, etcétera– y de procesos diferentes que repercuten en que esa red pueda tener muchas formas. Esta pluralidad de escenarios comerciales es el motivo por el que resulta tan difícil encuadrar la naturaleza jurídica de los contratos de distribución.

El canal de distribución se refiere a todo un proceso y no a una entidad de dicho canal como lo son todas las personas involucradas, proceso que implica una serie de actividades asociadas con el movimiento de las mercancías –que pueden ser productos terminados o piezas– desde el proveedor hasta el cliente final.

Lo que implican todas esas actividades es un abanico de posibilidades para la distribución física de las mercancías, tales como su transporte, su

recibido el pago total del precio por las Mercancías.” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 127.

¹¹⁷ Cfr. Ladrón de Guevara, Miguel Ángel, *Negociación y contratación internacional*. UF1784, La Rioja, Tutor Formación, 2019, p. 143.

¹¹⁸ Cfr. Aznar Santiago, Juan Antonio, *et al.*, *Negociación y contratación internacional: UF 1784*, Madrid, CEP, 2017, p. 219.

almacenamiento, el inventario, la administración de los pedidos, el empaque y el procesamiento de datos por mencionar tan solo algunas de las más importantes.

De lo anteriormente señalado se desprende que la distribución, cuando es entendida como una cadena, implica un conjunto de actividades comerciales que involucran a diferentes entidades o personas, siendo los proveedores y distribuidores un tipo específico de tales entidades involucradas en el canal, en el entendido de que puede haber otros muchos intermediarios, pero se encuadrarían en otro tipo de contratos como franquicia o agencia.

El punto clave de este concepto, para efecto del presente estudio, es que el canal de distribución implica un conjunto de actividades realizadas por varias entidades de la cadena relacionadas con el movimiento de productos terminados del productor al cliente¹¹⁹.

Esta cadena de distribución, también conocida como canal de distribución entendido como “*camino seguido en el proceso de comercialización de un producto desde el fabricante hasta el usuario industrial o consumidor final*”¹²⁰, puede tener diferentes niveles dependiendo de cuántos intermediarios haya entre el proveedor y el acercamiento de las mercancías hasta el consumidor final, en el entendido de que proveedor y distribuidor forman parte de esta cadena cuya longitud se mide por el número de operadores que participan y que constituyen los diferentes niveles. Por ejemplo, si el proveedor no es fabricante, entonces éste último se añade a la cadena y de igual forma si el distribuidor vende a minoristas la cadena se alarga y abarca hasta los clientes como destinatarios de las mercancías¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. Ross, David Frederick, *op. cit.*, p. 46.

¹²⁰ De Juan Vigaray, María Dolores, *op. cit.*, p. 23.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 15.

Es muy importante contar con esta información para ubicar qué lugar ocupa el contrato de distribución objeto de este estudio en la cadena de comercialización mencionada.

En términos jurídicos, el contrato de distribución dentro de toda la cadena mencionada se restringe a las actividades que se celebran entre el proveedor y el distribuidor como ya señalé con anterioridad. Al respecto, y confiriéndole la característica *intuitu personae*, el contrato modelo señala que:

*1.6 El Distribuidor no venderá ninguna de las Mercancías a través de un agente o a subdistribuidores dentro del Territorio sin el previo consentimiento del Proveedor, pero el Proveedor no retendrá ni retrasará el otorgar dicho consentimiento. [suprimir si no es aplicable].*¹²².

El distribuidor puede ser una persona física o moral, y tiene la calidad de comerciante independiente como entidad distinta al proveedor, asimismo caracterizado –a diferencia de los demás intermediarios de la cadena de distribución– por adquirir los productos del proveedor para comercializarlos y venderlos a su propio nombre y cuenta.

Del análisis del contrato modelo ya quedó señalado que se deduce que el distribuidor puede ser un mayorista, un minorista, o incluso mayorista y minorista al mismo tiempo¹²³ –híbrido– por tratarse de un intermediario dedicado a la venta de productos principalmente a minoristas ya que reúnen la capacidad de almacenamiento necesaria además de los medios físicos para el movimiento de

¹²² Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 107.

¹²³ “[Alternativa 2: “1.6 El Distribuidor no venderá ninguna de las Mercancías a través de un agente o a subdistribuidores dentro del Territorio sin el previo consentimiento del Proveedor, pero el Proveedor no retendrá ni retrasará el otorgar dicho consentimiento.” [suprimir si no es aplicable].” *Idem*.

las mercancías, el personal y la capacidad financiera para realizar la distribución¹²⁴.

Entonces, el distribuidor puede ser persona física o moral, mayorista o minorista, o bien adoptar una modalidad híbrida como mayorista y minorista al mismo tiempo. Además, es un comerciante independiente asentado en el territorio donde se va a ejecutar el contrato bajo cualquiera que sea el tipo de cadena de distribución en la que se halle conectado, para comercializar y vender las mercancías que adquiere del proveedor en tal territorio.

III. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Las obligaciones derivadas del contrato son lo que lo convierten en un contrato *sui generis* con características propias que lo hacen distinto en cuanto a su naturaleza jurídica de cualquier otro y que justifican que tampoco sea concebido como un mero contrato marco¹²⁵.

Son las siguientes: la obligación del distribuidor de comprar cierta cantidad de mercancías al proveedor, la obligación del proveedor de vender cierta cantidad de mercancías al distribuidor, la obligación del distribuidor de comercializar las mercancías en el territorio, la obligación del proveedor de apoyar al distribuidor en la comercialización de las mercancías, y las obligaciones recíprocas de informar; las explico a continuación:

¹²⁴ Como mayorista, vende a minoristas y puede ser al mismo tiempo mayorista y minorista porque también puede vender a los consumidores o usuarios finales. Cfr. De Juan Vigaray, María Dolores, *op. cit.*, p. 18.

¹²⁵ Sobre las diferentes teorías que existen en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del contrato de distribución internacional de mercancías, abundaré en el capítulo tercero de la presente investigación.

1. La obligación del distribuidor de comprar

El distribuidor tiene la obligación de comprar cierta cantidad de mercancías al proveedor bajo ciertas condiciones y conforme al modo establecidos en el contrato y esto incluye la obligación del distribuidor de no comprar a otro proveedor mercancías que puedan competir con las que son objeto de la distribución, lo cual identifico como exclusividad del proveedor.

El mayor riesgo asumido por el distribuidor se encuentra comprendido en la cláusula de compra mínima, que a mi parecer, debe ser obligatoria y no opcional como lo establece la cláusula 2.4 del contrato modelo¹²⁶, toda vez que en caso de no ser obligatoria se estaría equiparando por ejemplo a un contrato de suministro en el que el distribuidor quedaría facultado para comprar al proveedor lo que quiera, cuando quiera y en la cantidad que quiera¹²⁷ y ese no es el objetivo del contrato, por lo que con la finalidad de diferenciar perfectamente entre contrato de distribución y suministro, la cláusula mencionada en vez de ser opcional debería ser obligatoria.

¹²⁶ “[Opción: Obligación mínima de compra 2.4 Durante cada [año – especificar cualquier otro periodo] de Vigencia el Distribuidor, a menos que se vea impedido por fuerza mayor, ordenará del Proveedor no menos que la cantidad mínima de Mercancías especificadas en el anexo 2. Si el Proveedor incumple por razón de fuerza mayor o por cualquier otra razón suministrar al Distribuidor con esa cantidad de Mercancías, la cantidad mínima de Mercancías para el [año – especificar cualquier otro periodo] en cuestión se verá reducido en la cantidad de Mercancías que el Proveedor ha incumplido suministrar.”].” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 108. La cláusula citada contiene un claro desequilibrio en compraventa de cosa futura por cantidad indeterminada, por lo que sugiero hacerla bilateral de manera tal que debería eliminarse la posibilidad de que el proveedor quede liberado de responsabilidad en caso de no poder cumplir por cualquier otra razón distinta a los casos de fuerza mayor. Es decir, salvo por causas de fuerza mayor, el proveedor siempre debe quedar obligado a cumplir con las entregas.

¹²⁷ Hay una clara diferencia entre distribución y suministro. Tan es así, que el contrato de suministro tiene su propio capítulo en el libro que contiene el contrato modelo de distribución que es objeto del presente análisis. El libro contiene los contratos modelo “*de los principales contratos comerciales que las pequeñas y medianas empresas (PYMES) requerirán en sus operaciones comerciales – incluye Contratos Modelo para actividades clave como la compraventa internacional de mercancías, distribución, servicios, alianza contractual, asociación empresarial, contratos de agencia comercial internacional, suministro de mercancías a largo plazo, alianza o colaboración entre las partes, y contrato de manufactura.*” *Ibidem*, p. 4. Coincido con León Tovar cuando la autora señala que las diferencias entre suministro y compraventa son determinantes dadas la cosa objeto del contrato, sus efectos, las entregas, la determinación de la cantidad, la ejecución, el fraccionamiento de la prestación y el precio: Cfr. León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, *cit.*, pp. 197-200.

Bien lo señala León Tovar en la parte conducente a las diferencias existentes entre el contrato de suministro y el de compraventa:

*En la compraventa, el bien o cosa objeto de la compraventa debe quedar determinado en cuanto a su cantidad desde la celebración del contrato; en el suministro, en cambio, no se requiere dicha determinación, ya que las entregas periódicas o continuadas se hacen en función de las necesidades del suministratario y de la capacidad de producción del suministrador, sin perjuicio de que las partes convengan en fijar mínimos y máximos garantizados para que ambas partes tengan la certeza del cumplimiento del contrato y la conveniencia de continuarlo*¹²⁸.

Y bien lo señala adicionalmente la autora cuando señala que las compras mínimas a cargo del distribuidor son obligatorias, criterio que suscribo: *“se obliga a adquirir los productos en una cuota mínima mensual o semanal o de otra periodicidad, e incluso suele imponerse al distribuidor la obligación de formular órdenes de compra con cierta anticipación.”*¹²⁹

Un detalle muy importante incluido en el contrato dentro del tema de las compras mínimas es que la cláusula 2.4 incluye durante la vigencia del contrato, plazos anuales de compras mínimas a cargo del distribuidor. Es decir, no solamente queda obligado a hacer compras mínimas, sino que debe actualizar tal obligación cada año.

Si se pactó la obligación de compra mínima y el contrato de distribución tiene, por ejemplo, una vigencia de cinco años, plazo usual en la costumbre comercial, significa que el distribuidor queda obligado a realizar compras mínimas por cada año de vigencia del contrato.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 199.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 367.

Ahora bien, pasando a analizar el contenido de la obligación del distribuidor, hay que señalar que este contrato implica dos obligaciones de *facere* diferentes a cargo del distribuidor: una primera obligación que consiste en comprar las mercancías al proveedor y una segunda que consiste en la posterior comercialización que el distribuidor lleve a cabo entre sus clientes dentro de su área comercial, de manera tal que en lo sucesivo las identificaré como obligación de comprar, por un lado, y obligación de comercializar, por otro lado.

En este sentido, el contenido de la obligación del distribuidor es siempre un *incertum*, por virtud del cual se obliga a hacer todo lo que esté en sus posibilidades para cumplir con su parte del contrato. Es decir, se obliga a actuar con la diligencia debida a un buen comerciante a la hora de comercializar y promocionar las mercancías, pero en el entendido de que los resultados de su actividad son inciertos y más aún por tratarse de un ámbito comercial tan contingente como lo es el de la distribución internacional.

Por tal motivo, difiero con el sector de la doctrina que afirma que la obligación de compra mínima sujeta a una obligatoria anualidad tendría como consecuencia la transformación de una obligación que debe ser de medios tradicionalmente relacionada con la distribución, en una obligación de resultados¹³⁰; es decir, sigue siendo una obligación de hacer, aunque se haya previsto un resultado cierto, como la que tiene el arquitecto de construir una casa conforme a cierto plano, por citar un ejemplo.

Entonces, el objeto de la obligación consiste en realizar una serie de actos para la consecución de un fin en común, lo cual es propio de las obligaciones de *facere*. La cantidad de compra mínima es importante sobre todo para el proveedor, pero si el distribuidor no pudiese comprarla a pesar de los esfuerzos que haya hecho para comercializar las mercancías, tal vez porque las condiciones del mercado no

¹³⁰ Cfr. Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 156.

lo permiten, me parece que no incumple el contrato pues hizo lo suficiente a pesar de no poder alcanzar el resultado.

Con lo anterior, se estaría adecuando la obligación de compra mínima a una necesaria razonabilidad –siendo la razonabilidad el criterio que impera a lo largo de diversas cláusulas del contrato– pues las previsiones del mercado son tan variables como el respectivo desempeño que alcancen los diferentes distribuidores de una red, dadas toda una serie de eventualidades. Necesaria, toda vez que no hay que perder de vista que el contrato, por ejemplo, admite suministros cruzados entre los distribuidores que integran una misma red, para darle flexibilidad al proveedor en caso de no poder cumplir con el aprovisionamiento al distribuidor.

La obligatoriedad de las compras mínimas a cargo del distribuidor es algo que muchos doctrinarios señalan como una característica esencial del contrato de distribución y en lo particular, coincido con tal postura. Al respecto, creo que es importante señalar cierta imprecisión que menciona Farina, por ser uno de los autores más citados en el tema, para quien lo esencial es la exigencia de una *venta mínima*¹³¹.

En realidad, se trata de una obligación de compra mínima a cargo del distribuidor, obligación que no existe a menos que se fije una cantidad de mercancías que deben ser adquiridas y si se pacta tal compra mínima, el vendedor quedará obligado a venderle al distribuidor esa cantidad puesto que no puede haber obligación de comprar, si el otro no tiene la obligación de vender.

En apoyo de lo anterior, Ortega Giménez señala al respecto:

Generalmente lo que suelen fijar las partes es un mínimo para el primer año, que se irá revisando al alza para los años posteriores. Se trata con ello de

¹³¹ Cfr. Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 414.

*lograr que el concesionario [distribuidor] se implique en la necesidad de introducir y afianzar el producto en el territorio del concesionario; con la idea última de que, si el concesionario no llega a ese volumen mínimo de compras, el concedente podrá optar por la resolución del contrato*¹³².

Lo anterior constituye, además, una gran diferencia entre el contrato de distribución y el de suministro como ya lo señalé. El contrato de distribución genera múltiples compraventas entre proveedor y distribuidor. Tan es así que, de hecho, para todo lo que no esté pactado entre las partes rigen supletoriamente las disposiciones aplicables de la compraventa mercantil.

El riesgo que implica esta compra mínima es que se está obligando al distribuidor a una serie de actos derivados de la misma, tales como contar con el espacio de almacenamiento necesario, con los costos que esto puede significar; asimismo, mantener el debido abastecimiento para poder surtir a sus clientes en el entendido de que no poder hacerlo puede considerarse que afecta la imagen del modelo de negocio y con ello la imagen de ambas partes contratantes.

Jarne Muñoz señala muy precisamente toda una serie de riesgos que acompañan a las compras mínimas y que no son tan evidentes a simple vista, tales como la posibilidad de no poder dar salida a la acumulación de mercancía en sus almacenes por las diversas cuestiones que puedan surgir en los mercados o porque el contrato llegue a su término sin que el distribuidor haya podido cumplir con la meta, con lo cual ya no contará con el apoyo de la red para dar salida a la mercancía que no haya podido vender¹³³.

La cantidad que constituirá la compra mínima es algo que ambas partes pueden pactar, remitiendo para tal efecto el contrato modelo al anexo 2; al

¹³² Ortega Giménez, Alfonso, *op. cit.*, p.3.

¹³³ Cfr. Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, *cit.*, p. 316.

investigar sobre cómo fijar la cantidad de mercancías que deben considerarse como compra mínima, ante la mencionada libertad que tienen las partes para pactarla, encontré que en la doctrina impera el principio de razonabilidad¹³⁴, lo cual me parece acertado dadas todas las contingencias que presentan los mercados internacionales ante la influencia de la tecnología y los nuevos modelos de negocios que ello implica, aunado a las muy cambiantes necesidades y gustos de los clientes.

Por ello coincido en que ese aspecto no es conveniente dejarlo a la discrecionalidad de una sola de las partes –y por supuesto que menos aún al proveedor únicamente– toda vez que no pueden prever los múltiples escenarios a los que se enfrentan, con lo que el distribuidor pasaría a ser una parte muy débil en el contrato.

Entonces, el precio de comercialización se fija de conformidad con lo que convengan las partes y ello implica que pueden acordar que sea el proveedor quien lo fije, tal vez por contar con una política de precios internacional, o bien puede que pacten que el proveedor le venda al distribuidor a un precio para que luego éste comercialice al precio que estime conveniente, pero sin pasarse de cierto límite.

Cualquiera que sea el escenario, lo importante es que ambos deben convenirlo porque el precio está estrechamente relacionado con la actividad de comercialización a cargo del distribuidor.

Para evitar tal asimetría, que puede generar abusos en perjuicio del distribuidor desde el momento en que además el proveedor puede terminar el contrato si el distribuidor no cumple con los objetivos de la comercialización, lo conveniente es entonces que el volumen de compras mínimas lo fijen las partes no a partir del simple consentimiento sino que se desprenda de criterios más objetivos

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 326. Vemos cómo la doctrina opta por la noción de razonabilidad en el tema del stock mínimo al señalar en pocas palabras que el nivel de stock mínimo se debe fijar sobre la base de previsiones razonables en el mercado.

y por lo tanto realistas, como realizar estudios de mercado previos y tomar en cuenta el mayor número de factores posibles tales como la tecnología y su influencia cada vez más creciente en la evolución del comercio. Es decir, me parece que debe tratarse de un *consentimiento informado* por tratarse de una decisión importante que debe ser analizada por ambas partes antes de contraerla, pero de cualquier forma finalmente impera tal consentimiento.

También razonables son la opcional oportunidad que le brinda el apartado 4.4¹³⁵ al distribuidor de terminar el contrato ante los incrementos de precios que superen los porcentajes pactados por ambos y la posibilidad de que el distribuidor pida ajustes en los precios después de hacer comparaciones con los de otras mercancías comercializadas en el mercado; asimismo se faculta a ambas partes a terminar el contrato si los ajustes señalados no le convienen a alguno de ellos¹³⁶.

Lo anterior deja claro que el distribuidor es independiente del proveedor y ello se refleja en que puede o no estar de acuerdo con el precio y en caso de no estarlo tiene libertad de terminar el contrato.

Al analizar la figura del distribuidor es necesario también entrar al tema de la exclusividad. Para ello hay que analizar la parte conducente al distribuidor en la cláusula primera del contrato modelo ya que tal detalle le confiere diferentes obligaciones.

¹³⁵ “[Opción: Derecho del Distribuidor a terminar el contrato por un incremento al precio 4.4 Si conforme al Artículo 4.2 [o 3.3] el Proveedor incrementa o propone incrementar el precio de las Mercaderías [por más de [especificar] % durante un año [especificar cualquier otro periodo], el Distribuidor podrá terminar este contrato mediante previo aviso por escrito con una antelación de no menos de [especificar periodo] al Proveedor.”] Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 111.

¹³⁶ Algo muy común en el comercio es que los proveedores muchas veces no pueden competir con los reducidos precios de la competencia china, por ejemplo, en cuyo caso me parece que esta opción de terminación conviene en gran medida a ambas partes.

El contrato modelo, sostengo que de manera equivocada, maneja la exclusividad como un elemento accesorio libremente sujeto a pacto entre las partes: *“1.2 La designación del Distribuidor es exclusiva/no-exclusiva [suprimir como sea apropiado].”*¹³⁷ Lo anterior, con la finalidad de impedir cualquier choque en materia de competencia, tal y como el texto del contrato modelo lo establece en el párrafo inmediato posterior: *“[Comentario: Las Partes deberán tomar en consideración que en algunos sistemas legales la exclusividad puede tener implicaciones en el derecho de la competencia.]”*¹³⁸

Las cláusulas de prohibición de competencia entre el proveedor y el distribuidor suelen verse como una posibilidad de abuso por parte del proveedor como parte dominante del contrato, por encima de un distribuidor que, siendo independiente, en realidad está sujeto a las instrucciones del proveedor.

Sin embargo, si el hecho de que exista ese cierto nivel de supervisión por parte del proveedor es entendido como nacido en el seno de un contrato en el que la actividad de las partes contratantes repercute en ambas, tenemos que entonces el distribuidor guarda cierta similitud con la figura del agente que es, por ejemplo, un auxiliar.

Si tomamos en cuenta que los agentes quedan eximidos de esta visión de abuso por considerarse auxiliares y por lo tanto como integrantes de la empresa del proveedor, podemos extender tal razonamiento por analogía a la distribución, máxime porque proveedor y distribuidor se apoyan entre sí, pero sin perder de vista que existe la gran diferencia de que el distribuidor es independiente y el agente no.

Siguiendo con el análisis de la exclusividad contemplada en la cláusula primera, el distribuidor exclusivo no tiene permitido comprar mercancías a ningún

¹³⁷ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 106.

¹³⁸ *Idem.*

otro proveedor, aclarando que tal prohibición no solamente abarca al mismo tipo de mercancías adquiridas del proveedor, sino también a cualquier otra mercancía que en cualquier forma pueda competir con las mismas¹³⁹.

Se trata de una prohibición amplísima de la que surgen interrogantes tales como ¿quién fija el criterio para establecer si mercancías que son diferentes a las adquiridas del proveedor, pueden competir o no con tales mercancías? La redacción del Artículo me parece extralimitada y debería corregirse en aras del equilibrio que demandan los más básicos principios de la buena fe contractual, para incluir solamente aquellas mercancías que son iguales a las que constituyen el objeto de la distribución pactada.

Obviamente, la exclusividad prohíbe al distribuidor llevar a cabo la actividad pactada fuera del territorio, aspecto contemplado en la cláusula 1.5.3¹⁴⁰, pero otra extralimitación en favor del proveedor la encontramos en el apartado inmediato posterior, al prohibirle al distribuidor también: *“1.5.4 Vender cualquiera de las Mercancías a cualquier persona fuera del Territorio, o dentro del Territorio si el Distribuidor sabe, o debe razonablemente saber, que la persona pretende revender las Mercancías fuera del Territorio. [Suprimir si no es apropiado.]”*¹⁴¹

Afortunadamente, tal disposición admite ser suprimida en caso de no ser apropiada, ya que le otorga al proveedor un poder excesivo en desequilibrio del contrato.

¹³⁹ “1.5 El Distribuidor se abstendrá de: 1.5.1 Obtener cualquiera de las Mercancías (o cualquier Mercancías que compitan con las Mercancías) para su reventa de cualquier otra persona distinta al Proveedor;” *Idem*.

¹⁴⁰ “1.5 El Distribuidor se abstendrá de: [...] 1.5.3 Buscar clientes, establecer una bodega o punto de distribución para cualquiera de las Mercaderías o de cualquier manera comercializar activamente las Mercaderías fuera del Territorio” *Ibidem*, p. 107.

¹⁴¹ *Idem*.

Es comprensible que el distribuidor no deba vender las mercancías fuera del territorio que le compete pues estaría invadiendo las áreas de mercado de otros distribuidores que ya vimos que pueden también formar parte de la misma cadena¹⁴², pero extender tal prohibición dentro de su propio territorio al caso específico de compradores que adquieran de él para potencialmente distribuir con posterioridad fuera del territorio, genera preguntas como ¿con qué criterio se establece si se puede presumir que el distribuidor tiene conocimiento de algo así? lo cual necesariamente remite al terreno probatorio y es sabido que probar elementos subjetivos puede llegar a ser realmente muy complicado.

En tal sentido, más que ofrecer la opción de eliminar del contrato tal punto en caso de no ser apropiado, la cláusula 1.5.4 debería eliminarse por completo del clausulado.

El terreno se complica aún más en las dos diferentes alternativas a la cláusula 1.6¹⁴³ que contempla la prohibición expresa al distribuidor, aunque de manera opcional, de realizar ventas por internet o cualquier medio electrónico, tanto dentro, como fuera del territorio.

La primera alternativa sí se lo permite siempre y cuando no se centre específicamente en clientes ubicados fuera del territorio. Me parece que sí debe

¹⁴² La exclusividad no excluye la pluralidad de distribuidores y el contrato mismo lo establece así, aunque optativamente, cosa que opino que no debería de ser negociable: “[*Alternativa 2: “1.6 El Distribuidor no venderá ninguna de las Mercancías a través de un agente o a subdistribuidores dentro del Territorio sin el previo consentimiento del Proveedor, pero el Proveedor no retendrá ni retrasará el otorgar dicho consentimiento.” [suprimir si no es aplicable].”*]” Idem.

¹⁴³ “[*Opción: “1.6 [El Distribuidor no venderá las Mercaderías por correo o cualquier sistema similar, o por Internet o cualquier medio electrónico, a clientes que se encuentren dentro o fuera del Territorio. [– suprimir si no es apropiado].] [Comentario: Las Partes deberán tomar en consideración que en algunos sistemas legales una restricción a las ventas a través del Internet o de cualquier otra manera podría ser ilegal.] [Alternativa 1: “1.6 El Distribuidor tendrá derecho de revender las Mercaderías por Internet, correo electrónico o cualquier otro medio electrónico, bajo la condición de que los medios utilizados para ese fin no estarán enfocados específicamente hacia clientes ubicados fuera del Territorio.”*].” Idem.

existir prohibición de vender así afuera del territorio, pero sí se le debe permitir hacerlo dentro del territorio y ambos aspectos no deberían ser negociables.

Los medios de venta electrónicos son una herramienta para que el distribuidor pueda llevar a cabo sus actividades de comercialización en su área, más aún en tiempos actuales en los que ya quedó demostrado lo que para el comercio puede implicar una pandemia como la del COVID19.

Permitirle al distribuidor realizar ventas electrónicas afuera del territorio va en contra de la naturaleza del contrato, pero acorde con la labor de comercialización que lleva a cabo un distribuidor, sí se le debe permitir dentro de su área de ejercicio pues el proveedor justamente busca a distribuidores que *hagan lo posible* por posicionar sus mercancías en un territorio¹⁴⁴. Este *hacer lo posible* se desprende del texto del segundo inciso en la parte introductoria del contrato modelo:

La principal razón para designar a un Distribuidor es que el Proveedor es incapaz de llevar a cabo la distribución en un Territorio particular por su propia cuenta, o no desea invertir en la infraestructura de distribución que se requiere para hacerlo. El Proveedor deseará asegurarse que la distribución de las mercancías se llevará cabo de una manera eficiente y vigorosa. El Distribuidor normalmente buscará que se le asegure que sus esfuerzos serán protegidos de alguna manera, posiblemente siendo designado como Distribuidor único, o como Distribuidor exclusivo, en un Territorio determinado. Por otra parte, un Proveedor deseará que los esfuerzos del

¹⁴⁴ Hay que tener en cuenta que en realidad estas ventas electrónicas son realizadas dentro del territorio del distribuidor ya que es en su territorio donde estas ventas electrónicas se perfeccionan, independientemente de que la mercancía se entregue a clientes que se localicen fuera de ese territorio. No sería razonable prohibir ventas a personas que no tengan su residencia en el territorio, tal y como por ejemplo ocurre con aquellos clientes que van a una ciudad a comprar algo que en la suya no encuentran. Quizá el tema de las ventas por internet pueda resolverse prohibiendo que las mercancías se entreguen en territorios ajenos al del distribuidor.

*Distribuidor se concentren en el Territorio en cuestión. Estos puntos se abordan en el Artículo 1*¹⁴⁵.

Hacer lo posible significa una actividad realizada mediante un encaminado y necesario esfuerzo; así, mientras que vender electrónicamente fuera del territorio es una conducta que definitivamente no requiere de ningún esfuerzo por parte del distribuidor¹⁴⁶, usar medios electrónicos como una herramienta de comercialización dentro del territorio del distribuidor debería ser completamente admisible.

La cláusula debería redactarse en el sentido de permitirle al distribuidor vender por medios electrónicos dentro del territorio, pero prohibirle la entrega afuera del mismo, y es relativamente sencillo realizar dicha prohibición al no permitirle hacer entregas en domicilios que se encuentren fuera de su área. Ciertamente hay maneras de dar la vuelta a tal prohibición, por ejemplo, mediante un *P.O. Box*¹⁴⁷, pero no podemos olvidar que nos encontramos en el terreno de los contratos y que en ellos rige la buena fe que nos enseña lo prácticamente imposible que es pretender regular absolutamente todas las aleaciones posibles de la realidad y

¹⁴⁵ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 103.

¹⁴⁶ Aunque cabe señalar que una cosa es hacer la venta –perfeccionarla– en el territorio, y otra entregar la mercancía, lo cual sí requiere trabajo físico. Ahora bien, sobre la identificación de las ventas de internet como ventas pasivas: “[...] se entiende por ventas activas, a título ejemplificativo, la aproximación activa a clientes individuales por correo, las visitas o la publicidad orientada a clientes que se encuentran en el área de exclusiva de otro distribuidor. Por el contrario, se consideran ventas pasivas la respuesta a pedidos que no han sido solicitados activamente y que procedan de clientes individuales. En especial, la publicidad constituirá un medio pasivo en aquellos supuestos en los que, a pesar de alcanzar a clientes situados en territorios asignados en exclusiva a otros distribuidores de la red, esta constituya un medio razonable de llegar al territorio propio o igualmente a aquellos territorios no asignados en exclusiva, entendiéndose que esta es razonable en el caso de que resultara atractiva para el distribuidor la realización de estas inversiones aun cuando no alcanzaran a estos clientes pertenecientes a áreas de exclusiva de terceros.” Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, *cit.*, p. 100. No se le deben prohibir al distribuidor las ventas por internet ya que ello puede contravenir los lineamientos que la UE aporta para evitar abusos, a través del Artículo 101 de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2016, que analizo en el capítulo tercero de esta investigación. Máxime, tratándose de distribuidores que operan bajo una modalidad de distribución selectiva y al menudeo, en el entendido de que lo que sí se le debe prohibir es distribuir fuera de su área autorizada.

¹⁴⁷ *Post Office Box*, o caja de oficina postal, que permite obtener una dirección en una oficina de correos de un lugar determinado.

menos posible aún, tratándose de un escenario tan vivo y contingente como lo es el del comercio.

Por último, la exclusividad bilateral comprendida en la cláusula 1.5¹⁴⁸ contiene la prohibición para el distribuidor de adquirir las mercancías de otra persona distinta del proveedor. Sin embargo, creo conveniente que la redacción de tal Artículo remita a la excepción comprendida en la cláusula tres, en virtud de la cual el distribuidor tendría la opción de hacerlo en caso de que el proveedor no pudiese cubrir los pedidos:

3.10 Si las órdenes del Distribuidor de Mercancías exceden (o si parece que de cualquier estimación o revisión dada por el Distribuidor de que excederá) su capacidad de producción o disponibilidad de inventarios del Proveedor:

3.10.2 El Distribuidor tendrá derecho de obtener de cualquier otra persona la cantidad de Mercancías que el Proveedor fue incapaz de suministrar de conformidad con las órdenes del Distribuidor hasta el momento en que el Proveedor haya dado aviso al Distribuidor por escrito (junto como evidencia de apoyo como el Distribuidor pueda considerar razonable) que estará en capacitado y dispuesto de continuar con el suministro de las Mercancías de conformidad con las órdenes del Distribuidor y el Distribuidor hubiera tenido un tiempo razonable para terminar cualquier acuerdo alterno de suministro que pueda tener con cualquier otra persona; y

3.10.3 [La cantidad se considerará para los fines del Artículo 2.4 como si hubiera sido ordenada al Proveedor – suprimir si no existe obligación de compra mínima conforme al Artículo 2.4.]¹⁴⁹.

¹⁴⁸ “1.5 El Distribuidor se abstendrá de: 1.5.1 Obtener cualquiera de las Mercancías (o cualquier Mercancías que compitan con las Mercancías) para su reventa de cualquier otra persona distinta al Proveedor;” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 106.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 109-110. Cabe señalar que la cláusula 3.10 remite a la 7.3.3 en virtud de la cual el distribuidor se obliga a mantener un inventario mínimo de mercancías, lo cual es sinónimo de

Justamente porque en la práctica es perfectamente factible que el proveedor no pueda alcanzar a cubrir algún pedido del distribuidor, es que se justificaría entonces como muy conveniente la existencia de una cadena de distribución más compleja, esto es, con pluralidad de distribuidores exclusivos todos ellos, cuya existencia en caso de darse, se traduce en una real ventaja tanto para el proveedor como para el distribuidor, pues entonces es posible que los distribuidores que forman parte de una misma cadena se compren entre sí para evitar el desabasto.

La redacción del numeral señalado deberá ser clara en especificar que el distribuidor solamente podrá comprar a otras personas, que deberán ser únicamente otros distribuidores de la misma cadena en caso de que existan u otras personas en caso de que no haya más integrantes en la red. Esta especie de aprovisionamiento transversal¹⁵⁰ dentro de una misma cadena o red distributiva tiene lugar continuamente en la práctica comercial y debe incluir además de las mercancías objeto del contrato, también piezas de recambio y todo el material diverso de publicidad¹⁵¹ y promoción.

compras mínimas, muy útil para el proveedor pues es una manera de asegurarse de que el mercado estará bien atendido. Además, esta cláusula abre una excepción a la obligación del distribuidor de no comprar a persona distinta del proveedor, y señala que la excepción termina, cuando el proveedor avisa que ya puede surtir. Se trata de una cláusula que protege los intereses del distribuidor.

¹⁵⁰ Que, por ejemplo, la doctrina identifica como suministros cruzados u horizontales: *“En estos suministros cruzados, ambos operadores tendrán la consideración de distribuidores por lo que a la red se refiere, a pesar de que, a los efectos de la concreta operación de suministro planteada, uno actuará en el papel de proveedor de los productos y el otro en el de comprador o adquirente de los mismos, pudiendo perfectamente invertirse estos roles en el futuro en el caso de que se recurra a una nueva operación de suministro cruzado. [...] los suministros cruzados pueden constituir un interesante mecanismo de compensación intra red y [...] cuentan con el favor del Derecho de la competencia.”* Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 60.

¹⁵¹ Cabe señalar que sería bueno incluir la *publicity* “5.5.4.1. La *publicity* o *publicidad* no pagada *Publicidad gratuita* a través de noticias que, normalmente, generan buena imagen de la empresa. La principal diferencia con la *publicidad* es que la em- presa no paga las tarifas estipuladas por los distintos soportes. Además, al no ser la propia empresa la que emite el mensaje, su control es más reducido, pero a cambio consigue una mayor credibilidad y alcanzar a personas que no suelen prestar atención a otros instrumentos de comunicación. La *publicity* es consecuencia de la difusión gratuita de aspectos relacionados con marcas, productos o empresas que son emitidos sin ser contratados. Ejemplos típicos son los reportajes que se publican en la prensa especializada en economía sobre las actividades de diferentes empresas.” González Domínguez, Francisco José y Ganaza Vargas, Juan Domingo (coords.), *Fundamentos de la economía de la empresa*, 2a. Edición, Madrid, Difusora Larousse - Ediciones Pirámide, 2017, p.116.

Relacionado con el tema de las compras mínimas a cargo del distribuidor, está el derecho de exclusividad que puede surgir como consecuencia y que ya quedó explicado; la exclusividad es un elemento esencial del contrato, y con mayor motivo es necesaria cuando se pacten compras mínimas ya que entonces se generan obligaciones propias, aunque siempre en el entendido de que las partes son libres de convenir lo que quieran al respecto.

El derecho de distribución exclusiva en el territorio equivale a la obligación del proveedor de no vender en tal área. Compra mínima y distribución exclusiva es equitativo, pero compra mínima sin distribución exclusiva no lo es. A pesar de ello recordemos que la anteriormente transcrita cláusula 2.4 del contrato modelo señala que las compras mínimas son opcionales, pero deberían ser obligatorias, en cuyo caso el proveedor quedaría obligado de manera exclusiva hacia el distribuidor; en el entendido de que esto no es obstáculo para que el proveedor pueda tener otros distribuidores en el territorio, siempre y cuando tales distribuidores respeten entre sí sus respectivas áreas dentro del territorio que comparten¹⁵².

De hecho, si nos vamos al derecho comparado, veremos que por ejemplo en Estados Unidos un contrato de distribución exclusiva en el que un distribuidor acuerda con un proveedor no distribuir en el territorio mercancías de otros proveedores, solo son ilegales si tienen un efecto anticompetitivo que queda sujeto a criterios de razonabilidad¹⁵³.

Ahora bien, analizando el contrato modelo, tenemos que está mal entendido el elemento esencial de la exclusividad ya que permite la posibilidad –que ya

¹⁵² Esta idea de que a pesar de que siendo esencial la exclusividad, se admitan pactos que flexibilicen la misma en favor del proveedor, la vemos reflejada en el Nuevo Código Civil y Comercial argentino, y toda vez que lo analizo más adelante, al respecto remito entonces al capítulo cuarto de esta investigación.

¹⁵³ Beatty, Jeffrey F., *et al.*, *op. cit.*, p. 992.

expliqué que en realidad debería ser una obligación, más que una posibilidad¹⁵⁴ – de pactar a cargo del distribuidor la obligación de compra mínima de mercancías al proveedor a cambio de un derecho de exclusividad en el territorio. Asimismo, el contrato modelo maneja la exclusividad, no nada más como accesoria, sino entendida también desde dos puntos de vista:

Exclusividad para el proveedor y el distribuidor por igual

La exclusividad del distribuidor –que es la obligación del proveedor de no vender a otro en el territorio exclusivo– se corresponde con su obligación de compra mínima. La exclusividad del proveedor es una obligación del distribuidor de no hacer y de no comprar mercancías que compitan con las mencionadas en el contrato de distribución a ninguna otra persona.

Exclusividad sólo para una de las partes

Es decir, la exclusividad mencionada en el punto inmediato anterior puede ser obligatoria solamente para el distribuidor o solamente para el proveedor.

¹⁵⁴ Tan es así, que a pesar de que el contrato modelo que se analiza admite la no exclusividad, hay autores que definen al contrato como: “[...] *distribución o concesión en exclusiva*”. Caballero Sánchez de Puerta, Pilar, *Negociación y contratación internacional*, Málaga, IC Editorial, 2013, p. 224. Por otra parte, otros autores consideran que la exclusividad no es esencial y, por lo tanto, negociable: “*Cuando se trata de establecer los pactos de un contrato de distribución comercial, hay otros puntos negociables, como son [...] Exclusividades: delimitaciones de áreas, productos, sectores, mercados o clientes.*” Peña Andrés, Cristina, *Negociación para el comercio internacional*, Barcelona, Marge Books, 2016, p. 31. En el mismo sentido de ver a la exclusividad como un elemento accesorio: “*Los contratos de agencia y distribución pueden contener, como elemento accesorio, un pacto de exclusiva a favor del empresario o principal, del agente o del distribuidor o a favor de las dos partes del contrato.*” Arce Gargollo, Javier, “Los contratos de agencia y distribución mercantil”, *Perspectiva jurídica UP*, Guadalajara, Año 2, Número 4, Semestre I, enero-junio 2015, pp. 13-33. Recuperado de <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/ediciones/los-contratos-de-agencia-y-distribucion-mercantil>, fecha de acceso 27 de febrero de 2022. Cito ambas posturas opuestas para exponer la gran variedad de opiniones que hay en torno al contrato de distribución internacional, que desembocan en confusiones innecesarias tal y como trato de exponer en esta investigación, en el entendido de que creo que debe concebirse como un contrato exclusivo ya que en caso contrario se estaría entrando en el terreno de otro tipo de contratos tales como las franquicias.

El contrato admite también que la distribución no incluya exclusividad de ninguno de los dos tipos. La exclusividad del distribuidor equilibra su obligación de compra mínima, pero en el contrato modelo tenemos que puede no pactarse exclusividad.

Una vez analizada la cuestión de las compras mínimas, a continuación, analizaré las obligaciones del vendedor:

2. La obligación del proveedor de vender

La obligación principal del proveedor es la de vender ciertas mercancías, en cierta cantidad y en determinadas fechas. La obligación de entregar las mercancías es derivada de uno de los contratos de venta, por los que el proveedor cumple con su obligación principal.

El proveedor queda obligado a vender una cierta cantidad de mercancías al distribuidor, bajo ciertas condiciones y conforme al modo establecidos en el contrato, lo cual incluye la obligación del proveedor de no vender mercancías a otra persona distinta del distribuidor, en el territorio de la distribución –lo cual identifico como exclusividad del distribuidor.

El apartado 3.9¹⁵⁵ inclina la balanza en favor del proveedor pues lo obliga a mantener un inventario suficiente de mercaderías, pero solo dentro del margen que

¹⁵⁵ “3.9 El Proveedor hará todos sus esfuerzos comercialmente razonables para fabricar y mantener un inventario suficiente de las Mercaderías para cumplir con sus obligaciones contempladas en este contrato, pero podrá [luego de consultar con el Distribuidor – suprimir si no es apropiado] discontinuar la fabricación de todo o cualquiera de las Mercaderías, en cuyo caso el Proveedor dará al Distribuidor [treinta (30) días – especificar cualquier otro periodo] de previo aviso por escrito de la discontinuación, y el Proveedor cumplirá con todas sus órdenes pendientes de entrega de Mercaderías en cuestión que sean ordenadas por el Distribuidor antes de la fecha del aviso.” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 109. Al respecto me parece importante señalar que el contrato modelo adopta el criterio del esfuerzo razonable a lo largo de todo su clausulado y hay que tomar en consideración que existe una diferencia entre realizar un mejor esfuerzo y un esfuerzo razonable. Con los mejores esfuerzos, el costo no es normalmente un factor material, mientras que, con esfuerzos razonables los asuntos financieros de las empresas pueden tenerse en cuenta al

le permitan sus esfuerzos razonables. Es decir, las obligaciones del proveedor de entregar las mercancías y de mantener los inventarios suficientes para que después el distribuidor pueda llevar a cabo la finalidad del contrato, las contrae dentro de lo que *razonablemente* pueda hacerlo¹⁵⁶. Y por si ello no fuera suficiente, previa consulta opcional con el distribuidor podría discontinuar ya sea algunas mercancías o todas, eso sí, asumiendo la responsabilidad de cubrir todos los pedidos previos a la discontinuación.

Claramente este apartado le está dando una amplia discrecionalidad al proveedor, valiéndose para ello de combinar convenientemente a su favor las reglas del contrato de distribución con las de las compraventas amparadas en la distribución.

La balanza se sigue inclinando en favor del proveedor sobre todo en los siguientes tres apartados, en virtud de los cuales, si los pedidos del distribuidor exceden la capacidad del proveedor, basta con que se lo notifique así al distribuidor para quedar libre de responsabilidad, en cuyo caso el distribuidor queda facultado para adquirir las mercancías de cualquier otra persona.

Me parece que con esto no se está respetando la exclusividad, que tal y como ya se vio, es un elemento esencial y por lo tanto obligatorio, y según el contrato, para que el proveedor falte a tal exclusividad basta contar con los ya mencionados

decidir qué es razonable, con lo cual puede decirse que entonces hay un elemento subjetivo a la hora de determinar lo razonable, dentro de lo cual pueden incluirse cuestiones como el equilibrio con los propios intereses comerciales de la parte ejecutante, su propia situación financiera, costos, etcétera. Cfr. Rubeiro, Robert, *Commercial contracts, drafting techniques and precedents*, Londres, Thorogood Publishing, 2005, pp. 20.21.

¹⁵⁶ En mi opinión, el incumplimiento debe determinarse por criterios objetivos que vendrían fijados por la afectación que se le esté provocando a la otra parte. De hecho, el contenido de este criterio de razonabilidad que está presente en el contrato se explica muy bien en palabras de Hesselink, quien especifica que para valorar lo que es razonable, hay que tomar en cuenta la naturaleza y fines del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del oficio o profesión de que se trate. Cfr. Hesselink, Martijn W., *et al.*, *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2006, p. 289.

criterios de razonabilidad¹⁵⁷. Sin embargo, el contrato se equilibra considerando que la obligación de comprar, al igual que la de vender, es también una obligación de hacer.

Aquí entra en escena la distribución cruzada y es el elemento que complica el contrato pues genera relaciones horizontales dentro de la llamada verticalidad que une al proveedor con el distribuidor. Pero en realidad no tendría que ser una complicación si se entiende que la distribución une al proveedor con sus distribuidores a través de los diferentes contratos de distribución que firme con cada uno de ellos. La doctrina en cambio considera que el contrato de distribución implica a todas estas relaciones dentro de un solo contrato¹⁵⁸, con lo cual se vuelve difícil legislarlo dada la complejidad de todos los escenarios posibles que así pretenden abarcarse.

Es por tal motivo que sostengo que la exclusividad es un elemento esencial y no es negociable, pues de esa manera se confirma que, si se van a generar relaciones horizontales entre los diferentes distribuidores, tendrán que ser al amparo de los respectivos contratos de distribución que el proveedor celebre con cada uno de ellos. La multiplicidad de contratos de distribución no excluye el hecho de que todos pertenezcan a una misma red.

3. La obligación del distribuidor de comercializar y promover las mercancías

Es importante señalar que el objeto del contrato de distribución es tanto la comercialización, como la compraventa que haga el distribuidor al proveedor, aspecto sobre el que la doctrina no se pone de acuerdo. Tal es el caso de Haila cuando señala que: *“El contrato de distribución no tiene como objeto la promoción*

¹⁵⁷ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 110.

¹⁵⁸ En este sentido ya se citó ampliamente a autores como Jarne Muñoz.

*de ventas, sino la compraventa.*¹⁵⁹ Podría considerarse grave que ni siquiera haya consenso en lo más elemental del contrato, esto es, su objeto.

Primero, creo que es necesario definir en qué consiste la actividad de comercialización, y el tema lo abordo con toda atención en el capítulo cuarto pues es de relevancia para redondear mi propuesta de naturaleza jurídica del contrato, sin embargo, se puede adelantar que comercializar es un término muy amplio, mucho más amplio que la mera compraventa, pues abarca:

- a. Realización de actividades comerciales que encauzan el flujo de mercancías y servicios desde el productor hasta el consumidor o usuario.*
- b. Realización de actividades comerciales que dirigen el flujo de mercancías y servicios del productor al consumidor o usuario, a fin de satisfacer al máximo a estos y lograr los objetivos de la empresa.*
- c. Suma de todos los esfuerzos que se llevan a cabo para la transferencia de propiedad de mercancías y servicios y que proporcionan su distribución física*¹⁶⁰.

La obligación tan característica del distribuidor de promocionar las mercancías y comercializarlas sí forma parte del objeto del contrato, además de ser uno de los factores que lo dotan de características muy propias ya que en verdad su actividad puede llegar a ser muy amplia.

Es fundamental tomar en cuenta esa amplitud pues será lo que permita delimitar las obligaciones del distribuidor dentro del contrato sin que se generen

¹⁵⁹ Haila, Izaias, Fonseca de Macedo, *La aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías a los contratos de distribución*, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, 2017, p. 72.

¹⁶⁰ Vergara Cortina, Néstor, *Marketing y comercialización internacional*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2012, pp. 227-228.

desequilibrios y es que no puede perderse de vista que el distribuidor trabaja sobre un mercado que está compuesto no solamente por compradores –entendidos como la última etapa del proceso de compra– sino también por consumidores que dentro del proceso son aquellos que no necesariamente llegan a comprar los productos pues no todos los procesos de decisión conducen a una compra¹⁶¹; conceptos distintos sobre los que incide –y se espera que incida– la actividad del distribuidor¹⁶².

Pasemos ahora a analizar la obligación de comercializar que realizará el distribuidor entre sus clientes, contemplada en la cláusula séptima¹⁶³ del contrato

¹⁶¹ Cfr. Pérez Rodríguez, María Dolores (coord.), *Implantación de espacios comerciales*, 2a. Edición, Málaga, Editorial ICB, 2014, p. 48.

¹⁶² Esta amplitud de obligaciones que asume el distribuidor es justamente lo que hace que se caiga en desequilibrios contractuales por tal motivo.

¹⁶³ “7. Distribución de las Mercaderías 7.1 El Distribuidor pondrá todos sus esfuerzos comercialmente razonables en promover, comercializar y distribuir las Mercaderías a lo largo del Territorio. 7.2 El Distribuidor pondrá todo su esfuerzo comercial razonable en distribuir la compraventa de Mercaderías de acuerdo con el Plan de Negocios para la comercialización y venta de las Mercaderías (el “Plan de Negocios”), siendo el primer Plan de Negocios el que se incluye como anexo a este contrato. El Distribuidor actualizará el Plan de Negocios anualmente, y en tanto no se actualice el Plan de Negocios del año anterior a éste seguirá aplicando. 7.3 En relación con la promoción, comercialización y venta de las Mercaderías el Distribuidor deberá: 7.3.1 Dejar en claro en todas las operaciones con clientes y prospectos de clientes de que está actuando como Distribuidor de las Mercaderías y no como agente del Proveedor; 7.3.2 Cumplir con todas las disposiciones legales aplicables; 7.3.3 (Sujeto al Artículo 3.10) mantener el nivel de inventario de Mercaderías necesario para cubrir los requerimientos de los clientes; 7.3.4 Mantener todos los inventarios de las Mercaderías que tenga en condiciones apropiadas para su almacenaje y proporcionará seguridad adecuada para las Mercaderías; 7.3.5 Asegurar a su propia costa con una compañía aseguradora fiable todos los inventarios de Mercaderías que tenga, por aquellos riesgos en contra de los cuales normalmente asegurarían comerciantes prudentes por lo menos hasta el valor reemplazo, y exhibirá a petición del Proveedor información de este seguro y el recibo actualizado de la prima; 7.3.6 [Proporcionar al Proveedor copias de sus listas de precios actualizadas –suprimir si no es aplicable.] [Comentario: Las Partes deberán tomar en cuenta que en algunos sistemas legales disposiciones como estas pueden tener implicaciones legales en materia de competencia económica.] 7.3.7 Proporcionar al Proveedor a su solicitud con copias de panfletos, catálogos, manuales u otros materiales de promoción usados por el Distribuidor con relación a las Mercaderías; 7.3.8 Usar con relación a las Mercaderías solo los materiales publicitarios, promocionales y de mercadotecnia que sean aprobados por escrito por el Proveedor; 7.3.9 Observar todas las direcciones e instrucciones que el Proveedor le entregue razonablemente respecto a la promoción y mercadotecnia de las Mercaderías, y no hará ninguna afirmación escrita u oral respecto de la calidad o adecuación de las Mercaderías sin el previo consentimiento por escrito del Proveedor; 7.3.10 Emplear un número suficiente de personal debidamente calificado para cumplir con sus obligaciones conforme a este contrato; y 7.3.11 Proporcionar un servicio posventa y de mantenimiento para los clientes respecto a las Mercaderías a la satisfacción razonable del Proveedor durante la Vigencia y por un periodo de [seis (6) meses – especificar cualquier otro periodo] luego de la terminación de este contrato. 7.4 El Distribuidor: 7.4.1 Mantendrá libros completos y apropiados de todos los registros que reflejen claramente toda la información, cotizaciones, operaciones y proceder respecto de las Mercaderías,

modelo, siempre de acuerdo con un plan de negocios aprobado por ambas partes y que supone diversas obligaciones de hacer, como organizar eventos, hacer propaganda, presentaciones y pagar dinero a los proveedores; es decir, la labor del distribuidor no se limita a vender las mercancías entre sus clientes, sino que incluye promocionarlas y comercializarlas, conceptos que hay que analizar antes de pasar a las ventas que realiza.

La comercialización es una actividad de marketing que en verdad puede resultar muy amplia, además de que ya quedó señalado en párrafos anteriores que el distribuidor debe poner su mejor esfuerzo para lograr los fines del contrato. Dentro de la comercialización entonces, podemos incluir actividades tales como *“realizar estudios y actividades mercantiles que dirigen el flujo de los bienes y los servicios del productor o fabricante al consumidor o usuarios [...]; tiene por finalidad “satisfacer” necesidades o deseos y lograr objetivos comerciales de la empresa.”*¹⁶⁴

También me parece muy pertinente el significado de *mercadotecnia*, pues aclarar estos términos sirve para dar contenido a estas obligaciones a cargo del

que permitan al Proveedor, con un aviso anticipado, acceder a sus cuentas y registros relativos a las Mercaderías para fines de su inspección; 7.4.2 Proporcionar mensualmente al Proveedor un informe, en la forma que el Proveedor pueda razonablemente requerir, de todas las ventas de las Mercaderías que ha efectuado en el mes previo y que contendrá aquella información que el Proveedor pueda razonablemente requerir; 7.4.3 Informará al Proveedor inmediatamente de cualquier cambio en la propiedad o control del Distribuidor o de cualquier cambio en su organización o método de hacer negocios que pueda afectar el desempeño de los deberes del Distribuidor y de cualquier otro cambio en su organización o método de hacer negocios que pueda afectar el desempeño de las obligaciones del Distribuidor conforme a este contrato; y 7.4.4 Consultar con los representantes del Proveedor de vez en cuando para valorar el estado del Mercado en el Territorio, y permitirles a ellos inspeccionar las instalaciones utilizadas por el Distribuidor con relación a la venta de las Mercaderías. 7.5 El Distribuidor desempeñará sus obligaciones relativas a la mercadotecnia, promoción y venta de las Mercaderías y la prestación de servicios posventa y mantenimiento a su propia costa y con toda la debida habilidad, cuidado y diligencia, y en todo momento actuará hacia el Proveedor diligentemente y de buena fe en todos aquellos asuntos relacionados a este contrato. 7.6 [Opción 1: Aportación del Proveedor hacia la mercadotecnia “El Proveedor durante cada [año – especificar cualquier otro periodo] de la Vigencia gastará no menos que [especificar monto] en mercadotecnia y promoción de las Mercaderías en el Territorio.”.] [Opción 2: Aportación del Distribuidor hacia la mercadotecnia “El Distribuidor durante cada [año – especificar cualquier otro periodo] de la Vigencia gastará no menos que la cantidad especificada en el Plan de Negocios para ese [año – especificar cualquier otro periodo] en mercadotecnia y promoción de las Mercaderías en el Territorio.”.]” Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., p. 113.

¹⁶⁴ Greco, Orlando, *Diccionario de comercio exterior*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2009, p. 153.

distribuidor: *“MERCADOTECNIA: sistema global de actividades de negocios proyectado para planear, establecer precio, promover y distribuir algo de valor, bienes y servicios, que satisfagan deseos para beneficio del mercado, es decir, para los consumidores o los clientes actuales y potenciales.”*¹⁶⁵

Entonces, la labor del distribuidor consiste en materia de comercialización, en planear actividades de negocios tomando en cuenta factores tan amplios como el gusto y las necesidades de los clientes o realizar todo tipo de estudios comerciales y de mercado.

Este último detalle apoya mi posición con respecto a que el precio final al que venderá el distribuidor a sus clientes –que identifico como precio de comercialización para diferenciarlo del precio de compra al que adquiere los productos del proveedor– puede estar definido en el contrato o bien dejado a la libre decisión del distribuidor si es que cuenta para ello con el consentimiento del proveedor, para lo cual cabe señalar que solo el proveedor conoce los costos involucrados en sus productos y solo el distribuidor conoce todos los factores que influyen a la hora de determinar los precios en el mercado, tales como modas, presiones políticas, conflictos bélicos, especulación, fenómenos naturales, desequilibrio de mercados financieros, cambios tecnológicos, competencia de sectores y productos¹⁶⁶.

La fijación del precio de comercialización final implica dificultades, pues han de tomarse en cuenta todos los aspectos que ya señalé derivados del mercado que domina el distribuidor y fundirlos con todas las indicaciones adicionales proporcionadas por el proveedor. Labor nada sencilla, sin lugar a duda, y que obedece a muy diversas razones de costos y mercadotecnia.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 157.

¹⁶⁶ Cfr. Casanova Montero, Alfonso Rafael y Zuaznábar Morales, Ismael Ricardo, *El comercio internacional: teorías y políticas*, Ecuador, Universo Sur, 2018, p. 97.

Estas indicaciones adicionales del proveedor están contenidas de manera opcional¹⁶⁷ en la cláusula 7.6 ya transcrita en la que se señala que el proveedor también podrá aportar en materia de mercadotecnia y promoción de las Mercancías en el área comercial respectiva.

La labor de comercialización es crucial en el contrato pues de tal actividad deriva precisamente la creación de una lealtad de clientela a partir de desarrollar un verdadero vínculo entre los productos y los clientes finales y este es un aspecto adicional que también me lleva a concluir que el contrato de distribución internacional no es un contrato marco porque tiene características esenciales y propias que lo diferencian de otros contratos de comercio internacional, a pesar de que sí tiene la característica de que puede originar otros contratos entre proveedor y distribuidor, que permitan su perfeccionamiento.

Tal es el caso de las múltiples compraventas que celebran y que ya quedaron comentadas. Este aspecto lo comenta Javier Arce Gargollo al afirmar que la distribución ofrece la oportunidad de incluir subcontratos¹⁶⁸ restringidos a la zona geográfica exclusiva y siempre y cuando no vayan más allá de los límites del contrato de distribución, por ser éste el contrato base¹⁶⁹, así como también señala que la franquicia y la distribución son contratos diferentes que se asemejan en que en ambos hay una importante cercanía entre las partes:

Los contratos de franquicia se diferencian de los de distribución a pesar de que en los supuestos de franquicia de distribución existe notable proximidad,

¹⁶⁷ Tomando en consideración la independencia jurídica del distribuidor, me parece correcto que este punto se maneje de manera opcional, pues se le otorga así también una independencia *de facto*.

¹⁶⁸ Puede ser que el contrato de distribución prevea que el distribuidor pueda hacer contratos de distribución con empresas en su territorio, pero estos contratos son entre el distribuidor, que actúa en calidad de proveedor, con sus propios distribuidores, que no adquieren una relación con el proveedor original. Me parece que el hacer estos contratos es parte de la libertad que tiene el distribuidor para realizar la comercialización, de modo que lo puede hacer, aunque nada diga el contrato. Pero el contrato puede disponer que el distribuidor no celebre contratos de sub-distribución sin la autorización del proveedor.

¹⁶⁹ Cfr. Arce Gargollo, Javier, "Los contratos de agencia...", *cit.*

*por establecer una integración más intensa entre las partes, así como la particular relevancia que reviste en la franquicia el suministro de asistencia técnica y la transmisión de los derechos de propiedad industrial y know how, para hacer posible la explotación de una concepción empresarial en su conjunto*¹⁷⁰.

Además de las compraventas y los correspondientes suministros, también puede haber cláusulas propias de una franquicia entre las partes, tales como la obligación de apoyo y entrenamiento a cargo del proveedor contenida en la cláusula octava del contrato modelo¹⁷¹ cuyo contenido es propio de una franquicia, pero no debe quedar limitado a las obligaciones propias de tal figura.

Con respecto a la fijación del precio al que el distribuidor comercializará las mercancías, ya señalé que debe ser una facultad que corresponde a ambas partes a pesar de que el contrato no lo establece; tampoco es una cuestión que le competa enteramente al proveedor. Es decir, se trata de un elemento fundamental del contrato de distribución que debe ser convenido por ambas partes, que pueden

¹⁷⁰ *Idem.*

¹⁷¹ “8. Apoyo y capacitación 8.1 El Proveedor de vez en cuando proporcionará al Distribuidor [sin costo – suprimir si no es apropiado] muestras razonables de las Mercaderías, y los folletos, catálogos y manuales e información promocional actualizada respecto de las Mercaderías como el Proveedor pueda considerar apropiado o como el Distribuidor pueda razonablemente solicitar, para auxiliar al Distribuidor con la venta de las Mercaderías en el Territorio. 8.2 El Proveedor procurará por todos los medios para responder como sea factible cualquier pregunta técnica respecto las Mercaderías que se hagan por el Distribuidor o sus clientes, y proporcionará al Distribuidor con apoyo respecto a cualquier Mercadería defectuosa. [Opción: “8.3 Durante el primer año de Vigencia: 8.3.1 El Proveedor pondrá a disposición del Distribuidor (en el momento a ser acordado y hasta por [especificar el número] días laborables) los servicios de un empleado debidamente capacitado del Proveedor para auxiliar al Distribuidor en la mercadotecnia de las Mercaderías; y 8.3.2 El Distribuidor podrá enviar al establecimiento del Proveedor (en el momento a ser acordado por las partes y hasta por [especificar número] días laborables) hasta [especificar número] empleados del Distribuidor debidamente calificados para recibir entrenamiento por el Proveedor respecto de las Mercaderías y su mercadotecnia – suprimir si no es apropiado.”] 8.4 El Distribuidor: 8.4.1 Reembolsará al Proveedor por los gastos de traslado, hospedaje y otros gastos razonablemente incurridos por los empleados del Proveedor al proporcionar esos servicios; y 8.4.2 Responderá por los salarios y otros costos de empleo, gastos de traslado, hospedaje y otros gastos incurridos por empleados del Distribuidor que sean enviados al establecimiento del Proveedor.” [Suprimir si no es apropiado.]” Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., p. 115.

acordar que lo fije el proveedor o que lo fije el distribuidor, pero siempre en el entendido de que debe existir un acuerdo al respecto.

Si bien es cierto, de conformidad con la lectura íntegra del contrato modelo, que el precio no lo fija unilateralmente el proveedor, tampoco lo fija solo el distribuidor, sino que debe pactarse de común acuerdo en el plan de negocios.

En tal sentido, me llamó la atención a lo largo de mi investigación que a pesar de que el contrato no establece expresamente en ninguna de sus cláusulas que el precio final de venta a los clientes consumidores lo fije unilateralmente el proveedor o el distribuidor, hay textos que así lo interpretan, y me parece que de forma en extremo incorrecta: “[el] concesionario se compromete a vender en el precio fijado por el concedente [...]”¹⁷²

Asimismo, hay autores que le dan esa facultad al distribuidor, cuando en realidad es algo que pactan las partes de común acuerdo en el plan de negocios: “El distribuidor actúa por su propia cuenta y compra en firme para revender, estableciendo sus propios precios.”¹⁷³

La falta de libertad que tienen ambas partes para fijar cada una por sí sola el precio final al que se comercializarán las mercancías en el territorio se debe a que a ambas partes les conviene fijar un precio de venta al público que sea competitivo¹⁷⁴ y esa característica requiere la aprobación de ambos ya que el

¹⁷² Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*, 11a. Edición, México, IURE, 2017, p. 575. Hago la aclaración además de que Díaz Bravo se está refiriendo como concesión, en realidad al contrato de distribución, uniéndose a los autores que, en lugar de brindar claridad, más bien contribuyen a la confusión.

¹⁷³ Aznar Santiago, Juan Antonio, *et al.*, *op. cit.*, p. 219. En el mismo sentido: “La elección de compradores, la promoción de ventas, la fijación de precios y el servicio a los clientes son responsabilidad del distribuidor.” Caballero Sánchez de Puerta, Pilar, *op. cit.*, p. 226.

¹⁷⁴ Palabra importante porque marca la naturaleza de ese precio, misma que es esencial en este contrato y que tomo prestada de: Cfr. Ladrón de Guevara, Miguel Ángel, *op. cit.*, p.137.

proveedor conoce bien la calidad y costo de su mercancía y el distribuidor conoce bien el mercado donde la va a vender.

Entonces, el distribuidor es independiente, independencia que no excluye la validez de un cierto nivel de supervisión por parte del proveedor.

Es decir, el proveedor puede limitar hasta cierto punto la libertad del distribuidor, quien al mismo tiempo no deja de actuar en nombre y por cuenta propia, pero en el entendido de que su independencia radica en que es libre de aceptar o no los términos del plan de negocios incluido en el contrato.

Comercializar y promover las mercancías de acuerdo con un plan de negocios aprobado por ambas partes supone diversas obligaciones de hacer que ya vimos que pueden ser muy amplias, y destaco a continuación la promoción, actividad que se traduce por ejemplo en la organización de eventos o hacer propaganda y presentaciones¹⁷⁵; pero el contrato podría fácilmente desequilibrarse si el poder de supervisión que tiene el proveedor sobre estas actividades fuera excesivo y pudiera eliminar la mencionada independencia del distribuidor, independencia que debe mantenerse dentro de un plano de interdependencia.

No hay que olvidar que uno de los objetivos del proveedor, y que se logra muy bien con el contrato de distribución, es poder asegurarse de que sus mercancías serán distribuidas de la mejor manera que reafirme el prestigio de sus marcas y productos en el territorio en el que el distribuidor lleva a cabo sus actividades comerciales. Tan es así, que a pesar de que no fija unilateralmente el precio de venta final a los clientes del distribuidor, sí que tiene manera de influir en él de múltiples maneras, a saber, formular recomendaciones de precios mínimos y máximos, mediante el otorgamiento de descuentos.

¹⁷⁵ En tal sentido las cláusulas 7.5 y 7.6 ya transcritas.

Así, tenemos que la fijación del precio final es algo que debe convenirse, aunque es difícil determinarlo y a ello concurren múltiples factores; ¿cómo señalar de antemano el precio de venta si los mercados padecen grandes fluctuaciones?

Además, el elemento de las compras mínimas también influye, pues dadas estas fluctuaciones del mercado, el distribuidor tendrá mayores o menores posibilidades de cumplir con la distribución y por ello debe tener mayor discrecionalidad a la hora de fijar esos precios finales, pero al mismo tiempo deberá tomar en cuenta también la intervención que haga en tal sentido el proveedor pues los descuentos que este último le haga, también influyen en el resultado final dada la gran pluralidad de reducciones que el proveedor puede ofrecer tales como descuentos por históricos de ventas, descuentos por volumen de pedidos, descuentos por pronto pago o descuentos por asumir responsabilidad por defectos de mercancía¹⁷⁶ por mencionar solamente algunas.

Otro punto para tomar en cuenta es señalado por la doctrina en el sentido de que, si bien es cierto que el proveedor no fija unilateralmente el precio de venta final, sí puede señalar límites máximos¹⁷⁷, pues estos límites influyen en la imagen de sus marcas a pesar de lo cual debe entenderse que no puede decidir sobre un límite de precios mínimos dadas las restricciones concurrenciales que esto provoca¹⁷⁸.

A modo de resumen, la fijación del precio final es una actividad que emana de la obligación de *facere* a cargo del distribuidor de comercializar las mercancías y a pesar de que pudiera pensarse que es una facultad que debería otorgarse en mayor medida a la discrecionalidad del distribuidor, en realidad tenemos que en la

¹⁷⁶ Cfr. Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 183.

¹⁷⁷ Principio aportado por la jurisprudencia francesa, que señala que para mantener estable el precio al consumidor y permitir que distribuidores y proveedores puedan realizar una renegociación del reparto de sus márgenes de ganancia respectivos, se pueda señalar un límite máximo de venta. Cfr. Fajardo Fernández, Javier, *op. cit.*, p. 1758.

¹⁷⁸ Cfr. Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 98.

práctica no depende exclusivamente de él ya que entran en juego factores múltiples que influyen en tal decisión.

Entre estos factores se encuentran, de manera enunciativa pero no limitativa, las incertezas de los mercados, las múltiples formas de descuentos que el proveedor le puede otorgar en los precios de aprovisionamiento inicial y la manera en que una fijación unilateral el distribuidor en los precios máximos de venta final inciden en la imagen marcaria del proveedor y los mínimos inciden en las restricciones comerciales.

Hay que tomar tales factores como contingencias propias del comercio pero que sí se pueden solventar con un contrato equilibrado, y no caer así en la idea de que la existencia de intermediarios en un canal de distribución es un inconveniente dada la manera en que los distribuidores pueden repercutir en los precios de venta final¹⁷⁹.

Un contrato equilibrado, a mi parecer, debe incluir la facultad del distribuidor de añadir con la mayor libertad posible, pero sin eludir completamente la intervención del proveedor, un margen de beneficio calculado sobre el precio al que adquiere los productos del proveedor¹⁸⁰.

Dentro de las actividades de comercializar y promover, tenemos que es un rubro que marca confusiones doctrinales pues abarca actividades muy amplias, tales como la obligación a cargo del distribuidor de ofrecer un servicio de posventa a sus clientes si así fuere necesario, servicio que aparece contemplado en la cláusula 7.3.11 del contrato modelo ya transcrita, la cual no señala con precisión qué debe entenderse por servicio de posventa pues se limita a imponer tal

¹⁷⁹ Cfr. Rivera Camino, Jaime, *Marketing internacional*, Lima, Pearson Educación, 2017, p. 655.

¹⁸⁰ En la práctica, el proveedor suele suministrar al distribuidor unas tarifas de referencia, y este fijará sus precios según la política empresarial que lleve en la dirección de su empresa. Cfr. Ortega Giménez, Alfonso, *op. cit.*, p. 7.

obligación a cargo del distribuidor¹⁸¹.

Tal cláusula debería definir qué implican esos servicios de posventa con la finalidad de eliminar las confusiones mencionadas, ya que para un sector de la doctrina el distribuidor no presta estos servicios, posición con la que difiero ya que en la práctica el distribuidor sí lo hace, tan es así que el modelo de contrato que se analiza los contempla en la cláusula señalada.

No obstante, destaca por ejemplo el criterio contrario de León Tovar, cuando señala que el distribuidor “[...] *no presta servicios de reparación o garantías al consumidor [...]*”¹⁸²

Mientras que, según Cervantes Ahumada, el distribuidor “[g]eneralmente *tiene las obligaciones de promover las ventas, de dar a clientela servicio con posterioridad de ventas [...]*”¹⁸³

Este detalle relacionado con los servicios de posventa es muy importante aclararlo ya que es uno de los factores que determinan que el distribuidor sea mucho más que un mero mayorista o minorista tal y como analizo a profundidad más adelante.

Tal servicio de posventa, toda vez que forma parte de la obligación de comercializar entendida como todo lo relacionado con poner la mercancía en el mercado y acreditarla como una buena mercancía, debería señalarse de manera mucho más específica en el clausulado del contrato con la finalidad de facilitar su exigibilidad.

¹⁸¹ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 114.

¹⁸² León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, *cit.*, p. 365.

¹⁸³ Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho mercantil: primer curso*, México, Editorial Porrúa, 2000, p. 549.

Hay que tomar en cuenta la gran importancia que tiene el servicio de posventa para lograr una cartera de clientes leales –y por lo tanto clientes de compras frecuentes– satisfechos e identificados con la marca comercializada, lo cual va desde que se sientan a gusto hasta que los propios clientes lleven a cabo ciertas recomendaciones dentro de sus círculos de amistades con lo cual se aseguran compras regulares y repetidas; esto acredita todos los esfuerzos que debe llevar a cabo el distribuidor pues la posventa en realidad se trata de actuar sobre la tentación de los clientes de probar cosas diferentes en sus compras futuras¹⁸⁴.

Todo esto es destacable ya que implica que las obligaciones del distribuidor no finalizan con la venta realizada entre sus clientes, sino que van más allá: *“El servicio de posventa consiste en un tipo de servicio al cliente que se brinda una vez que ha realizado la compra.”*¹⁸⁵

Cabe señalar que la ya también transcrita cláusula 7.3.8¹⁸⁶ contiene otra característica propia del fin conjunto que persigue con el proveedor al establecer que, en sus labores de promoción, el distribuidor usará solamente aquellos materiales publicitarios que previamente hayan sido aprobados por escrito por el proveedor.

Estimo que tal cláusula debería ser más específica y delimitar lo más posible lo que esto implica, con la finalidad de señalar con precisión las obligaciones del distribuidor. Se justifica que el servicio de posventa lo preste el distribuidor por ser la parte en contacto con los clientes y sus necesidades respectivas y tal servicio podría consistir en hacerse cargo de reclamaciones, reparaciones, mantenimiento, repuestos, soporte técnico y ayuda, a pesar de lo cual también puede fungir como el encargado de hacer llegar tales casos al proveedor para que él los solucione¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cfr. Izquierdo Carrasco, Francisco Alfonso, *Atención al cliente en el proceso comercial*, Antequera, IC Editorial, Málaga, 2019, p.129.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 130.

¹⁸⁶ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁷ Cfr. Rivera Camino, Jaime, *op. cit.*, p. 652.

Tal servicio de posventa, en parte, puede ser resultado de la obligación que tiene el distribuidor de responder por la calidad de las mercancías a sus compradores; esta obligación no deriva del contrato de distribución, sino de la venta; pero puede el contrato de distribución fijar una mayor responsabilidad del distribuidor.

La obligación del distribuidor de comercializar es un *facere* y, por lo tanto, no está obligado a un resultado concreto sino única y exclusivamente a hacer su mejor esfuerzo para promover, comercializar y distribuir la venta de las mercaderías en su área comercial tal y como lo señala el propio contrato modelo en las cláusulas 7.1 y 7.2 que ya quedaron debidamente transcritas¹⁸⁸.

Por ello, difiero del criterio de León Tovar cuando señala que “[...] *el distribuidor asume la obligación de adquirir, comercializar **y vender**, a nombre o cuenta propia, los productos que adquiere del fabricante [...]*”¹⁸⁹ y es una interrogante la que me lleva a tal diferencia: ¿cuál es el objeto del contrato, la compraventa o la comercialización? Definitivamente considero que es la comercialización y no la venta, ya que su labor es poner su mejor esfuerzo para posicionar los productos en el territorio, pero no está obligado a vender porque precisamente corre con el riesgo de no poder dar salida a las mercancías y tener entonces que mantenerlas almacenadas con todo el costo que esto implica y que corre por su propia cuenta.

El distribuidor no puede obligarse a una actividad que de antemano las partes no saben si podrá cumplirse o no y tan es así que por ello se hace uso de las llamadas *best effort clauses* en el texto original en inglés del contrato modelo, concepto que ya quedó debidamente analizado¹⁹⁰.

¹⁸⁸ En específico la cláusula 7.2 hace referencia a que el distribuidor tiene a su cargo una obligación de hacer, mas no está obligado a resultados.

¹⁸⁹ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 365. El énfasis añadido es propio.

¹⁹⁰ Ver supra N° 243.

De hecho, me atrevo a señalar lo que considero una contradicción en el texto de León Tovar, pues si fuera cierto que el distribuidor está obligado a vender, entonces no podría tomársele como un colaborador del proveedor sino que sería un subordinado, pues quien colabora no está obligado sino a poner su razonable esfuerzo mas no a obtener resultados que no dependen del todo de él y la autora entiende el contrato como un contrato de colaboración: *“Es un negocio de colaboración porque el distribuidor colabora de manera independiente con el fabricante para vender sus productos, generar nuevos canales de distribución, posicionar en el mercado su marca y sus productos, así como obtener nueva clientela [...]*”¹⁹¹ Entonces ¿colabora con el fabricante para vender o se obliga al resultado de vender? Considero que hay una diferencia importante y tal diferencia repercute en la naturaleza jurídica del contrato, la cual defino en el capítulo cuarto de esta investigación.

Lo anterior me lleva a la cláusula 3.10.2, pues su redacción es un tanto confusa e incluso podría decirse que contradictoria, al ser analizada desde el punto de vista técnico de las obligaciones. Para una mejor comprensión, la transcribo a continuación:

3.10.2 El Distribuidor tendrá derecho de obtener de cualquier otra persona la cantidad de Mercaderías que el Proveedor fue incapaz de suministrar de conformidad con las órdenes del Distribuidor hasta el momento en que el Proveedor haya dado aviso al Distribuidor por escrito (junto como evidencia de apoyo como el Distribuidor pueda considerar razonable) que estará en capacitado¹⁹² y dispuesto de continuar con el suministro de las Mercaderías

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 366.

¹⁹² Aquí la traducción es imprecisa ya que pienso que *en capacitado* debería sustituirse por *en capacidad*. El texto de la versión en inglés señala lo siguiente: “3.10.2 The Distributor shall be entitled to obtain from any other person such quantity of the Goods as the Supplier is unable to supply in accordance with the Distributor’s orders until such time as the Supplier has given the Distributor written notice (together with such supporting evidence as the Distributor may reasonably require) **that it is able and willing** to resume the supply of the Goods in accordance with the Distributor’s orders and the Distributor has had a reasonable time to terminate any alternative supply arrangements which

*de conformidad con las órdenes del Distribuidor y el Distribuidor hubiera tenido un tiempo razonable para terminar cualquier acuerdo alterno de suministro que pueda tener con cualquier otra persona; [...]*¹⁹³.

La cláusula 3.10.2 transcrita abre una excepción a la obligación del distribuidor de no comprar a persona distinta del proveedor, y señala que la excepción termina, cuando el proveedor avisa que ya puede surtir. Ahora bien, es particularmente confusa ya que, según su redacción, el objeto de la obligación del proveedor de vender al distribuidor entonces debe ser preciso, porque mientras no haya compraventa, la obligación de surtir a su cargo no es estricta. Sin embargo, por otra parte, le está brindando al proveedor cierta flexibilidad ya que en caso de que por cualquier motivo no pudiese surtirle al distribuidor, entonces este último podrá comprarle a cualquier otro sin que ello signifique un incumplimiento por parte del proveedor.

A continuación, analizo el tema del uso de las marcas, que debe ser permitido al distribuidor pues de no ser así se le estaría obstaculizando el cumplimiento de sus obligaciones de comercialización. Tal permiso queda implícito en el contrato y no es necesario incluirlo en la redacción del clausulado.

Este punto me parece que es uno de los más importantes del contrato y que más confusiones genera con respecto a qué implica el uso de una marca y en qué medida puede o no el distribuidor hacer uso de las marcas cuya titularidad le corresponde al proveedor.

¿Qué implica usar una marca? ¿hay o no un contrato de licencia entre el proveedor y el distribuidor? En caso negativo ¿debería haberlo? ¿qué tanto puede hacer el distribuidor con las marcas del proveedor, sin incurrir en infracciones?

it may have made with any other person;" Énfasis añadido. International Trade Centre (ITC), *op. cit.*, p. 101.

¹⁹³ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 110.

Esta última pregunta me parece muy pertinente pues una de las eventualidades que debe enfrentar el distribuidor, por ejemplo, al acudir a una feria, es la de tal vez tener que adaptar las mercancías a las necesidades de potenciales nuevos clientes; y es que si se limita el uso de las marcas al distribuidor no podría incorporar componentes o piezas sueltas a determinados bienes, como puede ser necesario tal vez en el servicio de posventa al cual está obligado.

Usar la marca podría incluir también, por ejemplo, que el distribuidor pueda llevar a cabo actividades que en principio se consideran como reservadas al proveedor, tales como la transformación o la adaptación que requieran ciertas unidades de consumo y que se entiende como una actividad de fraccionamiento propia de la distribución¹⁹⁴, u otras actividades como poner etiquetas en los envoltorios y embalajes, tal y como lo reconoce el propio contrato modelo:

9.3 El Distribuidor se abstendrá de:

*9.3.1 Modificar el empaque de las Mercancías, salvo en la medida que pudiera requerirse de acuerdo con la legislación aplicable; [...]*¹⁹⁵.

De hecho, la Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) 1,983/83 y (CEE) 1,984/83 de la Comisión Europea, del 22 de junio de 1984, relativos a la aplicación del apartado 3 del Artículo 85 del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos de Distribución Exclusiva y de Acuerdos de Compra Exclusiva respectivamente, bien mencionaba que la labor del distribuidor, dentro de lo que implica la comercialización a la que está obligado, puede comprender prestaciones muy diversas tales como toda actividad encaminada a la conservación de las mercancías y pone como ejemplos el transvase de productos, el tratamiento de metales contra la oxidación, la esterilización de productos alimenticios, la adición de

¹⁹⁴ Cfr. González Domínguez, Francisco y Ganaza Vargas, Juan, *op. cit.*, p. 112.

¹⁹⁵ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 116.

colorantes o sustancias aromáticas muy usual en productos farmacéuticos o diluir concentrados en agua o alcohol¹⁹⁶, todo lo cual difícilmente podría realizar el distribuidor en caso de no poder usar las marcas del proveedor.

De todo lo señalado se desprende la gran importancia que tiene, para una óptima comprensión del contrato de distribución, definir con toda precisión y claridad qué significa usar una marca. Pilar Martín Aresti aporta algunos indicios:

La implicación de los signos distintivos en los contratos de distribución comercial se fundamenta en el carácter imprescindible del uso que el distribuidor debe realizar de los signos que distinguen los productos o servicios contractuales para lograr su correcta difusión en el mercado. Salvo que la marca que distingue tales productos o servicios figure registrada a nombre del distribuidor, éste utilizará en esa actividad mercantil una marca ajena cuya titularidad corresponde a su contraparte. En el contexto de la actividad del distribuidor, la utilización por este sujeto de los signos distintivos del [...] que denominaremos proveedor, puede manifestarse no sólo [...] en la reventa de los productos contractuales, sino también en el uso que el distribuidor realiza de tales signos en la

¹⁹⁶ Cfr. De la Fuente, Marta y Echarri, Alberto, *Modelos de contratos internacionales*, 3ª. Edición, Madrid, Fundación Confemetal, 1999. p. 440. La Comunicación relativa a los Reglamentos (CEE) 1,983/83 y (CEE) 1,984/83 de la Comisión Europea, del 22 de junio de 1984, relativos a la aplicación del apartado 3 del Artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva y de acuerdos de compra exclusiva, a que se refiere la autora, se encuentra disponible en línea en el siguiente enlace, mismo que fue consultado para esta investigación con fecha 27 de febrero de 2022: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/de28d2c1-1fd6-491c-be61-70d929894c86/language-es/format-PDF/source-search>. La autora hace referencia exactamente al inciso II apartado 10 que señala lo siguiente: “10. Si el revendedor lleva a cabo prestaciones adicionales para mejorar la calidad, la conservación, el aspecto o el sabor de los productos (por ejemplo, tratamiento de los metales contra la oxidación, esterilización de los productos alimenticios, adición de colorantes o de sustancias aromáticas a los productos farmacéuticos), lo determinante será la importancia de la plusvalía que la transformación o el tratamiento de los productos hayan aportado. Una plusvalía escasa no impedirá que los productos se consideren idénticos desde el punto de vista económico. Tan sólo en función del uso de podrá hacer una evaluación más precisa. Son estos mismos criterios los que seguirá la Comisión para estudiar los acuerdos que obliguen al revendedor a diluir un concentrado entregado por la otra parte en agua, en alcohol puro o en otros líquidos obtener una bebida.”

más amplia actividad de promoción de la comercialización de tales productos o servicios (uso del signo en los documentos mercantiles, en la publicidad, como rótulo de establecimiento etc.). Un uso mínimo y obligado por el distribuidor de los signos distintivos de la contraparte es común a cualquier contrato de distribución, siendo la cuestión de la intensidad de este uso algo que sólo cabe concretar a la vista del contenido del contrato¹⁹⁷.

Por su parte, la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial (en lo sucesivo LFPPI) de nuestro país, desde mayo de 2020, incluye al respecto el siguiente supuesto:

Artículo 175.- El registro de una marca no producirá efecto alguno contra:

[...]

*II.- Cualquier persona que comercialice, distribuya, adquiera o use el producto al que se aplica la marca registrada, luego que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio por el titular de la marca registrada o por la persona a quien le haya concedido licencia*¹⁹⁸.

El Artículo transcrito es esencial para comprender el uso de las marcas en México por parte del distribuidor, ya que de su lectura se infiere que para que el distribuidor pueda usar las marcas del proveedor, no requiere de una licencia.

¹⁹⁷ Martín Aresti, Pilar, *op. cit.*, p. 18. El énfasis añadido es propio ya que del texto transcrito puede inferirse que, para la autora, usar una marca en un contrato de distribución equivale a promover la comercialización y a vender pero considero que usar la marca no es vender la mercancía marcada –vender una mercancía que tiene una marca registrada en mi opinión no es usar la marca– pero sí lo es promocionar la venta de mercancías marcadas, por lo cual, mi postura difiere ligeramente de la de Martín Aresti ya que usar la marca más bien tiene que ver con las labores de promoción y mercadotecnia y no con las de venta.

¹⁹⁸ La Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial mexicana está disponible en línea en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPI_010720.pdf y fue consultada para esta investigación el 27 de febrero de 2022.

Es decir, en México, para que el distribuidor pueda usar las marcas del proveedor –labor que es esencial en la actividad de comercialización en el contrato de distribución– no requiere de una licencia ni de que de alguna forma se compruebe que su actividad de comercialización deriva de que el proveedor esté lícitamente introduciendo las mercaderías en el territorio.

Asimismo, en la legislación europea, y pongo más concretamente el ejemplo de la española, la licencia puede no ser necesaria toda vez que la actividad propia del distribuidor entra bajo el término específico y puntual de *agotamiento de derecho de marca*.

La Ley de Marcas española contiene el mencionado concepto de agotamiento de derecho de marca en virtud del cual el distribuidor puede usar las marcas del proveedor sin necesidad de una previa licencia:

Artículo 36. Agotamiento del derecho de marca.

1. El derecho conferido por el registro de marca no permitirá a su titular prohibir a terceros el uso de la misma para productos comercializados en el Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento¹⁹⁹.

Si bien lo mismo puede inferirse también del Artículo transcrito de la LFPPI mexicana al señalar el caso de que los productos sean introducidos lícitamente en el comercio por el titular de la marca registrada²⁰⁰.

¹⁹⁹ La Ley 17/2001, de 7 de diciembre de marcas española, puede consultarse en línea en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-23093-consolidado.pdf> y fue consultada para esta investigación el 27 de febrero de 2022. De hecho, el citado Artículo 36.1 se refiere a que puede entenderse que el proveedor está introduciendo los productos en el comercio, cuando los entrega al distribuidor para su comercialización. Cfr. Martín Aresti, Pilar, *op. cit.*, p. 24.

²⁰⁰ El hecho de que el distribuidor comercialice los productos adquiridos del proveedor es porque de alguna manera puede interpretarse como si este último, como titular de los derechos marcarios, estuviera introduciendo lícitamente los productos en el comercio.

Del texto transcrito de la Ley española me llamó la atención justo este aspecto de que no se hace referencia a licencia alguna en favor del distribuidor para poder usar las marcas del proveedor, lo cual orientó mi investigación a textos de doctrina española como el de Galán Corona y Carbajo Cascón²⁰¹.

Al respecto, me gustaría señalar que, si bien la doctrina española es más puntual en este sentido que la mexicana, también es extremadamente compartimentada en el entendido de que en los textos jurídicos dedicados al análisis del contrato de distribución internacional no se hace mención a lo que significa para el distribuidor usar una marca, sino que el tema solo aparece en textos muy especializados que abordan el tema de manera íntegra a lo largo de la totalidad de una obra, como el mencionado de Galán Corona, cuando lo que quiero señalar precisamente es que el uso de las marcas es una característica esencial y verdaderamente muy importante del contrato de distribución como factor diferenciador que permite delimitar su naturaleza jurídica para poderlo separar, sin confusión alguna, de otros contratos de comercio internacional en los que los intermediarios comerciales no están capacitados por la naturaleza misma del contrato de que se trate, para usar las marcas de los proveedores.

Aunado a lo anterior, si tomamos en consideración que el contrato de distribución permite entre otras múltiples ventajas que el proveedor posicione su marca en un mercado para él desconocido, la actividad del distribuidor con respecto a las marcas propiedad del proveedor puede ser muy diferente tratándose de un distribuidor mayorista o minorista y por tal motivo expuse en párrafos anteriores la importancia que reviste tomar en cuenta estos aspectos técnicos.

²⁰¹ Cfr. Galán Corona, Eduardo y Carbajo Cascón, Fernando (coords.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011.

Como ya expliqué, en mi postura defiendiendo que el distribuidor sí puede usar las marcas. Es decir, no es requisito para poder usar las marcas del proveedor la existencia de una licencia, ya que estamos ante el supuesto del agotamiento de los derechos marcarios del proveedor en virtud del contrato de distribución mismo, no de un contrato de licencia ni de franquicia.

Para mayor claridad, a modo de resumen de lo expuesto y para facilitar la comprensión de este aspecto, tenemos que el contrato modelo en su cláusula 9.1 permite pactar una distribución exclusiva o no, pacto al amparo del cual el distribuidor podrá usar los derechos de propiedad intelectual del proveedor:

El proveedor concede al distribuidor el derecho exclusivo/no-exclusivo [suprimir como sea apropiado] para usar en el territorio para la promoción, mercadotecnia y venta de las mercaderías las marcas del proveedor que se detallan en el anexo 5 y cualesquier otras marcas usadas por el proveedor con relación a las mercaderías en cualquier momento durante la vigencia que sean notificadas por el distribuidor (las marcas) y cualquier patente, derecho de autor, derecho sobre un diseño o cualquier otro derecho de propiedad intelectual (“propiedad intelectual”) del proveedor, en la medida necesaria para que ejerza sus derechos y cumplir con sus obligaciones derivadas de este contrato²⁰².

Este uso debe comprenderse en términos muy amplios dada la naturaleza propia del contrato, lo cual habrá de entenderse de manera más específica en el sentido de que el distribuidor podrá tanto usar como promover las marcas propiedad del proveedor.

En virtud de lo que por ejemplo en derecho marcario español significa el agotamiento del derecho de marca, tendríamos entonces que el distribuidor, a pesar de que no puede fabricar las mercancías, sí puede efectivamente usar las

²⁰² Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, pp. 115-116.

marcas del proveedor en todo lo que implica su labor de promoción y comercialización; y es que es absurdo limitar el uso de las marcas que en realidad sí lleva a cabo el distribuidor en la práctica y en los términos que significa tal uso y que ya definí en párrafos anteriores, además de que usar la marca no es vender la mercancía marcada, aunque quizá sí lo sea promocionar la venta de las mercancías marcadas. Por ello, me parece que usar la marca tiene que ver con las labores de promoción y de mercadotecnia.

Los ejemplos de este uso de los derechos marcarios son numerosísimos, tales como incluir las marcas en infinidad de diversos documentos mercantiles, en publicidad, en la promoción y comercialización de los productos, e incluso usarlas en los rótulos que identifican los establecimientos del distribuidor o colocarlos en envolturas y embalajes.

Todo ello va mucho más allá de una mera labor de venta, con lo que se acredita que el distribuidor en la práctica sí actúa como si fuera el titular de los derechos marcarios y lo puede hacer dada la naturaleza misma del contrato y sin necesidad de una licencia tal y como ya señalé, pero en el entendido de que el uso que haga de las marcas debe limitarse al territorio sin perder de vista que quizá también se limite si se establece que el proveedor debe autorizar esos actos o medios promocionales.

Justo por ello creo conveniente mencionar que el contrato modelo omitió especificar ese detalle territorial en su cláusula 9.6²⁰³ y es necesario incluirlo de manera específica en todas las cláusulas en las que se hace referencia al uso de

²⁰³ El texto original del Artículo es el siguiente: “9.6 *El distribuidor, a solicitud y expensas del proveedor, tomará todos aquellos pasos que el proveedor pueda razonablemente requerirle para auxiliar al proveedor en conservar la validez y exigibilidad de las marcas u otra propiedad intelectual del proveedor respecto de las mercaderías.*” *Ibidem*, p. 117. Nótese que la misma omisión se encuentra presente también en el original en inglés: “9.6 *The Distributor shall, at the request and expense of the Supplier, take all steps that the Supplier may reasonably require to assist the Supplier in maintaining the validity and enforceability of the Trademarks or any other Intellectual Property of the Supplier in respect of the Goods.*” International Trade Centre (ITC), *op. cit.*, p. 108.

las marcas por tratarse de un derecho tan amplio que sí debe delimitarse en el clausulado.

La cláusula 9.6, por consiguiente, debería quedar redactada de la siguiente manera: 9.6 El distribuidor, a solicitud y expensas del proveedor, tomará todos aquellos pasos que el proveedor pueda razonablemente requerirle para auxiliar al proveedor en conservar la validez y exigibilidad de las marcas²⁰⁴ u otra propiedad intelectual del proveedor respecto de las mercaderías dentro del territorio.

Aquí la cuestión es que el distribuidor tiene la obligación de promover y proteger las marcas del proveedor, y tiene el derecho de usarlas dada la naturaleza tan propia del contrato, sin la necesidad de una licencia como ocurriría por ejemplo con una franquicia, pero siempre de manera específica dentro del territorio.

La naturaleza jurídica entonces, de este derecho a usar las marcas del proveedor, es la de un derecho que deriva de la esencia misma del contrato de distribución y no de una licencia que ni siquiera sería implícita pues me parece que no es necesaria.

Con lo anterior, queda claro entonces que el hecho de que no haya licencia no impide al distribuidor usar legítimamente las marcas del proveedor, pues además de que es un derecho que por ley –como la legislación mexicana o la ya citada Ley de marcas española– emana del agotamiento del derecho de marca del proveedor; también es un actuar congruente y leal a los intereses del proveedor mismo, quien no por nada está obligado a proporcionar toda la ayuda que el distribuidor necesite para la consecución de la distribución, incluidas desde luego todas las instrucciones publicitarias y promocionales y todo el material respectivo.

²⁰⁴ Aunque cabe aclarar que esto no significa usar la marca, sino defenderla.

El uso de la marca es inherente a la comercialización efectiva, tan es así que el distribuidor no nada más se obliga a promocionar, sino que sí puede colocar la marca en envoltorios y embalajes por caer dentro del supuesto del agotamiento de los derechos marcarios, precisamente por tal inherencia.

En tal sentido, pienso que la cláusula 9.5²⁰⁵ del contrato modelo que contiene la celebración de un contrato de licencia entre las partes, debe eliminarse pues tal y como quedó expuesto con anterioridad, de la naturaleza jurídica del contrato deriva el derecho a usar las marcas del proveedor, derecho esencial del contrato y que queda además consagrado en legislaciones mexicana y europea, como la española, a través de la figura del agotamiento de derecho de marca, motivo por el cual no es necesario otorgar una licencia y sin que ello sea un obstáculo para que el distribuidor use las marcas con toda su amplitud en caso de que así sea necesario, pero siempre en el territorio y por el tiempo de vigencia del contrato.

Asimismo, también en apoyo de esta postura tenemos el criterio de la autonomía de la voluntad de las partes, que de alguna manera respalda que el proveedor y el distribuidor son libres de pactar un contrato de distribución que faculta al distribuidor a usar las marcas del proveedor en el territorio comercial en el que ejerce su actividad.

Por último, sobre la obligación de comercializar a cargo del distribuidor, cabe señalar que la vemos reflejada en los Principios UNIDROIT:

²⁰⁵ “9.5 El Distribuidor, a petición y costa del Proveedor, suscribirá un “contrato formal de licencia” para al uso por el Distribuidor de las Marcas o cualquier otra Propiedad Intelectual en el Territorio respecto de las Mercaderías, en la forma que el Proveedor podrá razonablemente requerir, bajo la condición de que las disposiciones de dicha licencia no sean más onerosas o restrictivas que las contenidas en este contrato, y cuando sea apropiado auxiliará al Proveedor en registrar dicha licencia en el Territorio.” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, pp. 116-117.

432. En algunos contratos de distribución, además de la obligación de distribuir las mercaderías, las partes estipulan otras obligaciones, como obligaciones relacionadas con la comercialización, la distribución y el desarrollo de actividades publicitarias o de comercialización de las mercaderías, las cláusulas de no competencia, la asistencia técnica, los derechos de propiedad industrial o intelectual o la obligación de seguir determinadas instrucciones impartidas por el proveedor y, por último, obligaciones de exclusividad (exclusividad de venta o de compra dentro de un territorio determinado o a un determinado grupo de distribuidores o clientes). La obligación de exclusividad puede consistir en la de comprar las mercaderías exclusivamente al proveedor, vender exclusivamente a determinados distribuidores que cumplan ciertos requisitos, o suministrar mercaderías a un solo distribuidor en un territorio o a un determinado grupo de clientes²⁰⁶.

4. La obligación del proveedor de apoyar al distribuidor en su trabajo de comercialización proporcionándole material y capacitación a su personal

Las obligaciones de asistencia contraídas a cargo del proveedor es uno de los aspectos en los que la buena fe contractual se manifiesta en el contrato modelo, concretamente en la cláusula octava que ya quedó transcrita con anterioridad, y de su lectura se infiere que implican únicamente, por una parte, asesorar al distribuidor sobre aspectos de mercadotecnia tales como las diversas maneras de comercializar las mercancías, y por otra, instruirlo en el manejo de la publicidad respectiva, así como proporcionar todo el material necesario para la distribución.

²⁰⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI en sus siglas en español), *Conferencia de La Haya y Unidroit, guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales con énfasis en la compraventa*, Viena, 2021, p. 112. El documento está disponible en línea en el siguiente enlace, que fue consultado con fecha 27 de febrero de 2022: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/20-04610_ebook_spanish.pdf.

En lo personal, sugiero que es importante que la cláusula sea redactada con mayor amplitud pues las obligaciones del proveedor en un contrato de distribución abarcan mucho más que lo señalado; las mencionadas obligaciones se pueden entender como meramente propias de una franquicia, cuando ya comenté que hay diferencias sustanciales entre el contrato de franquicia y el de distribución.

Por tal motivo no ha de considerarse que las obligaciones del proveedor deban limitarse a aquellas propias de una franquicia, sino que debe incluirse también cualquier tipo de ayuda que el proveedor pueda prestar al distribuidor para lograr el fin que beneficia a ambos.

A pesar de tratarse de un contrato en el que ambas partes actúan en aras de un fin que los beneficia a ambos, me parece que tal y como está redactada la cláusula octava del contrato modelo, la obligación de asistencia está limitada a proporcionar muestras, manuales, catálogos, folletos y todo tipo de información promocional sobre las mercancías, así como a brindar asistencia técnica al distribuidor y prestar capacitaciones a través de su personal debidamente calificado.

Debería redactarse con mayor precisión tomando en cuenta que el deber de apoyar y asistir, si no se especifica su contenido, no puede ser jurídicamente exigible. En cambio, si se establece que el proveedor debe entregar tal propaganda cuando lo pida el distribuidor –tal y como la cláusula 8.1 anteriormente transcrita lo señala *“como el distribuidor pueda razonablemente solicitar”*– o prestar esta asistencia técnica perfectamente identificada, esto sí sería jurídicamente exigible.

A diferencia del contrato de franquicia, el contrato de distribución no se limita a la transmisión del *know how* y del material publicitario. El proveedor debe quedar obligado a realizar todo lo que esté a su alcance para apoyar al distribuidor a lograr unos objetivos que benefician a ambos.

En este sentido coincido con Jarne Muñoz cuando señala que:

*Desde el momento en el que la asistencia trae causa de la integración del distribuidor en el sistema creado por el cabeza de red, esta se extenderá sobre todas aquellas cuestiones respecto de las cuales el distribuidor pueda necesitar ayuda al implementar el modelo de negocio transmitido*²⁰⁷.

Pensemos por ejemplo en la ya analizada obligación de hacer que adquiere el distribuidor y que abarca entre otras actividades, organizar eventos y hacer propaganda y presentaciones. Como contrapartida, y con la finalidad de obtener una visión medianamente global de toda la asistencia que en realidad puede y debe prestar el proveedor, el ámbito de ejercicio de tales obligaciones de hacer, en la práctica se encuentra sobre todo en asistir a ferias comerciales internacionales y todo lo que ello implica, esto es, una inversión importante de recursos que incluso puede superar a otras actividades promocionales y que conlleva el potencial peligro de un fracaso²⁰⁸.

Es conveniente tener muy claro todo el trabajo que representa asistir a una feria pues no nada más consiste en promocionar mercancías y obtener nuevos clientes, sino que hay que adicionar actividades tan diversas e importantes como actualizar la información sobre las tendencias del mercado y los competidores, analizar qué tan conveniente es asistir al evento de conformidad con los objetivos del plan de negocios, evaluar la calidad de la feria, sopesar los costos y el diseño y montaje de *stands*, el impacto y la efectividad del evento, la implementación de normas de calidad, y un largo etcétera.

²⁰⁷ Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 67.

²⁰⁸ Estas obligaciones de comercializar y apoyar implican realizar actividades que son en beneficio personal del distribuidor o del proveedor. Si el distribuidor hace una buena labor de comercialización, venderá más en su territorio. Si el proveedor colabora adecuadamente con el distribuidor, podrá venderle más.

Bien lo señala Cerviño cuando especifica que el proceso de preparación operativa para la presencia en una feria internacional involucra tres etapas de desarrollo, a saber, una fase de pre feria en la que debe seleccionarse correctamente el evento cuya participación representa una inversión costosa pues puede implicar un sinnúmero de actividades tales como posibles adaptaciones a realizar en los productos para adecuarlos a las necesidades de nuevos clientes o envío de entradas especiales a nuevos contactos; una segunda fase de participación y trabajo durante la feria con el objetivo de contactar al mayor número de clientes potenciales, atraer visitantes con degustaciones o demostraciones, investigar los *stands* de la competencia para obtener información sobre sus productos y promociones; y una tercera etapa de post feria en la que se deberá dar seguimiento a todo el trabajo realizado, como la evaluación de los contactos establecidos con el envío de correos electrónicos y boletines de novedades²⁰⁹ –con esto último se expone entonces qué tanto es conveniente limitar o no la actividad del distribuidor en internet.

La obligación de apoyar al distribuidor abarca también el tema de las marcas que ya toqué en el punto 3 inmediato anterior, ya que permitir al distribuidor usar sus marcas es absolutamente indispensable para que este último pueda cumplir con sus respectivas obligaciones.

Por ello, se infiere que el distribuidor puede hacer uso de las marcas que promociona con la amplitud que le sea permitida con base en sus necesidades para cumplir con el contrato.

Es decir, se trata de un derecho implícito y esencial en el contrato de distribución y su única limitante sería no abusar de la propiedad industrial del proveedor, con lo cual se entiende que toda actividad marcaría por parte del

²⁰⁹ Cfr. Cerviño, Julio, *Marketing internacional: nuevas perspectivas para un mercado globalizado*, Madrid, Difusora Larousse - Ediciones Pirámide, 2015, pp. 371-372.

distribuidor que no implique ni registrar marcas del proveedor a su nombre ni modificarlas²¹⁰, alterarlas o usarlas para promocionar otros productos diversos a los del proveedor –lo contrario no sería un uso de derechos marcarios sino un abuso de los mismos– le está permitida dada la naturaleza misma del contrato sin que sea ni siquiera necesario, tal y como ya expliqué con anterioridad, otorgar un contrato de licencia.

Toda vez que ya quedó acreditado lo que implica para el distribuidor el hecho de usar una marca sin necesidad de un contrato de licencia, cabe mencionar la cláusula 9.2²¹¹ que precisamente le permite al distribuidor el uso señalado, pero limitando tal libertad mediante la previa aprobación por escrito del proveedor, de manera que se respeta su titularidad sin que ello sea obstáculo para que el distribuidor pueda llevar a cabo sus obligaciones mercadotécnicas y publicitarias.

La cláusula 9.3²¹² siguiente es importante, toda vez que, desde el momento en el que el distribuidor está facultado para usar las marcas del proveedor sin

²¹⁰ En este sentido coincido con Arce Gargollo: *“Usar la marca en la forma pactada. [...] es una obligación que puede llegar a ser muy amplia, pues el uso de una marca implica que el distribuidor no puede variar la marca, el nombre comercial o cualquier otro símbolo o imagen que la mercancía o el fabricante tienen en el mercado. Tales variaciones o modificaciones pueden afectar al fabricante y a otros distribuidores e intermediarios. Esta amplia obligación incluye la prohibición de que el distribuidor registre a su nombre marcas o nombres comerciales del fabricante.”* Arce Gargollo, Javier, *“Los contratos de agencia...”*, cit. El texto de Arce Gargollo es muy claro en cuanto a lo que no puede hacer el distribuidor en materia de marcas.

²¹¹ *“9.2 El Distribuidor se asegurará que en cada referencia y uso que haga de cualquiera de las “Marcas” por el Distribuir de las Mercaderías en cualquier material de publicidad o mercadotecnia o de cualquier otra clase será en la manera aprobada por el Proveedor e incluirá un reconocimiento, en la forma aprobada por el Proveedor, de que es una Marca (o Marca Registrada) del Proveedor.”* Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., p. 116.

²¹² *“9.3 El Distribuidor se abstendrá de: 9.3.1 Modificar el empaque de las Mercaderías, salvo en la medida que pudiera requerirse de acuerdo con la legislación aplicable; 9.3.2 Alterar o remover las cualquiera de las Marcas a las Mercaderías, o los números u otra forma de identificación utilizada o relacionada con las Mercaderías; 9.3.3 Usar las Marcas de manera que pudieran modificarse de cualquier modo sus rasgos distintivos o validez o la buena fama del Proveedor; 9.3.4 Usar cualquier Marcas distintas a las Marcas para las Mercaderías sin obtener la autorización previa y por escrito del Proveedor; 9.3.5 Utilizar en el Territorio cualquiera de las Marcas u otros nombres comerciales que puedan ser similares y puedan causar confusión o engaño; 9.3.6 Usar cualquiera de las Marcas como parte del nombre corporativo o del negocio del Distribuidor; o 9.3.7 Solicitar o registrar como una Marca o como nombre de dominio en el Territorio o en cualquier otro lugar un nombre o marca que sea igual o similar a cualquiera de las Marcas o nombres de dominio del Proveedor, pero si el*

necesidad de un previo contrato de licencia y al amparo de un simple consentimiento por escrito del proveedor, me parece lógico y necesario que se delimite la actividad del distribuidor para evitar abusos.

Así, después de permitírsele al distribuidor el uso marcario que ya quedó señalado, a continuación, se procede a delimitar tal uso con lo que tenemos que el distribuidor no podrá modificar empaques; remover o alterar marcas y cualquier forma de identificación de las mercancías; modificar rasgos distintivos; usar marcas o nombres comerciales que en grado de confusión puedan provocar engaños por similitudes²¹³ y, desde luego, registrar como suyas las marcas del proveedor o cualquiera que sea similar.

Ahora bien, la cláusula 9.3.6 prohíbe al distribuidor usar las marcas como parte de su nombre corporativo o de su negocio. Tal cláusula debería contener la opción de que tal supuesto no incluya el uso de las marcas en los rótulos del negocio, ya que esto último, dada la naturaleza de las obligaciones del distribuidor, es algo que se le debe permitir y hay que especificarlo con toda claridad ya que no se hace mención alguna a tal supuesto a pesar de tratarse de una práctica común²¹⁴.

Más adelante, la cláusula 9.5²¹⁵, definitivamente debería eliminarse en su totalidad ya que permite la celebración de un contrato de licencia entre las partes;

Distribuidor solicita el registro cualquier Marca o dominio en violación de este Artículo, [detentará el beneficio de dicha solicitud o el registro en depósito para el Proveedor y — suprimir si no es apropiado] deberá transferirlo al Proveedor a su solicitud.” Idem.

²¹³ He de decir que esta prohibición de usar cualquier marca distinta sin autorización del proveedor, contenida en la cláusula 9.3.4, me parece criticable. Considero que implica un desequilibrio a favor del proveedor.

²¹⁴ Pensemos por ejemplo en las automotrices.

²¹⁵ “9.5 El Distribuidor, a petición y costa del Proveedor, suscribirá un “contrato formal de licencia” para al uso por el Distribuidor de las Marcas o cualquier otra Propiedad Intelectual en el Territorio respecto de las Mercaderías, en la forma que el Proveedor podrá razonablemente requerir, bajo la condición de que las disposiciones de dicha licencia no sean más onerosas o restrictivas que las contenidas en este contrato, y cuando sea apropiado auxiliará al Proveedor en registrar dicha licencia en el Territorio.” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, pp. 116-117.

me parece completamente innecesaria, además de conflictiva, puesto que va en contra de la naturaleza del contrato que consiste precisamente en que el distribuidor compre mercancías al proveedor para posteriormente venderlas, comercializarlas y promocionarlas.

Si se incluye la licencia, podría brindársele al distribuidor la posibilidad al distribuidor de fabricarlas, lo cual es, a todas luces, absurdo. Además, ya se vio en párrafos anteriores que no hay necesidad de otorgar licencia alguna para que el distribuidor pueda usar las marcas del proveedor.

El contrato de distribución no es una franquicia ni implica una licencia, tal y como ya aclaré con anterioridad; es un contrato que conviene a ambas partes porque obtienen sus respectivas ventajas, pero estas ventajas no deben confundirse con las de un contrato de franquicia toda vez que el distribuidor solamente promueve, comercializa y distribuye las mercaderías en el territorio, pero no está facultado para fabricarlas ya que, de ser así, estaríamos ante la presencia de un contrato de franquicia respaldado por las respectivas licencias; esto se desprende con toda claridad de la cláusula 1.5 del contrato:

1.5 El Distribuidor se abstendrá de:

*1.5.1 Obtener cualquiera de las Mercaderías (o cualquier Mercaderías que compitan con las Mercaderías) para su reventa de cualquier otra persona distinta al Proveedor; [...]*²¹⁶.

Es decir, solamente el proveedor puede fabricar las mercancías y venderlas al distribuidor. Por extensión, el distribuidor no puede fabricarlas.

De hecho, si el distribuidor pudiera fabricar las mercancías, también podría confundirse con el contrato de suministro:

²¹⁶ *Ibidem*, p. 106.

*En el suministro, el suministrado adquiere los bienes objeto del negocio para utilizarlos, generalmente, en un proceso de transformación, fabricación o manufactura. En el contrato de distribución el adquirente no transforma los bienes, sino que los adquiere para revenderlos a consumidores en el mismo estado en que los recibe. Esta reventa debe hacerla el distribuidor con sujeción a las condiciones de reventa que le impone el fabricante o el proveedor. Se puede afirmar que el contrato de suministro es para la industria y el de distribución para el comercio*²¹⁷.

En apoyo a la idea de que el contrato de distribución no implica una franquicia, creo muy pertinente lo que señala Cogorno sobre la manera de explotar los derechos de propiedad industrial, en el sentido de que los usuarios de una licencia son usufructuarios que sí pueden fabricar los productos amparados por las marcas, e incluso, pueden fabricar productos de baja calidad y es por eso que de antemano en la franquicia se establece el grado de calidad de los productos a fabricar por el usufructuario²¹⁸. Ese grado de calidad no aparece especificado en el contrato que estoy analizando, y no aparece, porque justamente es un contrato de distribución, no de franquicia.

Los cláusulas siguientes, de la 9.6 a la 9.9.2²¹⁹ contienen una serie de muy pertinentes lineamientos a seguir, relacionados con la obligación del distribuidor de

²¹⁷ Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 269.

²¹⁸ Cfr. Cogorno, Eduardo Guillermo, *Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales*, Buenos Aires, Ediciones MERU, 1979, pp. 252-253.

²¹⁹ "9.6 El Distribuidor, a solicitud y expensas del Proveedor, tomará todos aquellos pasos que el Proveedor pueda razonablemente requerirle para auxiliar al Proveedor en conservar la validez y exigibilidad de las Marcas u otra Propiedad Intelectual del Proveedor respecto de las Mercaderías. 9.7 El Distribuidor no llevará a cabo ni autorizará a ningún tercero a que realice ningún acto que pueda o pudiera invalidar o ser incongruente con cualquiera de las Marcas o cualquier otra Propiedad Intelectual del Proveedor o de su licenciante respecto de las Mercaderías, y no autorizará a ningún tercero a que lo haga. 9.8 El Distribuidor notificará de manera inmediata y completa al Proveedor sobre cualquier infracción actual, inminente o sospecha de infracción en el Territorio de cualquiera de las Marcas u otra Propiedad Intelectual del Proveedor respecto de las Mercaderías de la que tenga conocimiento el Distribuidor, y de cualquier pretensión o pretensión inminente de cualquier tercero de que la importación de las Mercaderías al Territorio, o su venta en el Territorio, infringe la Marca u otros derechos de Propiedad Intelectual de cualquier otra persona. 9.9 En el caso de un

proteger las marcas del proveedor, tales como conservar la validez y exigibilidad de las marcas²²⁰; impedir actos de terceros que puedan ser incongruentes con las marcas del proveedor y por lo tanto afectarlas; notificar al proveedor sobre cualquier infracción a sus marcas, incluso si es inminente o si simplemente tiene la sospecha, y auxiliar al proveedor en su defensa ante cualquier infracción o demanda por causa de derechos marcarios o de propiedad intelectual.

Por último, cabe señalar que de la cláusula 9.10 al 9.10.4²²¹, se equilibra muy adecuadamente el contrato al establecer la opción de que el proveedor indemnice al distribuidor ante cualquier demanda de terceros por cuestiones de infracciones marcarias o de propiedad intelectual.

caso de infracción o demanda: 9.9.1 El Distribuidor a solicitud y expensas del Proveedor tomará todos los pasos necesarios para auxiliar al Proveedor en tomar o defenderse de cualesquier procedimientos con relación a la infracción o demanda; [y 9.9.2 El Proveedor tendrá el control total de cualquier procedimiento o negociación relacionados con la infracción o demanda – suprimir si no es apropiado.]” Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., p, 117.

²²⁰ Pensemos por ejemplo en el caso previsto por la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial mexicana, que señala que quien no use las marcas por determinado tiempo, las puede perder, lo cual es un motivo más que apoya mi criterio de permitirle al distribuidor usar las marcas.

²²¹ “[Opción: Indemnización por infracción de Propiedad Intelectual” 9.10 El Proveedor indemnizará al Distribuidor por cualquier pérdida, daños y costas a los que sea condenado o que sean incurridos por el Distribuidor como consecuencia de cualquier demanda o amenaza de demanda planteada por cualquier tercero alegando que la importación de las Mercaderías al Territorio, o su venta el Territorio, o que el ejercicio por el Distribuidor de cualesquier otros derechos otorgados por el Proveedor al amparo de este contrato infringe la Marca u otra Propiedad Intelectual de cualquier otra persona, sujeto a lo siguiente: 9.10.1 Salvo que se trate de una resolución definitiva, el Distribuidor no pagará ni aceptará tal reclamación, ni comprometerá en ningún procedimiento, sin el consentimiento del Proveedor; 9.10.2 El Distribuidor no hará nada que pueda invalidar cualquier póliza de seguro o cobertura que pueda tener con relación a tal demanda o amenaza de demanda, [y esta indemnización no aplicará en la medida de que el Distribuidor recupere cualquier suma conforme a dicha póliza o cobertura (para lo cual el Distribuidor usará sus esfuerzos razonables para lograr) – suprimir si no es apropiado]; 9.10.3 El Distribuidor rendirá cuentas al Proveedor por cualesquier daños y costas a los que sea condenado, o los que acepte pagar por, cualquier otra persona respecto de tal demanda o amenaza; [y] 9.10.4 El Distribuidor tomará cualesquier pasos que el Proveedor pueda razonablemente requerir para atenuar o reducir cualquier pérdida del Distribuidor – suprimir si no es apropiado.”]” Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., pp. 117-118.

5. La obligación recíproca de informar

Esta obligación es propia tanto del proveedor como del distribuidor, lo cual pone en evidencia la naturaleza de la relación que los une y que se explica en el capítulo cuarto.

5.1 *La obligación del distribuidor de dar información al proveedor acerca de las operaciones y el modo de hacer la distribución*

La obligación del distribuidor de informar al proveedor, tan esencial del contrato, la encontramos diseminada en el contrato modelo concretamente en las cláusulas 2.3, 3.11, 7.4.1, 7.4.2 y 7.4.3.

Por tratarse de un elemento que me parece esencial, analizo tales puntos a continuación con la finalidad de señalar posibles desequilibrios que en realidad pueden verse suavizados al ajustarlos a una redacción bilateral, además de que el distribuidor cuenta con el consiguiente derecho poder de exigir al proveedor la asesoría y el apoyo necesario para cumplir con las actividades que, al final, favorecen a ambos.

La información que debe brindar el distribuidor de conformidad con las cláusulas señaladas tiene como fin ayudar al proveedor a comprender todos los mecanismos de las operaciones a celebrarse al amparo del modelo de negocio, con lo que se le permite evaluar a fondo los posibles riesgos; ahora bien, se trata de reequilibrar aquellas partes que en un momento dado podrían generar asimetrías, lo cual es esencial para configurar sus respectivas voluntades.

Tan es así, que la cláusula 2.3 del contrato modelo ofrece a ambas partes por igual, la equilibrada oportunidad de anular todo el contrato ante el incumplimiento de tal obligación:

2.3 El Distribuidor informará lo antes posible al Proveedor de cualquier cambio propuesto a las especificaciones de las Mercancías que sean necesarias para que se conformen con cualquier ley aplicable en el Territorio, en cuyo caso el Proveedor notificará por escrito lo antes posible al Distribuidor sobre si está dispuesto a cambiar la especificación y (en cuyo caso) si resultará en un cambio en el precio de las Mercancías. Si el Proveedor no notifica al Distribuidor por escrito dentro de un plazo razonable (que no excederá [treinta (30) días –especificar cualquier otro periodo]) que acepta cambiar la especificación, o si lo hace pero el Distribuidor no notifica al Proveedor por escrito dentro de un plazo razonable (que no excederá [treinta (30) días – especificar cualquier otro periodo]) de que acepta cualquier cambio en el precio de las Mercancías propuesto por el Proveedor, las Mercancías en cuestión dejarán de considerarse cubiertas por este contrato, y cualquier parte podrá terminar este contrato mediante aviso por escrito a la otra parte²²².

La traducción del CCI omitió en esta cláusula una parte importante del original en inglés, misma que especifico con subrayado mío a continuación:

2.3 The Distributor shall promptly inform the Supplier of any proposed change in the specification of the Goods which is necessary in order for them to conform with any applicable laws in the Territory, in which event the Supplier shall promptly notify the Distributor in writing whether it is willing to change the specification and (if so) any resulting change in the price of the Goods. If the Supplier does not notify the Distributor in writing within a reasonable time (not exceeding [thirty (30) days – specify any other period]) that it agrees to the change in the specification, or if it does do so but the Distributor does not notify the Supplier in writing within a reasonable time (not exceeding [thirty (30) days – specify any other period]) that it agrees any change in the Price

²²² *Ibidem*, pp. 107-108.

*of the Goods proposed by the Supplier, the Goods in question shall cease to be subject to this contract, and where the Goods in question form all or a substantial proportion of the Goods covered by this contract, either party may terminate this contract by giving written notice to the other party*²²³.

Por tal motivo, sugiero la siguiente traducción: el Distribuidor informará lo antes posible al Proveedor de cualquier cambio propuesto a las especificaciones de las Mercancías que sean necesarias para que se conformen con cualquier ley aplicable en el Territorio, en cuyo caso el Proveedor notificará por escrito lo antes posible al Distribuidor sobre si está dispuesto a cambiar la especificación y (en cuyo caso) si resultará en un cambio en el precio de las Mercancías. Si el Proveedor no notifica al Distribuidor por escrito dentro de un plazo razonable (que no excederá *[treinta (30) días – especificar cualquier otro periodo]*) que acepta cambiar la especificación, o si lo hace pero el Distribuidor no notifica al Proveedor por escrito dentro de un plazo razonable (que no excederá *[treinta (30) días – especificar cualquier otro periodo]*) que está de acuerdo con los cambios propuestos por el Proveedor en el precio de las mercancías, las mercancías en cuestión dejarán de ser objeto de este contrato²²⁴, y cuando las mercancías en cuestión sean la totalidad o una parte sustancial de las mercancías cubiertas por este contrato, cualquiera de las partes podrá rescindir este contrato mediante notificación por escrito a la otra parte.

Por su parte, la cláusula 3.11 sí representa un desequilibrio que afecta al distribuidor pues le otorga un gran poder de control al proveedor como consecuencia de la imposición de compras mínimas.

²²³ International Trade Centre (ITC), *op. cit.*, p. 99.

²²⁴ En el entendido de que esta expresión de que las mercancías dejan de ser *objeto del contrato* es errónea, porque el objeto del contrato no son las mercancías, sino su comercialización. Lo que quiere decir esa expresión, es que el comprador ya no tendrá obligación de comprar esas mercancías modificadas, o que el vendedor ya no tendrá la obligación de venderlas.

En virtud de tal cláusula, el distribuidor se ve en la posición de tener que informar minuciosamente al proveedor sobre prácticamente todas sus actividades, ya que tiene que notificarle no solamente sobre todas las mercancías que haya recibido del proveedor mismo, sino también cualquier otra mercadería similar obtenida de otras personas.

En realidad, se le están proporcionando al proveedor todos los datos de los contactos comerciales del distribuidor, lo cual es un desequilibrio que se aprecia con mayor claridad al terminar la relación contractual pues mientras el distribuidor quedará obligado a respetar la confidencialidad, el proveedor tendrá en su poder esta información extralimitada a su favor y sin límites establecidos para su aprovechamiento:

3.11 [Opción (donde existe una obligación mínima de compra):

“Dentro de los [sesenta (60) días – especificar algún otro periodo] luego del final de cada [año – especificar cualquier otro periodo] durante la Vigencia el Distribuidor someterá al Proveedor un informe por escrito que indique la cantidad total de Mercancías (o cualesquier otras Mercancías de la misma descripción) de las que el Distribuidor haya recibido de cualquier persona (incluyendo el Proveedor) en ese año”.²²⁵

Desequilibrios adicionales los encontramos en la cláusula 7.4 que ya quedó debidamente transcrita con anterioridad. A mayor abundamiento, la cláusula 7.4.1 incluye desbalances con el deber a cargo del distribuidor de llevar registros completos y detallados con toda la información pertinente al modelo de negocio, como lo son cotizaciones, operaciones, cuentas y demás información que facilite al proveedor su derecho de inspección.

²²⁵ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 110.

Sin embargo, en el punto 7.4.2 posterior el poder otorgado al proveedor se torna aún mayor pues lo faculta a requerir mensualmente un informe *“en la forma que el proveedor pueda razonablemente requerir, de todas las ventas de las Mercancías que ha efectuado en el mes previo y que contendrá aquella información que el proveedor pueda razonablemente requerir.”*²²⁶

Es decir, a pesar de que se tuvo el cuidado de incluir el criterio de razonabilidad, no es suficiente para equilibrar esta cláusula pues lo razonable es siempre un término subjetivo y, por lo tanto, difícil de asentar con plena objetividad, cuando la realidad es que lo que puede ser razonable para uno, puede no serlo para el otro.

Además, queda a total discrecionalidad del proveedor la forma en que tal información deberá ser proporcionada. Mi propuesta para una equilibrada redacción sería la siguiente: 7.4.2 Proporcionar mensualmente al Proveedor un informe de todas las ventas de las Mercancías que ha efectuado en el mes previo. El distribuidor debe dar información al proveedor sobre el mercado, las operaciones y el modo de hacer la distribución. En este sentido, el proveedor puede incluso examinar contablemente al distribuidor.

El deber de información dentro de un contrato en el que ambas partes actúan en aras de un fin que habrá de beneficiarlos a ambos, necesariamente debe ser lo más bilateral posible y sin exceder los límites que las partes consideren que puedan mantener al margen sin afectar el modelo de negocio, sobre todo, tomando en consideración todas las circunstancias tan específicas que se presentan en un contrato de distribución y sin afectar la independencia del distribuidor.

Esto último es importante particularmente desde el punto de vista del distribuidor pues hay que tener muy presente que cuando el contrato finalice, el

²²⁶ *Ibidem*, p. 114.

proveedor contará con toda la información del mercado en el territorio.

La necesidad de equilibrar los deberes de información es obvia en la distribución por las características del contrato, que se traducen en una posición de debilidad para un distribuidor que debe estar al tanto de un mercado impredecible, así como de todo lo relacionado con las mercancías que queda obligado a distribuir.

Hago extensiva entonces la sugerencia al punto 7.4.3, para incluir los cambios correspondientes sobre la mencionada bilateralidad y quedar en los siguientes términos: 7.4.3 Las partes se informarán recíprocamente y de manera inmediata de cualquier cambio en su organización o método de hacer negocios que pueda afectar el desempeño de los deberes de la otra parte y de cualquier otro cambio en su organización o método de hacer negocios que pueda afectar el desempeño de las obligaciones que contraen conforme a este contrato²²⁷.

La capacidad de exigirse mutuamente información es esencial en el contrato, porque tal y como ya quedó señalado, el incumplimiento puede anular todo el contrato ya que lejos de afectar la autonomía de la voluntad, en realidad es una obligación que favorece la igualdad entre las partes para que juntos logren el objetivo común.

Lo ideal es equilibrar el contrato precisamente para conservar la independencia y autonomía del distribuidor, en el entendido de que el hecho de que ante la posibilidad de que el proveedor imponga prácticamente todas las condiciones, como ocurre por ejemplo en un contrato de adhesión o incluso en una franquicia, no significa que no haya libertad contractual desde el momento en que el distribuidor puede elegir si acepta o no.

²²⁷ Confróntese con el texto original: “7.4.3 Informará al Proveedor inmediatamente de cualquier cambio en la propiedad o control del Distribuidor o de cualquier cambio en su organización o método de hacer negocios que pueda afectar el desempeño de los deberes del Distribuidor y de cualquier otro cambio en su organización o método de hacer negocios que pueda afectar el desempeño de las obligaciones del Distribuidor conforme a este contrato; [...]” *Idem*.

Incluida en las obligaciones de informar a cargo del distribuidor, encontramos también su obligación de notificarle de demandas actuales o posibles por causa de infracciones marcarias en el territorio, contenida en las cláusulas 9.8 y 9.9:

9.8 El Distribuidor notificará de manera inmediata y completa al Proveedor sobre cualquier infracción actual, inminente o sospecha de infracción en el Territorio de cualquiera de las Marcas u otra Propiedad Intelectual del Proveedor respecto de las Mercaderías de la que tenga conocimiento el Distribuidor, y de cualquier pretensión o pretensión inminente de cualquier tercero de que la importación de las Mercaderías al Territorio, o su venta en el Territorio, infringe la Marca u otros derechos de Propiedad Intelectual de cualquier otra persona. 9.9 En el caso de un caso de infracción o demanda:

9.9.1 El Distribuidor a solicitud y expensas del Proveedor tomará todos los pasos necesarios para auxiliar al Proveedor en tomar o defenderse de cualesquier procedimientos con relación a la infracción o demanda; [y

9.9.2 El Proveedor tendrá el control total de cualquier procedimiento o negociación relacionados con la infracción o demanda – suprimir si no es apropiado.]²²⁸.

5.2 La obligación del proveedor de dar información al distribuidor

Una vez que quedaron matizadas las asimetrías señaladas, a pesar de que sí puede afirmarse que el proveedor domina en tema de la información en el contrato, hay que mencionar que también asume sus respectivas responsabilidades informativas, principalmente consagradas en las cláusulas 2.2 y 3.6, pues está obligado a su vez a hacer partícipe al distribuidor de cualquier alteración sobre las

²²⁸ *Ibidem*, p. 117.

mercancías o el modelo de negocio, máxime si se trata de circunstancias que afecten los objetivos de abastecimiento.

El deber de información a cargo del proveedor consiste en hacer partícipe al distribuidor de todas las decisiones relacionadas en cualquier forma con los productos a comercializar; esto es, abarca todos aquellos supuestos en los que se modifiquen los productos o se alteren los materiales con los que se elaboran, lo cual es lógico tomando en consideración que cualquier cambio en los materiales puede ser tanto para mejorar la calidad de los productos, como para disminuirla, lo cual involucra negativamente al distribuidor frente a los clientes ante quienes da la cara.

También tendrá que informar al distribuidor en caso de que por cualquier causa se vean afectadas sus facultades de producción, y, por lo tanto, se pueda afectar el suministro al distribuidor.

Toda vez que el proveedor puede realizar modificaciones en las mercancías, queda obligado por consiguiente a informar oportunamente al distribuidor acerca de los cambios que pretenda realizar. Es decir, debe hacerlos del conocimiento del distribuidor *antes de realizarlos*, redacción que me parece muy certera:

2.2 La especificación de las Mercancías será la indicada en el anexo 1, pero el Proveedor se reserva el derecho de hacer cambios a las especificaciones de las Mercancías que sean necesarias para que ellas se conformen a las leyes aplicables²²⁹, teniendo el Proveedor el deber de siempre informar rápidamente al Distribuidor por escrito de cualquier cambio que pretenda hacer²³⁰.

²²⁹ A pesar de que me parece una redacción certera, es de hacerse notar que no se especifica si son leyes aplicables en el país del proveedor, o en el del distribuidor. Lo ordinario es que el proveedor ajuste las mercancías a los requisitos de las leyes aplicables de su propio país y si los requisitos nuevos provienen de leyes del país del distribuidor, éste deberá avisar al proveedor para que decida si las ajusta a tales requisitos o si cancela la distribución en ese país.

²³⁰ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 107.

Esta es una obligación lógica ya que si el distribuidor no tuviera conocimiento se afectaría el consentimiento con los desequilibrios que ello representa; cumplir con esta obligación favorece la libertad contractual y conviene a ambos pues si el distribuidor está bien informado, ambas partes están en posición de decidir lo que más convenga al negocio tomando conciencia de los riesgos que asumen con base en sus respectivas obligaciones y derechos.

Cabe señalar como ejemplo para ilustrar lo importante que es el tema de la información en un contrato de distribución, que de la cláusula segunda en su apartado 2.3²³¹ se infiere que los cambios a realizarse en las mercancías ante la eventualidad de tenerlas que adaptar a la legislación del lugar donde van a ser comercializadas, son en realidad decisión del proveedor ya que tiene la facultad de realizarlos o no y para ello basta con notificarlo por escrito al distribuidor.

Asimismo, si las partes no estuvieren de acuerdo con este punto, se podrá anular todo el contrato. Es lo que la doctrina ha llamado *funciones de tratamiento de productos* pues se trata de que los clientes finales reciban las mercancías que cubran sus gustos y necesidades con lo que, para cubrir tales preferencias, el proveedor puede modificar los productos o el distribuidor adaptarlos, pero ambas opciones parten de la información que para tal efecto recabe el distribuidor²³².

²³¹ “2.3 El Distribuidor informará lo antes posible al Proveedor de cualquier cambio propuesto a las especificaciones de las Mercaderías que sean necesarias para que se conformen con cualquier ley aplicable en el Territorio, en cuyo caso el Proveedor notificará por escrito lo antes posible al Distribuidor sobre si está dispuesto a cambiar la especificación y (en cuyo caso) si resultará en un cambio en el precio de las Mercaderías. Si el Proveedor no notifica al Distribuidor por escrito dentro de un plazo razonable (que no excederá [treinta (30) días –especificar cualquier otro periodo]) que acepta cambiar la especificación, o si lo hace pero el Distribuidor no notifica al Proveedor por escrito dentro de un plazo razonable (que no excederá [treinta (30) días – especificar cualquier otro periodo]) de que acepta cualquier cambio en el precio de las Mercaderías propuesto por el Proveedor, las Mercaderías en cuestión dejarán de considerarse cubiertas por este contrato, y cualquier parte podrá terminar este contrato mediante aviso por escrito a la otra parte.” *Idem*.

²³² Cfr. Rivera Camino, Jaime, *op. cit.*, p. 649.

Las obligaciones de informar también se ven reflejadas en la cláusula décima relativa a la confidencialidad que habrá de observarse tanto durante la duración del contrato como con posterioridad al mismo y que analizo en líneas posteriores.

Por último, cabe señalar que en la cláusula 4 contenida en el Anexo 4 del contrato, se incluye otra obligación que cae dentro de los deberes de informar a cargo del proveedor y es la de proporcionar al distribuidor toda una serie de documentos relacionados con las mercaderías y que es conveniente que el distribuidor conozca:

4. Documentos

El proveedor pondrá a disposición del distribuidor (o presentará al banco especificado por el distribuidor) los siguientes documentos:

*[Especificar documentos, por ejemplo, lista de empaque / documentos de seguro / certificado de origen / certificado de inspección / documentos de aduana / otros documentos.]*²³³.

Al respecto, toda vez que la cláusula anterior contiene una obligación muy característica del proveedor, debería incluirse dentro del clausulado del contrato en vez de reservarse al contenido de un anexo.

IV. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

De conformidad con todo lo anterior, tenemos que el contrato de distribución abarca no solamente la obligación de comprar por parte del distribuidor, sino

²³³ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 127. A la hora de especificar el tipo de documentos, debería distinguirse entre los documentos informativos que el proveedor debe proporcionar al distribuidor, de los documentos que el proveedor, en calidad de vendedor, debe proporcionar al comprador, en calidad de distribuidor, para hacer posible la importación de las mercancías, tales como documentos de seguro, certificado de origen, etcétera.

también su obligación de comercializar. En este esquema queda claro que el contrato de distribución genera estas dos obligaciones como propias del contrato: por una parte, la de comprar y vender, y por otra la de comercializar y apoyar en la comercialización.

La obligación de compras mínimas a cargo del distribuidor y la de venta mínima por parte del proveedor generan múltiples contratos de compraventa entre ambas partes, de los cuales, a su vez, derivan las obligaciones comunes de un contrato de compraventa mercantil; esto es, para el vendedor, la obligación de entregar las mercancías al distribuidor y de responder por su calidad, en tanto que para el distribuidor surge la obligación propia del comprador de recibir las mercancías y pagar el respectivo precio al proveedor.

Cabe señalar que la cláusula 2 contenida en el Anexo 4 del contrato modelo²³⁴, remite a los términos de venta contenidos en los Términos de Comercio Internacional (INCOTERMS²³⁵) de manera supletoria, pues ante conflicto con las cláusulas del contrato, prevalecerá la voluntad de las partes.

²³⁴ “Anexo 4: Términos de suministro 2. Entrega de las Mercaderías Las Mercaderías serán entregadas al Proveedor de acuerdo con los siguientes términos (con referencia a los Incoterms más recientes de la Cámara de Comercio Internacional a la fecha de la celebración de este contrato): En fábrica/FOB [especificar si por mar o por aire] / Otro [especificarlo]. [Comentario: Suprima o complete como resulte aplicable.]” Ibidem, p. 126.

²³⁵ Y remite al FOB –Free on board o Franco a bordo– por virtud del cual el vendedor se obliga a transportar la mercancía hasta el puerto de carga acordado, corriendo por su cuenta los gastos de carga en el buque hasta que la mercancía esté localizada en la borda; el comprador queda por su parte obligado a contratar el espacio de carga en el buque y a correr con los gastos y riesgos del correspondiente transporte. Cfr. Giménez Morera, Antonio, *et al.*, *Organización y gestión del comercio internacional*, Valencia, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, 2019, p. 40. La abreviatura FOB debe ir seguida del nombre del puerto de embarque. Cfr. Farina, Juan M., *op. cit.*, p.125. Cabe señalar que los INCOTERMS fueron modificados en el año 2020, pero la regla descrita permanece vigente. Cfr. International Chamber of Commerce, *Incoterms 2020. ICC rules for the use of domestic and international trade terms*, ICC Services Publications Department, Paris, 2019, s/n.

1. Obligación del vendedor –proveedor– de entregar las mercancías

Las obligaciones del proveedor de entregar mercancías y responder por su calidad, y las del distribuidor de recibirlas y pagar el precio, son obligaciones que derivan no del contrato de distribución, sino de los contratos de compraventa; por tal motivo conviene tratarlas en un apartado especial distinto a las obligaciones que derivan del contrato de distribución. Las compraventas son contratos diferentes, pero el contrato de distribución fija las condiciones en que se van a celebrar tales compraventas.

La obligación de entregar las mercancías la encontramos contemplada en la cláusula segunda²³⁶ y complementada por la cláusula tercera del contrato modelo, que precisamente abarca la formación de las múltiples compraventas contenidas en la distribución.

²³⁶ “2. *Suministro de las Mercaderías* 2.1 Durante la Vigencia el Proveedor venderá y el Distribuidor comprará las Mercaderías ordenadas por el Distribuidor para la reventa, sujeto a los Términos de este contrato. 2.2 La especificación de las Mercaderías será la indicada en el anexo 1, pero el Proveedor se reserva el derecho de hacer cambios a las especificaciones de las Mercaderías que sean necesarias para que ellas se conformen a las leyes aplicables, teniendo el Proveedor el deber de siempre informar rápidamente al Distribuidor por escrito de cualquier cambio que pretenda hacer. 2.3 El Distribuidor informará lo antes posible al Proveedor de cualquier cambio propuesto a las especificaciones de las Mercaderías que sean necesarias para que se conformen con cualquier ley aplicable en el Territorio, en cuyo caso el Proveedor notificará por escrito lo antes posible al Distribuidor sobre si está dispuesto a cambiar la especificación y (en cuyo caso) si resultará en un cambio en el precio de las Mercaderías. Si el Proveedor no notifica al Distribuidor por escrito dentro de un plazo razonable (que no excederá [treinta (30) días –especificar cualquier otro periodo]) que acepta cambiar la especificación, o si lo hace pero el Distribuidor no notifica al Proveedor por escrito dentro de un plazo razonable (que no excederá [treinta (30) días – especificar cualquier otro periodo]) de que acepta cualquier cambio en el precio de las Mercaderías propuesto por el Proveedor, las Mercaderías en cuestión dejarán de considerarse cubiertas por este contrato, y cualquier parte podrá terminar este contrato mediante aviso por escrito a la otra parte. [Opción: Obligación mínima de compra “2.4 Durante cada [año – especificar cualquier otro periodo] de Vigencia el Distribuidor, a menos que se vea impedido por fuerza mayor, ordenará del Proveedor no menos que la cantidad mínima de Mercaderías especificadas en el anexo 2. Si el Proveedor incumple por razón de fuerza mayor o por cualquier otra razón suministrar al Distribuidor con esa cantidad de Mercaderías, la cantidad mínima de Mercaderías para el [año – especificar cualquier otro periodo] en cuestión se verá reducido en la cantidad de Mercaderías que el Proveedor ha incumplido suministrar.”] 2.5 Sujeto a las disposiciones de este contrato, el suministro de las Mercaderías se hará sobre la base de los términos de venta señalados en el anexo 4. En caso de conflicto entre aquellos términos y los términos de este contrato, los términos de este contrato prevalecerán.” Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., pp. 107-108.

La cláusula 2.5²³⁷ del contrato modelo referida a la entrega de las mercancías según los términos de venta incluidos en el Anexo 4, que contiene los INCOTERMS aplicables, establece que la voluntad de las partes expresada en el clausulado del contrato prevalecerá en caso de conflicto con los INCOTERMS²³⁸.

Pasando a la cláusula tercera²³⁹, tenemos que la formación del contrato de compraventa –lo cual es previo a la obligación de entregar las mercancías– inicia

²³⁷ *Ibidem*, p. 108.

²³⁸ Lo cual es lógico pues los INCOTERMS funcionan solo como complemento de los contratos de compraventa internacional, lo cual significa que no pueden sustituir la voluntad de los contratantes al no reglamentar aspectos esenciales como las condiciones de pago o la transferencia de la propiedad de las mercaderías. Cfr. Arenal Laza, Carmen, *Información y gestión operativa de la compraventa internacional: UF1757*, Madrid, Editorial Tutor Formación, 2019, p. 152.

²³⁹ “3. Procedimiento para ordenar las Mercaderías 3.1 El Distribuidor, entregará por lo menos [quince (15) – especificar cualquier otro periodo] días antes del inicio de cada [mes – especificar algún otro periodo], una orden por escrito al Proveedor de las Mercaderías a ser entregadas al Distribuidor durante ese [mes – especificar cualquier otro periodo]. 3.2 Cada orden para las Mercaderías deberá ser por escrito y estará sujeta a la confirmación por escrito del Proveedor. El Proveedor confirmará la orden por escrito al Distribuidor dentro de los [quince (15) días – especificar cualquier otro periodo] luego de entregada, a menos que el Proveedor tenga una razón válida para no hacerlo. A la confirmación por el Proveedor cada orden será definitiva, pero el Proveedor podrá a su discreción aceptar una modificación a una orden [quince (15) días – especificar algún otro periodo] luego de ser entregada. [Opción: “3.3 [Cada orden de las Mercaderías una vez confirmada por el Proveedor será considerada un contrato separado, y por lo tanto un incumplimiento por parte del Proveedor respecto de una orden no dará el Derecho a terminar este contrato en su totalidad” [– suprimir si no es aplicable].] 3.4 El Distribuidor notificará al Proveedor por escrito de: 3.4.1 Sus órdenes estimadas de Mercaderías para cada [año – especificar cualquier otro periodo] durante la Vigencia del contrato, dentro de [especificar periodo] meses previos a ese [año – especificar cualquier otro periodo]; y 3.4.2 Cualquier revisión a dichas estimaciones tan pronto y como se factible luego de que hayan sido hechas. 3.5 El Distribuidor será responsable ante el Proveedor de: 3.5.1 Asegurarse de la precisión de cada orden de Mercaderías entregada por el Distribuidor; 3.5.2 Entregar lo antes posible al Proveedor toda la información necesaria de las Mercaderías que sea razonablemente solicitada por el Proveedor para permitir al Proveedor cumplir con cada orden de conformidad con sus términos; y 3.5.3 Obtener cualquier permiso de importación u otros documentos requeridos (salvo aquellos que se acordó serían proveídos por el Proveedor de conformidad con el anexo 4), y de cualquier manera cumplir con cualquier legislación aplicable o regulaciones respecto la importación de las Mercaderías al Territorio, y por pagar todos los impuestos aplicables de importación, impuestos y derechos respecto de la importación de las Mercaderías hacia el Territorio y su reventa en el Territorio(a menos que estén exentos). 3.6 Luego de la confirmación de cada orden el Proveedor informará lo antes posible [y en cualquier caso dentro de [especificar] días – suprimir si no es apropiado] al Distribuidor de la fecha estimada de entrega por el Proveedor de las Mercaderías. 3.7 El Proveedor [hará esfuerzos comercialmente razonables para – suprimir de no ser apropiado] entregar las Mercaderías [dentro de [especificar] días de – suprimir si no es apropiado] de la fecha estimada de entrega para cada orden. 3.8 [Opción 1: “Daños Líquidos por retraso Si existe algún retraso en la entrega de las Mercaderías [de más de [especificar días] posteriores a la fecha estimada de entrega] entonces, y a menos que la demora se deba a fuerza mayor, el precio de las Mercaderías será reducido por [especificar cantidad en dinero] por cada día hasta el día en que las Mercaderías sean entregadas, sujeto a un máximo de [especificar] % del precio.”] [Opción 2: “Ausencia de responsabilidad por la

con la solicitud de mercancías realizada por escrito por el distribuidor, solicitud que no será considerada como definitiva sino hasta que el proveedor a su vez la confirme también por escrito²⁴⁰ y en el entendido de que queda a su discreción aceptar modificaciones o no.

Aquí tenemos propiamente la conformación de la compraventa de conformidad con las disposiciones de la CISG²⁴¹, en virtud de las cuales una vez que la aceptación llega al oferente, se perfecciona el contrato de compraventa, con

demora imputable al Distribuidor “El Proveedor no tendrá responsabilidad por cualquier retraso en la entrega de las Mercaderías que se deba a un incumplimiento por parte del Distribuidor en proveer cualquier información requerida oportunamente”.] 3.9 El Proveedor hará todos sus esfuerzos comercialmente razonables para fabricar y mantener un inventario suficiente de las Mercaderías para cumplir con sus obligaciones contempladas en este contrato, pero podrá [luego de consultar con el Distribuidor – suprimir si no es apropiado] discontinuar la fabricación de todo o cualquiera de las Mercaderías, en cuyo caso el Proveedor dará al Distribuidor [treinta (30) días – especificar cualquier otro periodo] de previo aviso por escrito de la discontinuación, y el Proveedor cumplirá con todas sus órdenes pendientes de entrega de Mercaderías en cuestión que sean ordenadas por el Distribuidor antes de la fecha del aviso. 3.10 Si las órdenes del Distribuidor de Mercaderías exceden (o si parece que de cualquier estimación o revisión dada por el Distribuidor de que excederá) su capacidad de producción o disponibilidad de inventarios del Proveedor: 3.10.1 El Proveedor notificará tan pronto como sea factible al Distribuidor; 3.10.2 El Distribuidor tendrá derecho de obtener de cualquier otra persona la cantidad de Mercaderías que el Proveedor fue incapaz de suministrar de conformidad con las órdenes del Distribuidor hasta el momento en que el Proveedor haya dado aviso al Distribuidor por escrito (junto como evidencia de apoyo como el Distribuidor pueda considerar razonable) que estará en capacidad y dispuesto de continuar con el suministro de las Mercaderías de conformidad con las órdenes del Distribuidor y el Distribuidor hubiera tenido un tiempo razonable para terminar cualquier acuerdo alterno de suministro que pueda tener con cualquier otra persona; y 3.10.3 [La cantidad se considerará para los fines del Artículo 2.4 como si hubiera sido ordenada al Proveedor – suprimir si no existe obligación de compra mínima conforme al Artículo 2.4.] 3.11 [Opción (donde existe una obligación mínima de compra): “Dentro de los [sesenta (60) días – especificar algún otro periodo] luego del final de cada [año – especificar cualquier otro periodo] durante la Vigencia el Distribuidor someterá al Proveedor un informe por escrito que indique la cantidad total de Mercaderías (o cualesquier otras Mercaderías de la misma descripción) de las que el Distribuidor haya recibido de cualquier persona (incluyendo el Proveedor) en ese año.”]

Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., pp. 108-110.

²⁴⁰ Al respecto, cabe señalar que no todas las posibles eventualidades pueden estar previstas en la ley. En materia contractual, la realidad es que las partes contratantes dependen de la buena fe y es ilusorio pretender que todo va a funcionar por el hecho de simplemente estar regulado.

²⁴¹ De conformidad con el Artículo 30 de la CISG: “El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.” El texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías puede consultarse en línea en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf> y fue consultado para esta investigación con fecha 27 de febrero de 2022.

lo cual puede apreciarse que la distribución contiene múltiples compraventas por entregas.

Tan es así que el propio contrato señala en la cláusula 3.2²⁴² que cada orden efectuada y confirmada en tales términos, constituirá un contrato separado. Ahora bien, también se le da al proveedor la ventaja de que, ante su incumplimiento a lo señalado, no se le otorgue al distribuidor el derecho de dar por terminado el contrato en su totalidad.

Una vez formadas las compraventas, el proveedor deberá informar al distribuidor sobre las fechas estimadas de entrega, y queda obligado, aunque el apartado 3.7²⁴³ admite que dentro de sus esfuerzos razonables y toda la subjetividad que ello implica, a entregar dentro de la fecha estimada para cada orden.

Al respecto cabe señalar qué debe entenderse por *esfuerzos razonables*²⁴⁴, que es como aparece traducido al español el texto original en inglés, *best endeavours*, equivalente en Inglaterra a *best efforts* en Estados Unidos²⁴⁵.

²⁴² “3.2 Cada orden para las Mercaderías deberá ser por escrito y estará sujeta a la confirmación por escrito del Proveedor. El Proveedor confirmará la orden por escrito al Distribuidor dentro de los [quince (15) días – especificar cualquier otro periodo] luego de entregada, a menos que el Proveedor tenga una razón válida para no hacerlo. A la confirmación por el Proveedor cada orden será definitiva, pero el Proveedor podrá a su discreción aceptar una modificación a una orden [quince (15) días – especificar algún otro periodo] luego de ser entregada.” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 105.

²⁴³ “3.7 El Proveedor [hará esfuerzos comercialmente razonables para – suprimir de no ser apropiado] entregar las Mercaderías [dentro de [especificar] días de – suprimir si no es apropiado] de la fecha estimada de entrega para cada orden.” *Ibidem*, p. 109.

²⁴⁴ Expresión que aparece exactamente en las cláusulas 3.7, 3.9, 7.1, 7.2, 9.10.2 y 15.4 del contrato modelo en su traducción al español. En el formato original en inglés aparece en las mismas cláusulas como *best endeavours*.

²⁴⁵ Cfr. Fontaine, Marcel y De Ly, Filip, *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, Nueva York, Transnational Publishers, 2006, p. 208. Tanto *best efforts* como *best endeavours* designan lo mismo, esto es, un esfuerzo principal, no secundario. *Ibidem*, pp. 208-210. Considero que se refiere a un esfuerzo mínimo, sin necesidad de tener que realizar nada extraordinario. Por otro lado, el término *razonable* es particularmente propio del *common law*, aunque también lo encontramos en el derecho civil y habla de descargar la necesidad de formular una regla precisa y dejar la resolución de cualquier litigio resultante a la ulterior interpretación de los tribunales,

Adicionalmente, se ofrecen dos opciones para realizar la entrega: una en favor del distribuidor toda vez que, si la entrega se realiza con posterioridad a la fecha estimada, el precio de las mercaderías se reducirá por cada día de retraso con un límite porcentual libremente fijado de común acuerdo –nótese, no obstante, que no ofrece opción de cancelación por tal motivo.

La otra opción tiene que ver con que la demora también puede deberse por causas imputables al distribuidor, con lo cual, lógicamente, el proveedor se libera de responsabilidad.

1. Obligación del comprador –distribuidor– de recibir las mercancías

Esta obligación no aparece expresamente como tal en el contrato, pero se infiere de su lectura ya que no es posible distribuir mercancías que aún no han sido recibidas. Asimismo, también se infiere del Artículo 60 Sección II de la CISG que señala que la obligación del comprador consiste en hacerse cargo de las mercancías y darle todas las facilidades al vendedor para que pueda llevar a cabo tal entrega.

Sobre qué deben comprender esas facilidades de entrega a que se obliga el comprador, Adame Goddard lo aclara al señalar que los actos concretos que posibilitan la entrega son algo que debe ser analizado caso por caso y tomando en cuenta un criterio de razonabilidad, que resulta mucho más amplio que un criterio de necesidad, pero que de cualquier forma puede incluir actos como informar dónde debe enviar las mercancías y por qué medio deberá hacerlo, en qué momento deberá hacerse la entrega o proporcionar al proveedor los documentos para la importación de las mercancías²⁴⁶.

de manera que los tribunales pueden tomar la iniciativa de determinar lo que es razonable y dar los motivos de su decisión. Cfr. *Ibidem*, p. 214.

²⁴⁶ Cfr. Adame Goddard, Jorge, “Las obligaciones del comprador en la compraventa internacional”, *Revista de derecho privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, Año 3, Número 9, septiembre-diciembre de 1992, p. 488.

2. Obligación del comprador –distribuidor– de pagar el precio

Pasemos ahora a analizar las obligaciones del distribuidor en su papel de comprador. Esta obligación la encontramos contemplada en las cláusulas tercera relativa al ya analizado procedimiento para ordenar las mercancías y que contiene cláusulas propias no de un contrato de distribución sino de uno de compraventa²⁴⁷, la cláusula cuarta relativa a la fijación del precio y la quinta relativa al pago del precio.

Dentro de este procedimiento, cabe señalar que el distribuidor actúa como comprador, de manera tal que el contenido de todo lo relacionado con tales compraventas es susceptible de modificarse de conformidad con los INCOTERMS, tales como los puntos relacionados con que el proveedor-vendedor se haga cargo de los impuestos y trámites de importación y exportación²⁴⁸.

²⁴⁷ De hecho, la cláusula 3.3 establece la opción de que cada pedido de mercancías que dependa de la confirmación del proveedor sea considerado como un contrato por separado. Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 108. Es decir, que cada operación es un contrato de compraventa con lo cual se aprecia que el contrato de distribución contiene múltiples compraventas por entregas, con la opción de que cualquier incumplimiento del proveedor ante cualquier pedido, no faculta al distribuidor a dar por terminado el contrato en su totalidad.

²⁴⁸ “El Distribuidor será responsable ante el Proveedor de: [...] obtener cualquier permiso de importación u otro documentos requeridos (salvo aquellos que se acordó serían proveídos por el Proveedor de conformidad con el anexo 4), y de cualquier manera cumplir con cualquier legislación aplicable o regulaciones respecto la importación de las Mercaderías al Territorio, y por pagar todos los impuestos aplicables de importación, impuestos y derechos respecto de la importación de las Mercaderías hacia el Territorio y su reventa en el Territorio(a menos que estén exentos).” *Ibidem*, p. 109. Todas las cláusulas anteriores son cláusulas de compraventa, no de distribución y, de hecho, el distribuidor actúa como comprador. Todo esto se puede modificar según los INCOTERMS y que el vendedor –proveedor– se haga cargo de los impuestos y trámites tanto de importación como de exportación. Hay un término en los INCOTERMS que señala que es el proveedor quien paga los impuestos, es más específico y, por lo tanto, al ser más específicos los INCOTERMS, ante este problema de interpretación deben prevalecer los INCOTERMS. Ahora bien, el término mencionado establece que los impuestos que deriven de la importación de la mercancía en el territorio deberán ser satisfechos por el proveedor, a menos que en el contrato de compraventa se indique otra cosa. El término es el de DDP – *Delivery Duty Paid* o Entregada Derechos Pagados– y hace referencia a que el proveedor –haciendo las veces de exportador– es quien exporta la mercancía para ponerla a disposición del distribuidor –que hace las veces de importador. Según este término es el proveedor quien debe realizar los trámites aduaneros de importación en el país –el territorio– donde el distribuidor venderá las mercancías. Este término impone sobre el proveedor la mayor carga de obligaciones en su calidad de exportador, debiendo éste incluso asumir todos los costes y riesgos hasta que las mercancías sean descargadas en el territorio donde opera el distribuidor. Ahora bien, los INCOTERMS permiten a las partes pactar que los trámites y formalidades aduaneras para llevar

El tema de la fijación del precio que ha de pagar el distribuidor al proveedor está previsto en la cláusula cuarta²⁴⁹ del contrato modelo, y se ajusta a las reglas de la CISG, en cuyo Artículo 53 señala que el comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención; asimismo, todo lo relacionado con su pago está señalado en la cláusula quinta del contrato modelo.

Analizo primero la fijación del precio, aspecto contemplado en la cláusula 4.1 del contrato modelo:

4. Precio de las Mercaderías

4.1 Salvo acuerdo en contrario por escrito entre el Proveedor y el Distribuidor, los precios por todas las Mercaderías a ser suministradas al amparo de este contrato serán los precios de lista del Proveedor de vez en cuando [En fábrica/FOB – especificar cualquier otra base]²⁵⁰.

a cabo la importación de las mercancías en el territorio, corran a cargo del importador, al amparo del término DAP – *Delivered at place* o Entregada en Lugar Convenido. Cfr. International Chamber of Commerce, *Incoterms...*, cit.

²⁴⁹ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, pp. 110-111.

²⁵⁰ Es decir, según los INCOTERMS, el precio tiene que ver con la entrega –lugar y condiciones– y si el vendedor se obliga a entregar en un puerto del comprador, el precio lógicamente será más alto. En su lista de precios, por ejemplo, señalará: “esta mercancía FOB vale tanto”. De hecho, el término FOB (*Free on board* o Franco a Bordo) establece que el importador –distribuidor– se obliga a pagar el precio establecido en el contrato de compraventa. Ahora bien, hay que señalar que la cláusula transcrita hace uso de una expresión demasiado vaga e imprecisa, a saber, *de vez en cuando*. Al tratar de esclarecer a qué hace exactamente referencia tal expresión, pude confirmar que en la versión original en inglés se hace uso de una expresión igualmente imprecisa: “4.1 *Except as otherwise agreed in writing between the Supplier and the Distributor, the prices for all Goods to be supplied under this contract shall be the Supplier’s [Ex works/FOB – specify any other basis] list prices from time to time.*” International Trade Centre (ITC), *op. cit.*, p. 102. Énfasis añadido. Con la finalidad de brindar una mayor precisión y claridad, considero que *from time to time* debería eliminarse de la versión en inglés y de igual manera debería eliminarse *de vez en cuando* de la versión en español. Con ello no se altera el significado y se evitan imprecisiones innecesarias y en lo absoluto justificadas. Ahora bien, hay que señalar que el término FOB fue sustituido en la última versión de los INCOTERMS del año 2020 por el término FCA *free Carrier* que examino en el capítulo cuarto. Cfr. International Chamber of Commerce, *Incoterms...*, cit. En cuanto al término de venta de exportación Ex Works, tenemos que es el acuerdo más favorable y conveniente desde el punto de vista del vendedor-exportador pues bajo este tipo de venta, la obligación del vendedor se limita a poner la mercancía a disposición del comprador para que la recoja en las instalaciones del vendedor,

En primer lugar, la cláusula transcrita remite a los INCOTERMS, específicamente al término FOB ya señalado²⁵¹.

Por otro lado, señala que, *salvo pacto en contrario*, el proveedor suministrará las mercancías al amparo de la lista de precios que él aporte y cuya copia debe proporcionar al distribuidor. Toda vez que admite pacto en contrario se deduce que esos precios se pueden convenir por ambas partes, si bien lo común es que sea el proveedor quien fije los precios de las mercancías que le vende al distribuidor.

De cualquier forma, me parece que el contrato modelo deja claro que las partes pueden pactar los precios de las mercaderías que el distribuidor compra al proveedor y ello me parece conforme con la consensualidad del contrato, dada la cual, las reglas del pago pueden ser libremente acordadas por las partes, rigiendo también los INCOTERMS pues el precio tiene que fijarse tomando en cuenta el lugar y las condiciones de la entrega; así tenemos que, por ejemplo, si el vendedor se obliga a entregar en un puerto del comprador, el precio puede ser más alto.

En la cláusula 4.2.2²⁵² el proveedor se reserva el derecho de cambiar los precios²⁵³. La redacción de tal apartado me parece que es muy abusiva pues las reglas de la compraventa sí permiten cambios en las cláusulas accidentales, pero en este caso se le está dejando tal discrecionalidad exclusivamente al proveedor, quien tiene la obligación de vender de conformidad con los términos convenidos y

asumiendo el comprador la obligación de recogerlas y de hacer todos los arreglos relacionados con su movimiento transfronterizo, incluidos transporte y obtención de seguros y licencias de exportación e importación. Cfr. Srivastava, Ajendra, *op. cit.*, p. 52.

²⁵¹ Cfr. Giménez Morera, Antonio, *et al.*, *op. cit.*, p. 40.

²⁵² “4.2 El Proveedor: 4.2.2 Entregará al Distribuidor un aviso por escrito y con una anticipación de por lo menos [especificar periodo] meses de cualquier modificación de los precios, y que los precios modificados aplicarán a las Mercaderías entregadas en la fecha del incremento y en lo sucesivo, incluyendo las órdenes pendientes. [Alternativa al Artículo 4.2.2: Dará al Distribuidor un aviso por escrito y con una anticipación de al menos [especificar periodo] meses previos a cualquier alteración en esos precios, y los precios modificados aplicarán a todas las Mercaderías ordenadas con posterioridad a la fecha del incremento.]” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 110.

²⁵³ Este derecho del vendedor de cambiar los precios está subordinado a la obligación del Proveedor de vender las mercancías y si el contrato de distribución no permite aumento unilateral de precio, en la compraventa tampoco deberá haberlo.

cuando decide cambiarlos, no es que se afecte al contrato de compraventa, pero sí se modifica su obligación de vender.

Sin embargo, en el párrafo siguiente del mismo apartado se incluye una alternativa que me parece más razonable y que por consiguiente debería desplazar el abuso mencionado. Consiste esta alternativa en que ese cambio de precios obedezca a incrementos relacionados con el costo de las mercaderías. Me parece que este punto no debería ser opcional sino obligatorio, con la finalidad de no afectar al distribuidor.

Una vez que ya quedaron analizadas las cuestiones relacionadas con el precio y su fijación, y en el entendido de que mi postura es que el precio de venta a los clientes finales lo deben fijar ambas partes de común acuerdo²⁵⁴, paso ahora a analizar la cláusula quinta del contrato modelo relativa al pago que está obligado a cubrir el distribuidor al proveedor:

5. Pago

5.1 El precio de las Mercaderías será pagadero dentro de los [treinta (30) días – especificar cualquier otro periodo] a la facturación por el Proveedor (que podrá enviarse en cualquier momento posterior a que las Mercaderías hubieran sido despachadas) o como las Partes puedan acordarlo por escrito²⁵⁵.

Esta cláusula es un buen ejemplo de la aplicación supletoria de las reglas de la compraventa, ya que, si para lo relacionado en esta cláusula las partes no

²⁵⁴ Lo contrario es riesgoso a la luz de las diferentes legislaciones internacionales como, por ejemplo, las restricciones establecidas por las normas de competencia del derecho europeo que no ven con buenos ojos la posibilidad de que el proveedor controle los precios finales de venta, los cuales deben ser fijados por el distribuidor.

²⁵⁵ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 111.

hubieren acordado nada por escrito y se omitiera mencionar el momento de pago, regirían las reglas aplicables de la CISG.

De la lectura de la cláusula quinta, se puede comprobar que prácticamente se sujeta en su totalidad a las reglas de pago de la compraventa comprendidas en los Artículos 54 al 59 de la CISG.

En tal virtud, tenemos que la cláusula quinta señala un plazo para realizar el pago, a pactarse con total libertad, admite cobro de intereses en caso de que el distribuidor tenga adeudos y señala como forma para hacer los pagos, la transferencia bancaria sin que el distribuidor pueda realizar compensaciones, deducciones o retenciones salvo por cualquier impuesto que está obligado a pagar por el valor de las mercancías –nótese que no se refiere a los impuestos de importación.

Sobre la forma de realizar el pago con transferencia bancaria, contemplado en la cláusula 5.2²⁵⁶, cabe señalar que las actividades previas al pago no son materia de obligación²⁵⁷.

Por otra parte, el beneficio del distribuidor no consiste en cobrar comisiones. En tal sentido, afirma Arce Gargollo: *“En este contrato no hay comisión, premio y honorarios para el distribuidor, pues es un contrato diferente a la comisión o a la agencia.”*²⁵⁸

Vale la pena también citar a Farina, pues justamente critica un fallo en el que se habla de la comisión que supuestamente cobra el distribuidor:

²⁵⁶ *Idem*. Esta cláusula hace referencia al pago de las mercancías, no se refiere a la importación.

²⁵⁷ Cfr. Adame Goddard, Jorge, “Las obligaciones del comprador...”, *cit.*, pp. 473-474. Coincido con Adame Goddard en que la obligación del comprador es pagar el precio y todo lo que debe hacer para pagarlo no constituye el objeto de una obligación distinta sino los medios para cumplir la obligación única de pagar el precio.

²⁵⁸ Arce Gargollo, Javier, “Los contratos de agencia...”, *cit.*

Es interesante citar lo resuelto en un fallo, según el cual el contrato de distribución es un contrato consensual que otorga al distribuidor el derecho de vender en un sector determinado, cuya ganancia consiste, generalmente, en la diferencia entre el precio de compra y el de venta, denominada impropriamente comisión y más acertadamente de reventa. Entendemos que, en verdad, debe hablarse de margen de reventa y no de remuneración, pues ésta significa un pago hecho por otro, en tanto que el beneficio del distribuidor resulta de su propia actividad, pues él adquiere la mercadería y debe abonar su precio sea cual fuere la suerte posterior en su reventa; de modo que su ganancia depende exclusivamente de su éxito en el mercado y de la diferencia que obtenga entre lo que debe pagar al proveedor y lo que cobre a sus clientes²⁵⁹.

El contrato modelo señala en el apartado 5.4²⁶⁰ que será opcional señalar un tiempo de pago. Este apartado se refiere a que si el vendedor no paga a tiempo las compraventas que ya quedaron confirmadas, tal incumplimiento le da la opción al proveedor de deshacer la operación sin necesidad de terminar con todo el contrato.

La cláusula 5.5.2 se refiere a lo que sucede cuando se incumplió la obligación de pagar, porque si se anula el contrato, ya no hay pago pendiente y el proveedor –vendedor– puede dar por resuelta esa operación y vender a otro las mercancías:

5.5 Si el Distribuidor omite pagar el precio de las Mercaderías de conformidad con este contrato de Suministro²⁶¹ podrá (sin limitar ningún otro derecho o remedio):

²⁵⁹ Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 413.

²⁶⁰ “5.4 La fecha de pago del precio de las Mercaderías será un elemento esencial para este contrato – [suprimir si no es apropiado].” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 112.

²⁶¹ La traducción del CCI aquí es errónea ya que el texto original en inglés señala lo siguiente: “5.5 If the Distributor fails to pay the price for any Goods in accordance with this contract, the Supplier may (without limiting any other right or remedy)” International Trade Centre (ITC), *op. cit.*, p. 103. Mi propuesta de traducción sería la siguiente: 5.5 Si el Distribuidor omite pagar el precio de las Mercaderías de conformidad con este contrato, podrá (sin limitar ningún otro derecho o remedio).

5.5.2 Vender o de cualquier otra manera disponer de las Mercaderías derivadas de cualquier orden del Distribuidor, hayan sido identificadas para la orden o no, y aplicar el producto de la venta al pago pendiente;

5.5.3 Cobrarle al Distribuidor intereses sobre el monto adeudado (antes como posterior a cualquier sentencia) a razón de [especificar] % de la fecha del adeudo hasta que el monto hubiera sido pagado en su totalidad²⁶².

3. Obligación del vendedor –proveedor– de responder por la calidad de las mercancías

Esta obligación la encontramos contemplada en la cláusula sexta²⁶³ del contrato modelo, que por una parte contempla las garantías de posesión libre y pacífica que debe proporcionar el proveedor respecto de las mercaderías, a saber, deberá garantizar su justo título, la no infracción de derechos de propiedad industrial

²⁶² Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 112.

²⁶³ “6. Garantías respecto de las Mercaderías 6.1 Sujeto a las siguientes disposiciones, el Proveedor garantiza al Distribuidor que: 6.1.1 El Proveedor tiene [o al momento de la entrega tendrá – suprimir si no es apropiado] buen título respecto de las Mercaderías suministradas al amparo de este contrato; 6.1.2 [El uso o reventa de las Mercaderías suministradas al amparo de este contrato no infringirá ningún derecho de patente, diseño, derecho de autor, marca u otro derecho de propiedad intelectual de cualquier tercero – suprimir si no es apropiado]; y 6.1.3 Sujeto al Artículo 6.2, las Mercaderías suministradas al amparo de este contrato [y su uso por cualquier cliente del Distribuidor cumplirá con las especificaciones acordadas para ellas y que estarán libres de defectos en sus materiales o de fabricación por un periodo de [noventa (90) días – especificar cualquier otro periodo] a partir de la entrega al Distribuidor y cumplirán con todos los requerimientos legales aplicables sobre salubridad y seguridad. 6.2 El Proveedor no tendrá responsabilidad por ningún defecto en las Mercaderías que surja por su uso y desgaste justo, ni por cualquier daño intencional, negligencia, o sometimiento a condiciones anormales de operación, incumplimiento de las instrucciones escritas del Proveedor, uso indebido o alteración de las Mercaderías sin la autorización del Proveedor, o cualquier otro acto u omisión por parte del Distribuidor, sus empleados o agentes ni por parte de cualquier tercero. [Opción “6.3: En el caso de un incumplimiento del Proveedor con su garantía conforme al Artículo 6.1.3 la responsabilidad del Proveedor se limitará a]: 6.3.1 Reparar o (si ello no resulta práctico) reemplazar las Mercaderías en cuestión; o 6.3.2 Reembolso de cualquier parte del precio de las Mercaderías en cuestión que se hubiere pagado” [suprimir si no es apropiado]. [Opción “6.4: En el caso de que el Proveedor no sea el fabricante de las Mercaderías, el Proveedor, sin limitar ninguna otra de sus obligaciones, extenderá al Distribuidor el beneficio de cualquier garantía u otro Término otorgado por el fabricante.” [suprimir si no es apropiado].] [Opción (en sistemas de derecho común): “6.5 Todas las demás garantías u otros Términos, expresos o implícitos por ley o de cualquier otro tipo, quedan excluidos en la medida más amplia permitida por la ley.”.]” *Idem*.

de terceros y la ausencia de cualquier tipo de defecto²⁶⁴ –incluyendo todos los requerimientos de salubridad y seguridad y quedando libre por defectos imputables al distribuidor– y por otra parte señala los pasos opcionales a seguir en caso de incumplimiento a tales garantías por parte del proveedor, a saber, el distribuidor podrá elegir entre exigir reparaciones, reemplazos o reembolsos, obligaciones que el proveedor deberá hacer extensivas al respectivo fabricante, en caso de ser un proveedor no fabricante.

Para todo lo no contemplado en el texto del contrato, rigen los capítulos correspondientes de la CISG, que en caso de las obligaciones del proveedor se encuentran contempladas de los Artículos treinta y cinco al cuarenta y cuatro bajo el título “*Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros*”. Por citar un ejemplo, el texto del contrato no señala nada sobre los posibles casos de entregas anticipadas, en cuyo caso se aplicarían las reglas contempladas por el Artículo 37 de la Convención.

En todo caso, es importante recalcar que el vendedor que no entrega la libre y pacífica posesión de las mercancías incurre en un incumplimiento esencial del contrato y ello incluye la posible entrega de cosa de naturaleza distinta a la convenida²⁶⁵.

A pesar de que rige la autonomía de la voluntad, el contrato de distribución no detalla todos los escenarios posibles sobre la calidad y tipo de mercancías y ante esta imposibilidad habrá que acudir a las reglas de la CISG²⁶⁶.

²⁶⁴ Por defecto, puede entenderse también cualquier falta de calidad.

²⁶⁵ Osea, *aliud pro alio*. Cfr. Adame Goddard, Jorge, “La responsabilidad del vendedor por la calidad de las mercancías en la compraventa internacional. Una interpretación romanística”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (UNAM)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, Volumen 19, Número 55, 1986, p. 16. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2170/2427>. Fecha de acceso: 27 de febrero de 2022.

²⁶⁶ *Idem*.

4. Transmisión del riesgo por deterioro o pérdida de las mercancías

El mayor riesgo asumido por el distribuidor se encuentra comprendido en la cláusula de compra mínima, que ya quedó analizada, pero no es el único ya que asume también el riesgo por pérdida o deterioro de las mercancías durante la travesía y antes de que le sea entregada, cuestiones que se rigen por el contrato de compraventa.

De conformidad con los términos del suministro²⁶⁷ contenidos en el Anexo 4 del contrato, tenemos que se le transmite al distribuidor el riesgo por daño o pérdida de las Mercancías de conformidad con el INCOTERM aplicable o de cualquier otra forma, con lo cual, la obligación es muy amplia:

5. Transmisión del riesgo

El riesgo por el daño o pérdida de las Mercancías [y la propiedad sobre las Mercancías – suprimir si no es apropiado] pasará al Distribuidor de conformidad con el Incoterm aplicable o de cualquier otra forma al momento de la entrega de las Mercancías²⁶⁸.

Coincido con Iglesias en que cuanto más se especifique el riesgo, mejor:

Teniendo en cuenta [...] que el contrato de distribución internacional es un acuerdo a largo plazo [...], es razonable [...] prever la posibilidad de cambios importantes en materia legislativa, económica o política local e internacional, que puedan del algún modo tener influencia sobre el acuerdo y sus resultados. Se han registrado situaciones de boicot político, derrocamientos de gobiernos, situaciones económicas de emergencia, etc., que han

²⁶⁷ Parece que el texto traducido del contrato modelo usa la palabra *suministro* para indicar entrega, lo cual genera confusiones innecesarias con el contrato del mismo nombre.

²⁶⁸ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 127.

lesionado severamente acuerdos de distribución y otros, a largo plazo. A partir de tal experiencia es común la cláusula de traslado de riesgos hacia la parte que esté en un mercado o país con situaciones oscilantes o inestables desde el punto de vista político y económico. Tales disposiciones van desde la contratación de seguros, avales u otro tipo de respaldos, hasta la lisa y llana aceptación por el distribuidor de tales riesgos, ofreciendo como garantía el patrimonio de su empresa²⁶⁹.

La cuestión es que, independientemente de que se especifique a detalle o no, lo que implica el riesgo asumido por el distribuidor, lo cierto es que es el distribuidor quien responde ante terceros no solo por su actividad de comercialización, sino también por la insolvencia del proveedor o por el incumplimiento en que pueda incurrir este último y que afecte tales relaciones con terceros.

Por último, con relación a las compraventas que se forman en el contrato de distribución, me parece muy criticable que el contrato modelo incluye en un anexo —específicamente el Anexo 4— toda una serie de reglas relacionadas con la compraventa, y que por seguridad jurídica deberían estar contempladas dentro del clausulado y no en un anexo que puede cambiarse con relativa facilidad.

Lo entiendo así, porque se están dejando en un anexo aspectos tan importantes como por ejemplo todo lo relacionado con la inspección de las

²⁶⁹ Iglesias, Daniel Oscar, "Aspectos básicos de los contratos de distribución internacional y la normativa antimonopolio de la C.E.E.", *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, Buenos Aires, Año 26, Editorial Depalma, julio-diciembre de 1993, pp. 244-245. Ahora bien, a mi juicio debe distinguirse el riesgo del distribuidor, como parte de un contrato a largo plazo, del riesgo del distribuidor como comprador de una operación específica de compraventa, que se refiere exclusivamente al riesgo por pérdida o deterioro de la mercancía antes de que el comprador la reciba.

mercaderías²⁷⁰, la cantidad de mercaderías que deba entregar el proveedor²⁷¹ e incluso la posible formación de una compraventa con reserva de dominio²⁷².

²⁷⁰ “3. Inspección de las Mercaderías [Opción: Inspección previo a la entrega] “El Proveedor [a su propia costa – suprima si no es aplicable] se hará cargo de las pruebas e inspección de las Mercaderías en las instalaciones del Proveedor antes del envío [por – especificar organización]. [El Proveedor no tendrá responsabilidad por reclamación alguna respecto a cualquier defecto en las Mercaderías que hubiera sido aparentes al inspeccionarse y que se haga luego del envío – [suprimir si no resulta apropiado].” [Opción: Inspección posterior a la entrega “El Distribuidor efectuará, dentro de los [siete (7) – especificar cualquier otro periodo] días después del arribo de cada entrega de Mercaderías a las instalaciones del Distribuidor, inspeccionar las Mercaderías a su propia costa y notificar al Proveedor por escrito respecto de cualquier defecto en las Mercaderías o cualquier otro asunto por razón el Distribuidor alegue que las Mercaderías entregadas no se conforman con este contrato, y que sea evidente a su inspección – suprima si no es aplicable.”]” Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., p. 127.

²⁷¹ “1. Cantidad de Mercaderías 1.1 [Sujeto al Artículo 2.4 de este contrato – suprimir si no es apropiado], la cantidad de Mercaderías a ser suministradas por el Proveedor serán las que se mencionen en cada orden enviada por el Distribuidor (de ser confirmada por el Proveedor). 1.2 [Cada orden estará sujeta a las cantidades mínimas/máximas especificadas en el anexo 3 – suprimir si no resulta apropiado]. 1.3 [El Vendedor se reserva el derecho de entregar hasta [especificar] % más o [especificar] % menos que la cantidad ordenada sin ajuste de precio, y la cantidad entregada será considerada la cantidad ordenada – suprimir si no resulta apropiado.]” Ibidem, p. 126. La cantidad de mercancías se determina en el contrato de compraventa que se perfecciona por la orden de compra – oferta de compra – y la aceptación o confirmación de la orden de compra.

²⁷² “[Opción: “6. Reserva de dominio 6.1 No obstante la entrega y la transmisión del riesgo de las Mercaderías, o cualquier otra disposición en este contrato, la propiedad sobre las Mercaderías no pasará al Distribuidor sino hasta que el Proveedor hubiera recibido el pago total del precio por las Mercaderías. 6.2 Hasta que se transmita la propiedad de las Mercaderías al Distribuidor: 6.2.1 El Distribuidor cuidará las Mercaderías del Proveedor, y mantendrá dichas Mercaderías separadas de aquellas propiedad del Distribuidor y de terceras personas, debidamente almacenadas, protegidas y aseguradas e identificadas como Propiedad del Proveedor; 6.2.2 Si ninguna de las circunstancias referidas en el Artículo 7.4.2 de este contrato han acontecido respecto al Distribuidor, el Distribuidor podrá revender o usar las Mercaderías en el curso ordinario de su negocio (en cuyo caso la propiedad en las Mercaderías se considerará que pasa al Distribuidor); 6.2.3 Condicionado a que las Mercaderías no hubieran sido vendidas o consumidas, el Proveedor podrá en cualquier momento requerirle al Distribuidor que entregue al Proveedor aquellas Mercaderías por las que el Proveedor no hubiera recibido el pago total, y si el Distribuidor omite cumplir, el Proveedor podrá ingresar a las instalaciones del Distribuidor o de cualquier otro tercero en donde las Mercaderías estén almacenadas y tomar posesión de las Mercaderías; y 6.2.4 El Distribuidor no dará en prenda ni gravará de manera alguna las Mercaderías propiedad del Proveedor por cualquier endeudamiento, pero si el Distribuidor lo hace todas las sumas que le adeude el Proveedor al Distribuidor se vencerán se tornarán inmediatamente exigibles.”] [Comentario: Las Partes deberán tomar en consideración que en algunos sistemas legales una disposición sobre la reserva de dominio no es factible, o puede resultar ineficaz en caso de insolvencia del Distribuidor, o que quizá no se pueda ingresar a las instalaciones del Distribuidor sin contar con una orden judicial. Una disposición de reserva de dominio no será apropiada en aquellos casos en los que el contrato requiera que el pago se haga antes o después de la entrega.]” Ibidem, pp. 127-128.

V. DISPOSICIONES COMUNES A OTROS CONTRATOS

A continuación, analizaré las cláusulas adicionales del contrato internacional de distribución de mercaderías. Se trata de cláusulas que no son específicas de este contrato sino comunes a muchos otros y que pueden convenirse o no dentro de un contrato de distribución sin que la falta de convenio sobre ellas afecte su naturaleza.

Dentro de este rubro se abarcan aspectos tales como propiedad intelectual, confidencialidad o responsabilidad por incumplimiento.

1. Confidencialidad

La confidencialidad, una característica de la buena fe contractual, la apreciamos en el contrato, implicada en una diversidad de aspectos tales como el diseño de productos, especificaciones sobre el modelo de negocio, precios, desarrollo de nuevas mercaderías, dibujos, o también en el hecho de que ambas partes se obligan a guardar y no divulgar la información confidencial que pudieran conocer con motivo de la ejecución del contrato y se encuentra contemplada en la cláusula décima:

10. Confidencialidad

10.1 Ambas partes comprenden y reconocen que, en virtud de este contrato, podrán recibir o enterarse de información que pertenezca o se relacione con la otra parte, su negocio, sus Planes de Negocio, asuntos o actividades, información que podrá ser confidencial y propiedad de la otra parte y/o de sus Proveedores y/o clientes ante quienes están sujetos a un estricto deber de confidencialidad ("Información Confidencial")²⁷³.

²⁷³ *Ibidem*, p. 118.

Si bien es cierto que la confidencialidad es un principio propio de la buena fe contractual contemplado debidamente en los Principios de UNIDROIT²⁷⁴ y la CISG²⁷⁵, cabe señalar que en este contrato en específico puede muy fácilmente tornarse en un factor de desequilibrio entre las partes.

Ya expuse que la obligación de dar información es bilateral, pero sí hay una tendencia a concentrar la mayor parte de la información en el proveedor; además, hay que tomar en consideración que una vez terminado el contrato el proveedor contará en su poder con toda la información que sobre el mercado correspondiente le haya transmitido el distribuidor.

Por tal motivo en este sentido sí coincido con un amplio sector de la doctrina que considera contemplar una indemnización por clientela a favor del distribuidor²⁷⁶, y a mi parecer, tal indemnización debe ir contenida en el clausulado de la manera más específica posible, sobre todo en cuanto a su monto.

Por lo anterior, sería importante que la cláusula décima haya de redactarse de manera tal que el distribuidor no quede desprotegido sobre todo una vez que el contrato haya finalizado, tomando en consideración que la obligación de

²⁷⁴ “Artículo 2.1.16 (Deber de confidencialidad) Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.” Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Tales principios están disponibles para su consulta en línea en el siguiente enlace: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>, el cual fue consultado para esta investigación, con fecha 27 de febrero de 2022.

²⁷⁵ No lo establece de manera explícita, pero se puede inferir del Artículo séptimo, por ser una cuestión derivada de la buena fe contractual.

²⁷⁶ Este tema de indemnización por clientela está muy desarrollado por Jarne Muñoz, Cfr. Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 142. Sin embargo, el autor señala que tal indemnización es consecuencia del *encroachment* en las redes de distribución, terminología con la que no estoy de acuerdo no solamente por tratarse de un anglicismo que puede ser sustituido por la idea de invasión por parte del proveedor a la clientela del distribuidor, sino por tratarse de un término no jurídico para designar un aspecto de vital importancia en el contrato de distribución.

confidencialidad no tiene límite de tiempo, incluso una vez terminado el contrato, de conformidad con su cláusula 10.4²⁷⁷.

Esta indemnización por clientela cobra especial relevancia si tomamos en cuenta que la obligación de confidencialidad se prolonga en el tiempo incluso una vez terminado el contrato, de conformidad con la cláusula 10.2 y me parece destacable el hecho de que no especifica por cuanto tiempo deberá observarse después de su terminación:

*10.2 Considerando que dicha Información Confidencial ha sido revelada o de cualquier manera compartida con la otra parte para efectos del cumplimiento con este contrato, cada parte se compromete, durante la vigencia, o con posterioridad a la terminación de este contrato, ya sea directa o indirectamente, a no revelar, divulgar, o hacer un uso no autorizado de la cualquiera de la Información Confidencial*²⁷⁸.

Creo que está más que justificada tal indemnización, pues en el contrato de agencia sí procede, y es el contrato que según la doctrina guarda mayor similitud con la distribución, llegando a aplicarse por analogía sus reglas. El contrato de agencia contempla la indemnización por clientela, por ejemplo, en España, en el Artículo 28 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia:

Artículo 28. Indemnización por clientela.

1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente,

²⁷⁷ “10.4 Las disposiciones de este Artículo 10 continuarán sin límite de tiempo no obstante la terminación de este contrato por cualquier razón.” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 118.

²⁷⁸ *Idem.*

tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.

3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior²⁷⁹.

De igual manera, entonces, el contrato de distribución debería incluir una cláusula en los mismos términos que el Artículo 28 transcrito, además de que por consiguiente también debería contemplar los casos en los cuales tal indemnización sea improcedente, de conformidad con el Artículo 30 del mismo ordenamiento:

Artículo 30. Supuestos de inexistencia del derecho a la indemnización.

El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios:

a) Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.

²⁷⁹ La Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia se encuentra disponible en línea en el siguiente enlace, y fue consultada para esta investigación con fecha 27 de febrero de 2022: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1992/BOE-A-1992-12347-consolidado.pdf>.

b) Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades.

c) Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

Es importante que sí se garantice una indemnización por clientela, por ser el derecho de la clientela uno de los activos más importantes de la empresa comercial, con lo cual queda más que justificado que sea contemplada como un principio básico de derecho comercial que puede llevar a soluciones consonantes a las múltiples cuestiones comerciales no contempladas por la legislación²⁸⁰.

Otra cuestión importante sobre el acuerdo de confidencialidad es que es válido incluirlo indistintamente del acuerdo de exclusividad pactado. Es decir, se pacte o no la exclusividad, el contrato debería llevar su correspondiente cláusula de confidencialidad redactada de conformidad con los términos señalados en líneas precedentes.

Sin embargo, hay autores que consideran que la confidencialidad deriva únicamente de la distribución exclusiva:

Otro aspecto importante a tener en cuenta dentro de la cláusula de exclusiva es el llamado acuerdo de confidencialidad. Entre fabricante y distribuidor se construye un canal recíproco de información no sólo respecto del producto sino también referida a precios, tendencias de mercado, etc., todas ellas

²⁸⁰ Cfr. Mendoza Ramírez, Álvaro, "Principios generales del derecho comercial", en Oviedo Albán, Jorge (coord.), *Derecho comercial en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad de La Sabana Editorial Temis, 2008, pp. 5-6.

*valorables en dinero, y cuya revelación puede ocasionar importantes pérdidas presentes o futuras. A tal efecto es menester reflejar puntual y expresamente, en el contrato, cuáles actitudes deberán ser consideradas una violación al acuerdo de confidencialidad, ya que tanto los árbitros como los tribunales de varios países, sólo se expiden respecto de condiciones puntuales y previstas en el contrato, y en muy pocas oportunidades entran a analizar si tal o cual actitud puede ser considerada una transgresión al deber de confidencia*²⁸¹.

Sobre esta conveniencia de reflejar puntualmente qué actitudes deben considerarse como una violación al acuerdo de confidencialidad, Narayanan señala que hay que distinguir entre información confidencial e información general, siendo esta última aquella que de manera inevitable puede llegar a adquirir un empleado en el curso normal de su actividad y que inevitablemente pasa a formar parte de su conocimiento, de manera tal que ha de entenderse que cuando se convierta en ex empleado, si bien es cierto que no podrá revelar a terceros la información confidencial de su ex empleador, sí podrá usar el conocimiento y las habilidades adquiridas por tal motivo mientras duró la relación con él, siempre y cuando no divulgue secretos²⁸².

Si bien es cierto que el distribuidor no es un empleado del proveedor, el paralelismo sobre este punto me parece totalmente pertinente ya que el distribuidor

²⁸¹ Iglesias, Daniel Oscar, *op. cit.*, pp. 244-245. Con respecto a la obligación de confidencialidad, me parece pertinente señalar un paralelismo entre dicha obligación y el deber de guardar secretos industriales contemplado en nuestra Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial: “Artículo 165.- La persona que ejerza el control legal del secreto industrial podrá transmitirlo o autorizar su uso a un tercero. El usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto industrial por ningún medio. En los convenios por los que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos industriales que incluyan, las cuales deberán precisar los aspectos que comprenden como confidenciales. Artículo 166.- Toda aquella persona que, con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto industrial del cual se le haya prevenido sobre su confidencialidad, deberá abstenerse de divulgarlo, sin consentimiento de la persona que ejerza su control legal, o de su usuario autorizado.”

²⁸² Cfr. Narayanan, Parameswaran, *Intellectual property law*, 3ª. Edición, Nueva Delhi, Kolkata, 2019, p. 380.

tampoco puede deshacerse del aprendizaje que haya obtenido al haber formado parte del canal de distribución de un proveedor y considero que eso es algo que debe reflejar el contrato.

2. Reglas sobre fuerza mayor

Las reglas sobre fuerza mayor son en realidad las mismas que se suelen encontrar en cualquier otro tipo de contrato. Se hallan contenidas en la cláusula décima quinta²⁸³, que en su primer apartado señala qué debe entenderse por fuerza mayor –guerra, emergencia, accidente, incendio, sismo, inundación, tormenta, huelga industrial o cualquier hecho fuera del control de la parte afectada y que no pueda razonablemente prever al momento de celebrarse el contrato–; el segundo apartado establece que la parte afectada no incurre en incumplimiento por tal motivo y por lo tanto no será responsable por retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando la situación se haya notificado debidamente a la contraparte; por último, se da la opción de terminar el contrato ante la persistencia de la fuerza mayor y de poder negociar las modificaciones al contrato que sean necesarias para hacer frente al supuesto aligerando sus efectos.

Coincido con Sierralta Ríos en que la fuerza mayor es un tema que vale la pena recuperar a la hora de ubicar al contrato internacional de distribución de mercancías en el marco de la teoría general del contrato, por encima del Derecho Internacional y del Derecho de los Contratos Internacionales, por tratarse de un término tomado de la concepción romanística toda vez que en el sistema anglosajón no existe un equivalente, que ante tal carencia entonces recurre a otras expresiones como imprevisión, frustración o causas de exoneración de responsabilidad contractual²⁸⁴.

²⁸³ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 122.

²⁸⁴ Cfr. Sierralta Ríos, Aníbal, *op. cit.*, p. 142.

3. Reglas sobre onerosidad sobrevenida o cambio de circunstancias (*hardship*)

Este tema aparece contemplado en la cláusula décima cuarta²⁸⁵ del contrato modelo y establece que en caso de que el contrato pudiese tornarse más oneroso para una de las partes, sin que quede liberada de tener que cumplir con sus obligaciones, podrán llegar a un acuerdo y en caso de que esto no fuere posible la parte afectada podrá acudir al procedimiento de solución de controversias ante el juzgado o tribunal arbitral.

Para ello, señala expresamente lo que comprende el supuesto del *hardship*, a saber, si se trata de eventos que no hubiesen de manera razonable podido haberse tomado en cuenta al momento de celebrarse el contrato, o tratándose de eventos más allá del control de la parte afectada o fuesen riesgos que no tengan por qué soportarse de conformidad con el contrato.

Al respecto es de mención obligada la cláusula *rebus sic stantibus* que justo busca equilibrar las prestaciones contractuales de manera que no haya una parte que se beneficie por encima de la otra por pactos previos al acontecimiento imprevisto y se mantenga la igualdad de condiciones entre los contratantes.

La cláusula de *hardship* es justo la que marca los cambios que provocan las prácticas y usos comerciales:

En síntesis, la progresión de tales redes conforme a los estándares que gobiernan la esfera jurídica hace que estemos ante un orden globalizador que tiende a superar los límites y controles impuestos por el Estado, a sustituir la política por el mercado, como instancia máxima de regulación social, adoptando las normas flexibles de la lex mercatoria, a condicionar el principio

²⁸⁵ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 121.

*de pacta sunt servanda por el de rebus sic stantibus, a sustituir la adjudicación por el arbitraje y la mediación, y a alterar la distinción clásica entre lo público y lo privado*²⁸⁶.

4. Formas de notificación entre las partes

La forma en que las partes se harán sus respectivas notificaciones está contemplada en la cláusula décima octava²⁸⁷, que señala que deberán ser por escrito, incluyendo así los correos electrónicos, o enviándolas a los respectivos domicilios debiendo constar prueba fehaciente de que las notificaciones queden realizadas.

5. Posibilidad de cesión y subcontratación de derechos contractuales

Este punto nos remite a la cláusula vigésima²⁸⁸ del contrato modelo y señala que no está permitido, sin la autorización de la contraparte, hipotecar, gravar o de cualquier forma transferir, negociar o crear fideicomisos sobre cualquier de los derechos contractuales. Asimismo, prohíbe la subcontratación o delegar de cualquier otra manera los derechos y las obligaciones, con lo cual queda claro que se trata de un contrato *intuitu personae*.

6. Reglas sobre solución de controversias, foro competente, ley aplicable e idioma

A continuación, las analizo por separado:

²⁸⁶ Garrido Gómez, María Isabel, *op. cit.*, p. 110.

²⁸⁷ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 123.

²⁸⁸ “20. Cesión y subcontratación 20.1 Este contrato es personal a las Partes y ninguna de las partes podrá sin la autorización previa por escrito de la otra: 20.1.1 Ceder, hipotecar, gravar o de cualquier otra manera transferir o negociar con, o crear un fideicomiso sobre, cualquiera de sus derechos; o 20.1.2 Subcontratar o de cualquier otra manera delegar en todo o en parte sus derechos u obligaciones derivadas de este contrato hacia otra persona.” *Ibidem*, p. 124.

6.1 Efecto de disposiciones inválidas o inejecutables

Este aspecto se contempla en la cláusula vigésima primera²⁸⁹, que hace referencia a que, si alguna disposición del contrato es declarada inválida o inejecutable por un juzgado o cualquier autoridad competente, ello no afectará la validez de todas las demás disposiciones en el entendido de que ambas partes habrán de poner su mejor esfuerzo para reemplazar aquellas afectadas de nulidad e invalidez conservando para ello la intención original de la contratación inicial.

6.2 Solución de controversias

De conformidad con el Reglamento Roma I²⁹⁰, tenemos que los contratos se rigen por la ley que elijan las partes, en el entendido de que Roma I en este punto ofrece a las partes todo tipo de oportunidades para elegir la ley vigente: pueden hacer una elección diferente en diferentes partes del contrato e incluso cambiar la elección de la ley una vez concluido el contrato, sin que ello signifique que las partes no pueden, por su elección de ley, convertir su contrato en un contrato internacional²⁹¹ lo cual ya se analizó en el capítulo primero al tocar el tema de los contratos internacionales y sus requisitos.

Para resolver cualquier controversia o demanda relacionada con el contrato, tales como la celebración, la interpretación, el cumplimiento o incumplimiento, la terminación o la invalidez, la cláusula vigésima tercera²⁹² establece dos alternativas

²⁸⁹ “21. *Efecto de disposiciones inválidas o inejecutables* 21.1 Si alguna disposición de este contrato es declarada por un juzgado u otra autoridad competente que es inválida o inejecutable en todo o en parte, este contrato continuará válido respecto de sus demás disposiciones, a menos que se desprenda de las circunstancias que (sin la disposición declarada nula e inválida) las partes no hubieran celebrado este contrato. 21.2 Las Partes usarán todos sus esfuerzos razonables para reemplazar las disposiciones declaradas nulas e inválidas por disposiciones que sean válidas conforme a la ley aplicable y se acerquen lo más posible a su intención original.” *Idem*. Nótese que la cláusula 21.2 contiene el caso de nulidad parcial.

²⁹⁰ Que reemplazó al Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980.

²⁹¹ Cfr. Wevers, H., *op. cit.*, p. 91.

²⁹² “23. *Solución de controversias* Cualquier disputa, controversia o demanda derivada o relacionada con el presente contrato, incluyendo su celebración, interpretación, cumplimiento, incumplimiento,

a elección de las partes: el procedimiento arbitral ante la institución que acuerden, siendo de común acuerdo también, la elección del número de árbitros y el lugar e idioma del arbitraje y con la alternativa de regirse por las reglas de la UNCITRAL; o bien en virtud de la segunda alternativa, las partes podrán llevar la controversia ante los tribunales estatales competentes.

En el caso de optar por la primera opción, la UNCITRAL ofrece una serie de reglas de conciliación que las partes pueden acordar para la conducción de los procedimientos de conciliación que deriven de su relación comercial. Busca cubrir todos los aspectos del proceso de conciliación a través de cláusulas de conciliación modelo definitorias de lo cuándo debe considerarse que la conciliación comienza y termina, además de todos los aspectos procesales relacionados con la confidencialidad, los nombramientos y el papel de los conciliadores²⁹³.

Por último, cabe señalar que en caso de que las partes no hayan hecho una elección de ley, o si la hecha no puede demostrarse con certeza razonable, el Artículo 4 Roma I entra en vigor, el cual señala que en tal caso la ley aplicable al contrato de distribución, de manera expresa, será la ley del país en donde el distribuidor tiene su habitual residencia²⁹⁴.

terminación o invalidez será dirimido bajo las reglas de [especificar la institución de arbitraje] por [especificar el número de árbitros, por ejemplo, árbitro único o, en caso de ser apropiado, tres árbitros] designados de conformidad con tales reglas. El lugar del arbitraje será [especificar]. El idioma del arbitraje será [especificar]. [Las siguientes son alternativas a designar a una institución arbitral específica conforme al Artículo 23. Alternativa 1: Ad hoc arbitraje Cualquier disputa, controversia o demanda derivada o relacionada con el presente contrato, incluyendo su celebración, interpretación, cumplimiento, incumplimiento, terminación o invalidez, será dirimido definitivamente bajo las reglas de UNCITRAL [especificar otras reglas] por [especificar el número de árbitros, es decir árbitro único o en caso de ser apropiado, tres árbitros] designados por [especificar nombre de persona o entidad que designa]. El lugar del arbitraje será [especificar]. El idioma del arbitraje será [especificar].] [Alternativa 2: Tribunales Estatales Cualquier disputa, controversia o demanda derivada o relacionada con el presente contrato, en particular su celebración, interpretación, cumplimiento, incumplimiento, terminación o invalidez, será dirimido de manera definitiva por los tribunales de [especificar lugar y país] los cuales gozarán de jurisdicción exclusiva.]”, Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, pp. 124-125.

²⁹³ Conciliation Rules o reglas de conciliación de UNCITRAL. El documento está disponible en línea en el siguiente enlace y fue consultado con fecha 27 de febrero de 2022: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf>.

²⁹⁴ Cfr. Wevers, H., *op. cit.*, p. 91.

6.3 Derecho aplicable

Sobre el tema del derecho aplicable, en la cláusula vigésima quinta²⁹⁵ se establece que para todas las cuestiones que no tengan solución en el clausulado del contrato, se regirán en una primera alternativa por la CISG, así como por los Principios de UNIDROIT, y cabe señalar que esto es en el entendido de que estos principios serán obligatorios en la medida en que no contravengan otras disposiciones normativas nacionales imperativas.

En caso de que las cuestiones no puedan cubrirse ni por la CISG, ni por los Principios de UNIDROIT, remite a las leyes nacionales relevantes o, en una segunda alternativa, al derecho de la ley nacional que pacten los contratantes.

6.4 Idioma del contrato

El idioma original del contrato es el inglés y en tal idioma habrá de ser negociado y celebrado, en el entendido de que, de conformidad con la cláusula vigésima cuarta, el contrato se podrá traducir a cualquier otro idioma en el entendido de que ante cualquier duda prevalecerá el texto en inglés.

7. Vigencia y terminación

De conformidad con su décima segunda²⁹⁶, el plazo del contrato modelo podrá ser determinado –tiende a ser de cuando menos cinco años de duración

²⁹⁵ “25. *Derecho aplicable* [Alternativa 1: “*Aquellas cuestiones relativas a este contrato que no estén expresamente resueltas en las disposiciones del mismo se regirán por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa), en lo sucesivo, mencionada como la CISG) así como por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, y en la medida en que dichas cuestiones no sean cubiertas por la CISG o por los Principios UNIDROIT, por referencia a [especificar la ley nacional relevante].*”] [Alternativa 2: “*El derecho [especificar la ley nacional] se aplicará al presente contrato.*”]” Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 125.

²⁹⁶ “12. *Vigencia y terminación* 12.1 *Este contrato iniciará su vigencia el día de la firma por ambas partes o, si la firma no ocurre de manera simultánea, cuando se otorgue la última firma. A menos*

forzosa para ambas partes– o incluso indefinido –admite la prórroga del contrato a menos que se dé por terminado antes– con lo cual vemos que se trata de un contrato de larga duración.

Lo anterior es conforme con el Artículo 5.1.8. de los Principios de UNIDROIT, que señala que cuando el contrato no establece un plazo o establece uno indefinido, puede terminarse por cualquiera de las partes mediante aviso notificado con razonable anticipación²⁹⁷.

Vemos que tal principio es recogido entonces por el modelo de contrato, de manera opcional, en la cláusula 12.2 ya transcrita que contiene la terminación por conveniencia en favor de cualquiera de las partes y en cualquier momento, mediante el mencionado preaviso²⁹⁸.

que se dé por terminado antes conforme a los Artículos 12.2, 12.3 o 12.4, este contrato continuará por un periodo de [especificar periodo]. [Comentario: La vigencia del contrato podrá verse limitada por razón de la ley aplicable (por ejemplo, quizá tenga que limitarse a 5 años cuando la exención de la UE a acuerdos verticales sea relevante)]. [Opción: Terminación por conveniencia “12.2 Cualquier parte tendrá derecho a terminar este contrato en cualquier momento mediante aviso por escrito dado con no menos de [especificar periodo] al otro.”] 12.3 El Proveedor podrá (sin limitar sus derechos conforme al Artículo 5.5) dar por terminado este contrato con efectos inmediatos mediante aviso por escrito al Distribuidor, si éste último omite pagar cualquier suma adeudada por ella conforme a este contrato dentro de los [especificar plazo] días de la fecha de pago. 12.4 Cualquier parte (sin limitar ningún otro remedio) podrá en cualquier momento dar por terminado este contrato mediante aviso por escrito a la otra, si: 12.4.1 La otra parte comete cualquier incumplimiento a este contrato (y de ser remediable) omite remediar el incumplimiento dentro de los [treinta (30) – especificar cualquier otro número] días luego de ser requerido por escrito del cumplimiento para hacerlo; o 12.4.2 La otra parte inicia un proceso de liquidación, cae en bancarota, o hace un acuerdo con sus acreedores o le es designado un interventor o administrador. Comentario: Referencias a situaciones de insolvencia deberán adaptarse para cada sistema legal en cuestión. 12.5 Para los fines del Artículo 12.4.1, los incumplimientos de cualquiera de las disposiciones de este contrato serán considerados capaces de ser remediados si la parte en incumplimiento puede cumplir con la disposición en todos sus aspectos distinto al momento de cumplimiento. [Comentario: En algunos sistemas legales podrá ser conveniente no incluir una disposición sobre el incumplimiento, o incluir disposiciones más detalladas respecto los derechos y remedios de las Partes en estos casos.] 12.6 La terminación de este contrato por cualquier razón no afectará: 12.6.1 Los derechos acumulados de cualquier parte, remedios, responsabilidades incluyendo pagos pendientes a la fecha de la terminación; o 12.6.2 La entrada en vigor o que continúe en vigor cualquier disposición de este contrato que expresamente o por implicación inicie o continúe su vigencia a la terminación o con posterioridad.” Ibidem, pp. 119-120.

²⁹⁷ La cita original de los Principios de UNIDROIT es la siguiente: “A contract for an indefinite period may be terminated by either party by giving notice a reasonable time in advance. As to the effects of termination in general, and as to restitution, the provisions in Articles 7.3.5 and 7.3.7 apply.”

²⁹⁸ Cfr. Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., p. 119.

Ahora bien, sobre lo que debe entenderse por *razonable anticipación*, remito a los comentarios a los Principios de UNIDROIT:

Lo que debe entenderse por anticipación razonable, depende de las circunstancias, tales como el período de tiempo que las partes llevan colaborando entre sí, la importancia que tengan sus respectivas inversiones en la relación contractual, el tiempo necesario para encontrar nuevos socios, etc. Esta regla puede interpretarse como destinada a colmar lagunas en caso de que las partes no hayan estipulado la duración de su contrato. Y con mayor amplitud, también hace relación al principio ampliamente reconocido de que los contratos no vinculan a las partes eternamente y que siempre se puede resolver una relación contractual por tiempo indefinido notificando dicha intención con suficiente anticipación. Lo anterior no es aplicable en caso de resolución del contrato por imprevista y excesiva onerosidad sobreviniente (hardship) contemplada en los Artículos 6.2.1 – 6.2.3. En el caso de la excesiva onerosidad sobreviniente se requiere un cambio fundamental en el equilibrio de las prestaciones del contrato, lo que puede dar lugar, al menos en una primera instancia, a una renegociación de las prestaciones. La regla de este Artículo no requiere que se presenten circunstancias especiales, salvo lo indefinido de la duración del contrato y que éste permita su extinción unilateral. Ejemplo “A” acuerda distribuir los productos de “B” en el país “X” durante un tiempo indefinido. Cualquiera de las partes puede resolver este contrato unilateralmente, enviando una notificación a la otra parte con razonable anticipación²⁹⁹.

²⁹⁹ Traducción propia. La cita original es la siguiente: “*What a reasonable time in advance will be depends on circumstances such as the period of time the parties have been cooperating, the importance of their relative investments in the relationship, the time needed to find new partners, etc. The rule can be understood as a gap-filling provision in cases where parties have failed to specify the duration of their contract. More generally, it also relates to the widely recognised principle that contracts may not bind the parties eternally and that they may always opt out of such contracts provided they give notice a reasonable time in advance.*”

Las causas de posible terminación anticipada aparecen señaladas en los cláusulas 12.2 –terminación por conveniencia llevada a cabo como denuncia unilateral con un preaviso–, y 12.3 y 12.4 que básicamente hacen referencia a que cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato, en cualquier momento con un preaviso por escrito, siendo causas de esta posible terminación anticipada, tanto caer en situaciones de insolvencia –como bancarrota o liquidación– como cualquier incumplimiento, en el entendido de que se le da a la parte que incumpla la oportunidad de remediarlo y en caso negativo, se tendrá por acreditado el mismo.

En resumen, además de la terminación por el transcurso del tiempo pactado –que admite terminación anticipada por justa causa– el contrato también se puede denunciar unilateralmente o rescindirse por incumplimiento de cualquiera de las partes.

Entonces, tenemos que el contrato modelo establece que las partes pacten libremente la vigencia –sugiriendo un mínimo de cinco años para no generar controversias en materia de competencia según los diferentes países– a menos que el contrato se dé por terminado antes ya sea por la terminación por conveniencia mediante un preaviso por escrito, o bien, ante el incumplimiento, como lo puede ser por ejemplo la falta de pago del distribuidor, en cuyo caso el proveedor podrá darlo por terminado sin que por ello se vean limitados sus derechos a cancelar futuras entregas derivadas de cualquier orden o disponer de las mercaderías y aplicar el producto de la venta a cualquier orden; igualmente tampoco será impedimento para el cobro de intereses sobre montos adeudados hasta que estos se cubran en su totalidad.

La cláusula décima segunda incluye un muy pertinente comentario sobre la vigencia ya que señala que se puede ver limitada a cinco años para no ir en contra de las exenciones a acuerdos verticales de la Unión Europea. Esto es así porque si las empresas implicadas en acuerdos verticales poseen menos del 30% del mercado se concede una exención por categorías, a menos que recurran a la

fijación de precios de venta o de la división del mercado; y si las empresas implicadas tienen una cuota de mercado superior al 30%, solo pueden solicitar una exención en el entendido de que, si se niega, el acuerdo se declarará nulo y el compromiso podrá ser multado en caso de que el acuerdo aún esté en vigor³⁰⁰.

Igualmente, en el caso de acuerdos horizontales, se conceden exenciones por categorías para todos los acuerdos de especialización entre estas empresas, siempre que la cuota de mercado de todas ellas no supere el 20% en el entendido de que si se supera este porcentaje la cuestión de la exención debe juzgarse individualmente y no se permite una división del mercado o acuerdos sobre precios³⁰¹.

Es justo por tal motivo que al inicio de esta investigación señalé que la actividad de distribución puede llevarse a cabo perfectamente, dependiendo de qué tan sólidas sean las legislaciones locales para limitar actividades que excedan los lineamientos señalados. Lo importante aquí, y que sí se respeta en el contrato modelo, es que la duración del contrato internacional de distribución de mercaderías de preferencia no sea indefinida o no exceda de cinco años.

De cualquier manera, cualquiera que fuere la causa de terminación, se dejan libres los derechos de las partes para hacer efectivos pagos pendientes o derechos acumulados.

7.1 Reglas para la resolución del contrato y efectos de la resolución

El contrato de distribución será un acuerdo de voluntades con una larga duración recomendada de cuando menos cinco años y de tracto sucesivo, lo cual

³⁰⁰ Cfr. Wevers, H., *op. cit.*, p. 166. Cabe señalar qué debe entenderse por división de mercado: es cualquier esfuerzo realizado por un grupo de competidores para separar sus mercados y pueden ser arreglos ilegales que incluyan acuerdos para asignar clientes, territorios o productos. Cfr. Beatty, Jeffrey F., *et al.*, *op. cit.*, p. 979.

³⁰¹ Cfr. Wevers, H. *op. cit.*, p. 166.

no significa que los contratos no puedan firmarse por un tiempo indefinido, aspecto que en la práctica genera muchos problemas tales como ¿qué pasa con la mercancía que el distribuidor no haya podido vender dentro de ese tiempo?³⁰² o ¿quién se queda con la clientela cuya lealtad se debe considerar como producto del trabajo del distribuidor?

El contrato debe cubrir los intereses del distribuidor ante posibles resoluciones del proveedor pues no hay que perder de vista que corre la mayor carga de las inversiones que permiten su ejecución³⁰³, de manera que las consecuencias de la terminación se encuentran contempladas en la cláusula décima tercera³⁰⁴ y son las siguientes:

³⁰² Ya se vio en el primer capítulo que justo en ello consiste que el distribuidor asuma los riesgos. Sin embargo, en orden de equilibrar el contrato, soy de la opinión que ya mencioné sobre que sería conveniente una indemnización a favor del distribuidor pues el proveedor, aún una vez terminado el contrato, sí puede seguirse beneficiando de la clientela del distribuidor como consecuencia de la ya analizada obligación de informar a cargo del distribuidor.

³⁰³ Entre las muchas cargas que enfrenta un distribuidor, de manera enunciativa pero no limitativa, encontramos el transporte, el almacenamiento, la información, los servicios que incrementan la utilidad de los productos como la promoción o las negociaciones de promoción, o la entrega con posible instalación y mantenimiento de los productos. Cfr. González Domínguez, Francisco y Ganaza Vargas, Juan, *op. cit.*, p. 112.

³⁰⁴ “13. Consecuencias de la terminación 13.1 Las siguientes disposiciones cobrarán eficacia a la terminación de este contrato por cualquier a razón. 13.2 El Proveedor tendrá derecho de recomprar del Distribuidor todo o parte de los inventarios de las Mercaderías que detente el Distribuidor a su valor factura o al valor con que aparezcan en los libros del Distribuidor, el que sea menor, sujeto a las siguientes disposiciones: 13.2.1 El Proveedor será responsable de contratar y pagar la transportación y el seguro; 13.2.2 El Distribuidor podrá vender inventarios para los cuales hubiera aceptado órdenes previo a la fecha de terminación, o respecto del cual el Proveedor, luego de haber recibido aviso por escrito del Distribuidor dentro de [especificar periodo] posteriores a la fecha de terminación, no ejercite su derecho a la recompra; y 13.2.3 Para estos fines y en la medida necesaria, las disposiciones de este contrato continuarán en plena vigencia. 13.3 El Distribuidor a su propia costa dentro de [especificar periodo] enviará al Proveedor o dispondrá de cualquier otra manera conforme a las instrucciones del Proveedor de las muestras de las Mercaderías y cualquier material publicitario, de mercadotecnia o ventas relativos a las Mercaderías que estén en posesión del Distribuidor. 13.4 Las facturas pendientes enviadas por el Proveedor respecto de las Mercaderías serán pagaderas inmediatamente por el Distribuidor y las facturas por mercaderías ordenadas previo a la terminación por las cuales una factura no se hubiera generado serán pagaderos inmediatamente a la presentación de la factura. 13.5 El Distribuidor cesará en la promoción, mercadotecnia y publicidad de las Mercaderías o en el uso de cualquiera de las Marcas o cualquier otra Propiedad Intelectual del Proveedor salvo para los fines de vender las Mercaderías respecto de las cuales el Proveedor no ejerza su derecho a la recompra. 13.6 El Distribuidor a su propia costa cooperará con el Proveedor para obtener la cancelación de cualquier registro conforme al Artículo 9.5. [Opción: Acuerdo de no competir concluido el contrato “13.7 Por un periodo de [un año – especificar otro menos] luego de la terminación de este contrato El Distribuidor no se ocupará, sea directa o

En cuanto a los derechos del proveedor, podrá recomprar todo o parte de los inventarios en poder del distribuidor al valor de factura o al valor en los libros del distribuidor, el que resulte menor, asumiendo por su cuenta el transporte y seguro de tales mercancías³⁰⁵. El distribuidor, por su parte, tendrá el derecho a vender los inventarios para los cuales hubiera aceptado órdenes que ya han sido aceptadas antes de la terminación, incluidas aquellas mercancías sobre las cuales el proveedor no haya ejercido su derecho de recompra mencionado³⁰⁶.

Pasando a los efectos que tendrá la resolución sobre las obligaciones de las partes, tenemos que el distribuidor tendrá que devolver a su costa las muestras y material publicitario, pagar toda factura pendiente al proveedor, dejar de promover y usar los derechos de propiedad intelectual involucrados en el contrato –salvo en la medida necesaria para vender lo que quede autorizado a vender a pesar de la terminación, tal y como se señaló– y se deja como opcional, el impedimento de competir en manufactura y distribución por un año o menos después de terminado el contrato.

Además de que las partes pueden terminar un contrato de distribución sin plazo, o de plazo indeterminado, el contrato también puede terminarse por justa causa, esto es, tal y como ya quedó señalado, cualquier incumplimiento grave o invocación de un interés legítimo en denunciar el contrato –derecho de resolución– lo cual implica una indemnización.

indirectamente, en la manufactura o distribución en el Territorio de cualesquiera mercaderías que puedan competir con alguna de las Mercaderías.” Comentario: Las implicaciones en las leyes de competencia deben ser revisadas conforme a la ley aplicable. Esta redacción se pretende que cumpla con la exención a los acuerdos verticales de la UE.]” Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., pp. 120-121.

³⁰⁵ Nótese que el derecho a recomprar por parte del proveedor no es opcional para el distribuidor, de conformidad con las cláusulas 13.2, 13.2.2 y 13.5 que quedaron transcritas en la nota anterior. Toda vez que el distribuidor no tiene opción de oponerse al derecho de recompra del proveedor en caso de resolución del contrato, cabe señalar que entonces estamos ante una obligación convenida por las partes, pero no se trata de una obligación inherente al contrato puesto que el distribuidor es propietario de las mercancías que compró al proveedor y si las quiere vender a otro, en la mayor parte de los casos prácticos sucede eso; y lo lógico es que así sea toda vez que la mencionada recompra del proveedor supondría tener que exportar las mercancías e importarlas de nuevo.

³⁰⁶ Esto de conformidad con la cláusula 13.2.2 que ya quedó transcrita.

Así, la cláusula 12.4 ya transcrita establece que cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato mediante un preaviso, si la otra parte incumple con sus obligaciones y no las corrige en caso de que puedan enmendarse y me parece muy acertado por equilibrado, el hecho de que se pueda subsanar el incumplimiento.

La idea que prevalece a lo largo de todo el contrato modelo es a limitar e incluso excluir responsabilidades, pues establece prácticamente a lo largo de todo su clausulado la tendencia a ofrecer a cualquiera de las partes que incurra en incumplimiento la oportunidad de enderezarlo, antes de optar por la resolución.

Ya en caso de que el incumplimiento persista y no sea enmendado, se podrá rescindir; se puede entender que el contrato implica la posibilidad de una serie de incumplimientos no graves, que de conformidad con los Principios de UNIDROIT se refieren a incumplimientos excusables o demora en el cumplimiento como, por ejemplo, por causa de fuerza mayor:

En este sentido la redacción de los Principios de UNIDROIT (Art. 7.7.1), en donde se utiliza el término non-performance, puede ayudarnos, pues se refieren a estos dos tipos de incumplimiento como «incumplimiento esencial» por una parte e «incumplimiento excusable» o «incumplimiento retrasado», por otra³⁰⁷.

A las partes les interesa la consecución del fin que tienen en común, en lugar de directamente abrir todo tipo de posibilidades para demandarse entre ellos. Esto se puede apreciar en las siguientes cláusulas:

[Opción: Limitación de la responsabilidad del Proveedor

³⁰⁷ Borja Albi, Anabel, *La traducción de los contratos internacionales desde la perspectiva del derecho comparado y la traductología*, Granada, Editorial Comares, 2015, p. 48.

“11.2 Salvo lo que respecta la muerte o la lesión corporal sufrida por la negligencia del Proveedor, el Proveedor no será responsable ante el Distribuidor por ninguna declaración (a menos que sea fraudulenta), o cualquier garantía implícita, condición u otro Término, por cualquier lucro cesante, o cualquier daño indirecto, especial o consecuencial o daño (sea causado por la negligencia del Proveedor, sus sirvientes o agentes o cualquier otro) con relación al suministro de las Mercaderías (o cualquier incumplimiento en suministrarlas) o su reventa por el Distribuidor, o que de cualquier otra manera tenga conexión con este contrato.” [Comentario: Las Partes deberán tomar en consideración que en algunos sistemas legales las limitaciones o exclusiones de responsabilidad podrán ser ineficaces, o podrán estar sujetas a restricciones, y que el lenguaje de dichas disposiciones deberá en caso contrario reflejar el derecho aplicable al contrato.]³⁰⁸.

La cláusula transcrita de hecho libera de forma muy amplia al proveedor, así como ocurre en la siguiente:

[Opción: “3.3 [Cada orden de las Mercaderías una vez confirmada por el Proveedor será considerada un contrato separado, y por lo tanto un incumplimiento por parte del Proveedor respecto de una orden no dará el Derecho a terminar este contrato en su totalidad” [–suprimir si no es aplicable].]³⁰⁹.

La cláusula anterior, al no permitir directamente al distribuidor rescindir el contrato de distribución, está tomando el supuesto que su texto contiene, como un incumplimiento menor ya que en caso contrario muy seguramente sí sería una causa de terminación.

³⁰⁸ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 119.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 108.

Otro ejemplo de que el incumplimiento puede enmendarse, lo tenemos en la cláusula 3.8:

3.8 [Opción 1: “Daños Líquidos por retraso

*Si existe algún retraso en la entrega de las Mercaderías [de más de [especificar días] posteriores a la fecha estimada de entrega] entonces, y a menos que la demora se deba a fuerza mayor, el precio de las Mercaderías será reducido por [especificar cantidad en dinero] por cada día hasta el día en que las Mercaderías sean entregadas, sujeto a un máximo de [especificar] % del precio”.]*³¹⁰.

A su vez, la cláusula sexta:

[Opción “6.3: En el caso de un incumplimiento del Proveedor con su garantía conforme al Artículo 6.1.3 la responsabilidad del Proveedor se limitará a]:

6.3.1 Reparar o (si ello no resulta práctico) reemplazar las Mercaderías en cuestión; o

6.3.2 Reembolso de cualquier parte del precio de las Mercaderías en cuestión que se hubiere pagado” [suprimir si no es apropiado].

*[Opción “6.4: En el caso de que el Proveedor no sea el fabricante de las Mercaderías, el Proveedor, sin limitar ninguna otra de sus obligaciones, extenderá al Distribuidor el beneficio de cualquier garantía u otro Término otorgado por el fabricante.” [suprimir si no es apropiado].]*³¹¹.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 109.

³¹¹ *Ibidem*, pp. 112-113.

Por último, tenemos que:

[Opción: Derecho del Distribuidor a terminar el contrato por un incremento al precio

*“4.4 Si conforme al Artículo 4.2 [o 3.3] el Proveedor incrementa o propone incrementar el precio de las Mercaderías [por más de [especificar] % durante un año [especificar cualquier otro periodo], el Distribuidor podrá terminar este contrato mediante previo aviso por escrito con una antelación de no menos de [especificar periodo] al Proveedor.”]*³¹².

Pasando ahora a los incumplimientos graves, que pueden llevar a una terminación directa del contrato sin dar la oportunidad de enmendar el incumplimiento, no cumplir con las compras mínimas a cargo del distribuidor, es un claro caso de rescisión³¹³.

Por último, creo muy pertinente señalar que coincido con Paredes en el sentido de que tratándose de contratos en los que no se genera una personalidad jurídica, la terminación deberá entenderse como una “resolución” y evitar hablar en tal caso de “disolución”³¹⁴.

³¹² *Ibidem*, p. 111.

³¹³ En el mismo sentido, Cfr. Aznar Santiago, Juan Antonio, *et al.*, *op. cit.*, p. 216.

³¹⁴ Cfr. Paredes Sánchez, Luis y Meade Hervert, Oliver, *Derecho mercantil: parte general y sociedades*, Ciudad de México, Grupo Editorial Patria, 2015, p. 330.

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCADERÍAS EN LA DOCTRINA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

A continuación, analizaré la doctrina y la legislación con el objetivo de reconocer cuál es el régimen actual en vigor del contrato de distribución.

I. DOCTRINA

Ante la carencia legislativa existente, que analizo en los incisos II y III posteriores, es preciso a continuación, confrontar el contrato con la doctrina.

La doctrina jurídica nacional e internacional se muestra completamente heterogénea al tratar el contrato de distribución, pues cada autor tiene su propio punto de vista que aparece reflejado en una confusa diversidad de conceptos que se analizan en este apartado, lo cual contribuye a la inseguridad jurídica.

A continuación, examino las principales tendencias de la doctrina jurídica en el entendido de que es una exploración meramente informativa pero no exhaustiva, con la finalidad de dar a conocer un panorama general sobre cuáles son las principales aportaciones doctrinarias en la materia y que en mi opinión contribuyen a confundir la naturaleza jurídica del contrato.

1. Contrato marco

Un amplio sector de la doctrina entiende que el contrato de distribución es un contrato marco –*contrat c dre*, concepto tomado de la doctrina francesa– inicial y

de larga duración con aplicaciones o concreciones sucesivas tales como encargos, liquidaciones, compraventas o suministros entre otras³¹⁵.

Si bien es cierto que no es del todo incorrecto afirmar que su naturaleza jurídica sea la propia de un contrato marco desde el momento en que puede incluir una gran variedad de acuerdos tales como de asistencia técnica o de publicidad por citar unos ejemplos, también es cierto que se trata de un contrato caracterizado por aspectos muy específicos y demasiado propios esencialmente, de manera tal que hay elementos suficientes para dotarlo de una naturaleza jurídica propia mucho más allá de una simple concepción de contrato marco.

Entonces, la doctrina del contrato marco es relativamente cierta porque el contrato de distribución efectivamente sí fija las condiciones de las compraventas que habrá entre proveedor y distribuidor, sin embargo, no es suficiente porque ignora que el contrato de distribución genera obligaciones propias.

Decir que es un contrato marco equivale a afirmar que se trata de un conjunto de disposiciones que sirven para regir otros contratos derivados del primero. Esto es en parte cierto en el contrato de distribución, pero no lo es totalmente, porque este contrato genera obligaciones propias para ambas partes, como las de comprar una cantidad mínima, de comercializar las mercancías y ayudar a comercializarlas, y de informarse recíprocamente. Reitero que como genera obligaciones propias, no se trata solamente de un contrato marco.

Sostengo que la doctrina del contrato marco no es la opción correcta pues justamente de lo que se trata es de descubrir la naturaleza jurídica de la distribución, de manera muy propia y precisa dado que la naturaleza de sus obligaciones así lo permite, además de que el contrato marco en sí mismo tampoco es una figura fácil

³¹⁵ Cfr. Fajardo Fernández, Javier, *op. cit.*, pp. 1755-1756.

de definir generando por consiguiente una multiplicidad de opiniones alrededor de la distribución y que precisamente se trata de evitar:

*[...] una figura de estas características no resulta fácil de concebir y, lógicamente, aún menos de definir. En realidad, son muchos y muy diversos los intentos llevados a cabo en este sentido por los autores franceses, de modo que su noción todavía no es pacífica. De hecho, de entre los estudios manejados, cabría distinguir varias líneas de pensamiento [...]*³¹⁶.

Por lo anteriormente transcrito, esta postura no contribuye a aportar elementos que permitan esclarecer la verdadera esencia del contrato de distribución.

En mi opinión no es un contrato marco. Coincido con Soro Russell pues también es propio de este tipo de contratos la indeterminación en relación con su contenido dada la complejidad de las operaciones que pueden abarcar y por consiguiente a la dificultad que ofrecen de poder prever con detalle los acontecimientos futuros³¹⁷.

Esto no es propio de un contrato de distribución, donde a pesar de que su contenido sí es complejo dada la naturaleza de las relaciones de apoyo mutuo que unen al proveedor con el distribuidor, su contenido sí se encuentra perfectamente determinado en sus estipulaciones, que se traduce en una misma finalidad económica que los une, a saber, la comercialización de mercaderías en un territorio determinado para lo cual se forman en su clausulado las respectivas compraventas cuyas reglas las partes habrán de seguir en el futuro.

³¹⁶ Soro Russell, Olivier, *Los contratos como fuente de normas: contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, Madrid, Editorial Reus, 2014, p. 97.

³¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 100.

Entre los autores más destacados que se apegan a la teoría de que el contrato de distribución es un contrato marco, tenemos a Cristina Pellisé de Urquiza, una de las autoras más citadas en materia de contratos de distribución comercial:

*[...] los contratos marco en virtud de los cuales un operador económico asume, en contrapartida de la posibilidad de obtener beneficios derivados de la comercialización de los productos contractuales, la obligación de promover la reventa de los productos suministrados por la contraparte; obligación que comporta la estipulación de contratos para la adquisición, en las condiciones predeterminadas, de los productos a revender [...]*³¹⁸.

Cabe señalar un aspecto muy interesante a partir del párrafo anteriormente transcrito y es que no existe obligación del distribuidor de vender las mercancías, sino que simplemente se trata de una acción de promoción de venta que éste debe realizar *para su propio interés*, de manera tal que este es otro punto que puede alegarse en contra de esta posición doctrinal.

La obligación del distribuidor no es vender, sino comercializar, tal y como ya quedó explicado en el capítulo segundo al hablar de las *best effort clauses*, tema que retomo de manera conclusiva en el capítulo cuarto.

Partir del hecho de atribuirle la naturaleza jurídica propia de un contrato marco, siendo la idea de contrato marco tan amplia, considero que además abre la puerta a una visión economicista de este tipo de contratos tal y como se desprende del párrafo transcrito, lo cual lleva a su vez a definiciones económicas como la que la autora propone, partiendo del hecho de que:

La distribución comercial es una materia en continua evolución y por ello difícilmente acotable [sic] por el Derecho. [...] Al ser la distribución una

³¹⁸ Pellisé de Urquiza, Cristina, *op. cit.*, p. 30.

*actividad esencialmente económica, todo intento de abordarla desde una perspectiva jurídica debe partir de una atenta observación de la realidad económica. La distribución comercial es la actividad económica que consiste en hacer llegar los productos o servicios acabados desde el productor hasta el consumidor*³¹⁹.

Debe eliminarse la idea de que son contratos marco porque a pesar de que en parte es verdad que la distribución puede contener operaciones diversas tales como las de asistencia técnica, compraventa, publicidad, etcétera, también es cierto que, tal y como quedó analizado en el primer capítulo, el contrato de distribución en verdad cuenta con características muy específicas que solamente le son propias a esta figura.

Me parece pertinente señalar, además, que el objeto de mi investigación no es el contrato marco en sí, sino el contrato internacional de distribución de mercaderías a la luz del contrato modelo aprobado internacionalmente del CCI.

En cuanto al punto de vista economicista que parece prevalecer en el panorama doctrinario internacional, son múltiples los ejemplos existentes y citarlos todos no es de ninguna manera el propósito de este trabajo. Sin embargo, a manera de ejemplo, se puede mencionar también a Antonia Durán Ayago:

*El fenómeno económico de la distribución comprende todos aquellos procedimientos de los que se valen los fabricantes o productores para llevar a cabo la comercialización de sus productos o servicios de manera que estos lleguen a los consumidores y usuarios*³²⁰.

³¹⁹ *Ibidem.*, p. 27.

³²⁰ Durán Ayago, Antonia, "Contratos internacionales de distribución", *Curso de contratación internacional*, España, Editorial Constitución y Leyes COLEX, 2006, p. 413.

Las líneas anteriores son un buen ejemplo de cómo la doctrina jurídica internacional está entendiendo a la distribución como un fenómeno meramente económico, en palabras de la propia autora, y se deja de explicar como una verdadera institución jurídica denominada contrato internacional de distribución de mercaderías, institución efectivamente surgida de la necesidad de responder a los nuevos y cambiantes panoramas económicos provocados por la globalización, pero que representa una respuesta jurídica, no económica, ante tales realidades comerciales.

La globalización provoca la celebración cada vez más frecuente de contratos internacionales de distribución, es decir, de contratos en los que el fabricante tiene su establecimiento en un Estado y el distribuidor lo tiene en otro y no puede desplazarse el contexto jurídico ya que es más que evidente, por ejemplo, cuando surgen problemas de interpretación o ejecución del contrato o surge la cuestión de qué ley es aplicable.

Lo más frecuente es que el documento contractual disponga que se aplicará la ley del país del fabricante, que es, ordinariamente, la parte económicamente más fuerte. Esto genera una asimetría en el contrato, pues resulta que la parte económicamente más fuerte tiene además la ventaja de que su propia ley rige en el contrato.

Al nivel del intercambio comercial internacional, este desequilibrio acentúa las asimetrías entre países con alto grado de desarrollo económico –ahora sí, ámbito económico– y, sobre todo, tecnológico, que son donde están establecidos los fabricantes, y los países de menor desarrollo, en donde están por lo general establecidos los distribuidores.

De lo anterior se desprende que sí hay un contexto económico, sin embargo, pienso que las definiciones económicas aplicadas al ámbito del derecho revelan una tendencia a no considerar jurídicamente los contratos, lo cual se conoce como

vulgarismo³²¹, verdadero signo de complejo de inferioridad en un jurista porque denota que al no tener seguridad en las herramientas que le proporciona su propia disciplina, necesita entonces acudir a otras para obtener sus definiciones.

Bien señala Mertz que el lenguaje de la economía surgido de los textos de casos de contratos se ha infiltrado gradualmente en muchas otras áreas del Derecho para ir más allá de aquellos casos que tratan sobre transacciones estrictamente económicas y abarcar otros análisis como los de las relaciones familiares y otras interacciones que antes se pensaban centrados en principios no económicos, de manera tal que esta lógica económica está cada vez más abiertamente colonizando áreas del Derecho que alguna vez se consideraron independientes³²².

Profundizando en la vulgarización del Derecho ante el contrato de distribución internacional, cito a continuación a Álvaro D'Ors, quien entre los rasgos de vulgarismo incluye: *“la tendencia naturalista, que enfoca las instituciones desde el punto de vista de los efectos económicos, especialmente los fiscales, o de las relaciones sociales, con olvido de las categorías conceptuales y de la tradicional autonomía del derecho elaborado por la Jurisprudencia.”*³²³

Me parece que el enfoque doctrinario de la distribución es en buena medida el propio de los actos de vulgarización del Derecho porque de hecho con demasiada frecuencia la doctrina, tal y como se explica en párrafos posteriores en el rubro de concesión, por ejemplo, confunde terminológicamente al contrato de distribución con el de concesión, de la misma manera en que en el derecho posclásico romano la jurisprudencia decadente confundía instituciones como la propiedad y la posesión, o la tutela y la curatela.

³²¹ Cfr. D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10ª. Edición, Navarra, EUNSA, 2008, p. 105.

³²² Cfr. Mertz, Elizabeth, *The Language of Law School. Learning to “Think Like a Lawyer”*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 100.

³²³ D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 105.

Uno de los síntomas de la vulgarización del Derecho es precisamente la confusión de términos e instituciones, en palabras de D'Ors:

*A esta tendencia se debe la suplantación de la propiedad por la posesión, de la retención sin causa por el enriquecimiento injusto, del arrendatario por el subordinado, del criterio formal para distinguir las acciones reales de las personales por el material del objeto [...] también la tendencia a confundir la validez de un acto con la posibilidad de su prueba ante el juez, etc*³²⁴.

Me parece, entonces, que la vulgarización del Derecho con relación a este tema queda más que comprobada. No considerar a los contratos en términos jurídicos es un acto de vulgarismo que ha derivado en una enmarañada red de términos confusos y muy diversas definiciones, tal y como lo reconoce la propia Pellisé de Urquiza al afirmar que “la heterogeneidad de los mismos impide un estudio iusprivatista unitario”³²⁵, mientras que Durán Ayago abunda todavía más en esto:

[...] existen dos posturas doctrinales que impiden hablar de una concepción jurídica unitaria de la distribución. Un sector doctrinal propugna un concepto jurídico amplio capaz de englobar todo el fenómeno económico de la distribución, quedando comprendido en él todos los contratos a través de los cuales se instrumenta tanto la distribución directa por órganos extraños como la indirecta o simbiótica (contratos de agencia, comisión, mediación, suministro y licencia de marca). Otro sector doctrinal se inclina por un concepto jurídico restringido de distribución, entendiendo que en él sólo tienen cabida aquellos contratos en los que el distribuidor desarrolla su actividad de manera autónoma, característica que se encuentra en los

³²⁴ *Ibidem*, n. 2.

³²⁵ Pellisé de Urquiza, Cristina, *op. cit.*, p. 30.

*contratos que sirven de vehículo a la distribución indirecta (contratos de concesión mercantil, franquicia y distribución autorizada o selectiva)*³²⁶.

Sobre esta idea de la distribución en sentido amplio o estricto, pienso que no es necesario perderse en abstracciones de este tipo ya que el pensamiento jurídico es, o debería ser, más preciso tal y como ya se aclaró con anterioridad.

Sí es válido ver el aspecto económico que incuestionablemente tienen este tipo de contratos, pero en ello no reside la naturaleza jurídica de los mismos ya que ésta debe buscarse en el acuerdo de voluntades que genera obligaciones y no en las actividades económicas involucradas.

2. Compraventa

También es muy común que la doctrina lo encuadre como un contrato de compraventa generalmente en exclusiva y antes de analizar esta posición doctrinal, conviene aclarar que ciertamente el contrato de distribución implica la realización de múltiples compraventas, pero incluye además otras obligaciones muy propias del contrato de distribución por lo cual no puede reducirse a ello su naturaleza jurídica.

Una vez realizada tal aclaración y entrando al análisis de la idea de que el contrato de distribución es un contrato de compraventa, Álvarez Didyme-dôme señala que mientras la compraventa es un contrato de cambio, la distribución es de colaboración³²⁷ pues tanto el proveedor como el distribuidor se benefician, en los términos que ya quedaron señalados en el primer capítulo, de la comercialización final que lleve a cabo el distribuidor en su territorio.

³²⁶ Durán Ayago, Antonia, *op. cit.*, p. 414.

³²⁷ Cfr. Álvarez Didyme-dôme, Manuel José, *Contratos mercantiles*, Colombia, Universidad de Ibagué, 2012, p. 114.

Coincido con el autor en que tanto el proveedor como el distribuidor se benefician del contrato de distribución, pero difiero con él en cuanto a verlo como un contrato de colaboración y este aspecto lo aclaro en el capítulo cuarto.

Tampoco puede identificarse con una serie de compraventas individuales, toda vez que en la compraventa no hay una relación estable y en la distribución sí, además de que cada sucesiva entrega de mercadería realizada no es una compraventa independiente pues existe una cierta interdependencia técnico-económica entre las partes, cuya planificación gira en torno a la fijación del precio comercial, los criterios de comercialización, los programas de propaganda o la obligación de compras mínimas, todo lo cual refleja la cooperación que emana del contrato y su permanencia³²⁸.

Las compraventas que efectivamente sí están implícitas en el contrato de distribución deben entenderse desde dos puntos de vista: primero, como aquellas compraventas que surgen entre proveedor y distribuidor y por virtud de las cuales el distribuidor se obliga a comprar al proveedor una cantidad mínima de mercancías, y segundo, las ventas que posteriormente realizará el distribuidor entre sus clientes en el territorio como parte de sus labores de comercialización y a las cuales no está obligado ya que únicamente se obliga en este sentido a poner su mejor esfuerzo por tratarse de un comerciante independiente y no subordinado al proveedor, punto este último en el cual profundizo también en el siguiente capítulo.

Entre estas compraventas que efectivamente sí están incluidas en el contrato, encontramos las variantes que ya quedaron comentadas en el primer capítulo, tales como, por ejemplo, la venta o distribución exclusiva –en la que el proveedor se obliga a vender de manera exclusiva a un distribuidor para que comercialice los bienes en su territorio– la compra o suministro en exclusiva –en la que el distribuidor se obliga exclusivamente a comprar bienes a un proveedor– o

³²⁸ Cfr. Hocsman, Heriberto Simón, *op. cit.*, p. 85.

también la distribución selectiva –en la que el proveedor se obliga a vender los bienes solamente a distribuidores seleccionados por él.

El hecho de que el contrato pueda incluir estas compraventas señaladas no significa que sea un contrato de compraventa ya que incluye, por ejemplo, más obligaciones a cargo del distribuidor que las que adquiere el comprador en un contrato de compraventa, tales como la de promover y comercializar las marcas del proveedor, con todo lo que ello implica y que ya quedo debidamente explicado y detallado en el capítulo primero de esta investigación.

Comparto entonces la postura de Carrascosa González, cuando señala que el contrato de distribución no es una compraventa desde el momento en que no se trata de un contrato que responda al esquema simple de intercambio de propiedad de cosas por un precio en dinero³²⁹.

3. Suministro

Ya se habló de la confusión que se puede generar entre un contrato de suministro y uno de distribución, pero veamos ahora de manera más específica cuáles son los factores que a mi juicio contribuyen mayormente a ello.

Primero que nada, cabe señalar que el propio contrato de suministro puede implicar diversos puntos de vista:

Se ha discutido si este contrato es un contrato distinto o diferenciado de la compraventa, un contrato de arrendamiento de servicios o de arrendamiento

³²⁹ Cfr. Carrascosa González, Javier, “La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (directores), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, España, Constitución y leyes COLEX, 2005, p. 360.

*de bienes, debido a que implica siempre la transmisión de propiedad y, de forma necesaria, el transcurso del tiempo*³³⁰.

Ahora bien, para esclarecer la diferencia entre suministro y distribución, es conveniente explicar el motivo por el cual se le ha denominado *contrato de suministro*.

El contrato de suministro surge de la necesidad de abastecimiento, entendida como una actividad dirigida a la satisfacción de mercaderías destinadas al consumo o a la producción y elaboración de otros productos³³¹, de lo cual se infiere que es un contrato que puede tener un contenido tanto de derecho público como de derecho privado y de este detalle surgiría la primera diferencia entre suministro y distribución considerada esta última como un contrato de derecho privado.

Para Hocsman el suministro es un contrato en el que el llamado suministrante se compromete a asegurar el aprovisionamiento de determinados productos hacia el suministrado durante un cierto plazo que puede ser tanto determinado como indeterminado, y en el entendido de que este último puede disponer a su libre arbitrio de la mercancía a diferencia de lo que ocurre con el distribuidor, que a pesar de ser un comerciante independiente, está sujeto a ciertos requerimientos del proveedor tales como precios, condiciones de pago y volúmenes de entrega, requerimientos que suelen especificarse en un suministro pactado en el clausulado del propio contrato de distribución y de ahí las posibles confusiones entre ambas formas de contratación³³².

Entonces, el hecho de que efectivamente sí haya un aprovisionamiento en el contrato de distribución, esto no significa que sea un contrato de suministro, de la

³³⁰ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 196.

³³¹ Cfr. Barrera Graf, Jorge, "Abasto", en *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1989, t. I, p. 9.

³³² Cfr. Hocsman, Heriberto Simón, *op. cit.*, p. 84.

misma forma en la que en el punto anterior se razonó que el hecho de que la distribución comprenda diversas operaciones de compraventa no por ello se trata de un contrato de compraventa. Lo que hay es una actividad de aprovisionamiento implícita en la distribución, de la misma forma en que también contiene diversas compraventas.

Bien lo señala De la Vega García al afirmar que *aprovisionar* equivale a suministrar materias primas, componentes o productos ya terminados para que una empresa pueda fabricar o vender³³³.

Resulta interesante señalar que el suministro, al igual que ocurre con la distribución, también suele confundirse con una compraventa, pero la diferencia radica en que mientras el suministro se identifica por la periodicidad de la obligación de entrega, en la compraventa no existe tal carácter sucesivo.

Además, el suministro tiene sus propias características que contribuyen a diferenciarlo de la compraventa pues presenta una diversidad de prestaciones que no se dan en la compraventa y es también un contrato de duración:

Aunque en ambos contratos, suministro y venta, los elementos objetivos (cosas) y los subjetivos (personas) son iguales, las diferencias entre uno y otro contrato son determinantes. La función del suministro consiste en satisfacer las periódicas necesidades del suministrado, sin que este tenga que estipular tantos contratos de compraventa como periodos de necesidad se le presenten, dándole seguridad en la percepción de las cosas objeto del contrato, las cuales obtendrá en forma constante según sus necesidades, pudiendo incluso existir variación en el precio inicial a partir de cualquiera de

³³³ Cfr. De la Vega García, Luis Fernando, "El suministro sin fijación de cantidad y/o periodicidad: hacia un contrato de aprovisionamiento logístico (a propósito del art. 513-2.2 del ACM)", en Arroyo, Tatiana y Feliu, Jorge (coords.), *op. cit.*, pp. 1293-1294.

las entregas, previa notificación al suministrado y aceptación por parte de este, y dicha función y causa del suministro lo diferencian de la venta [...] ³³⁴.

De la misma manera en que la distribución se suele confundir con una compraventa toda vez que sí incluye la realización de múltiples compraventas entre proveedor y distribuidor, por los mismos argumentos también se podría confundir a la distribución con un contrato de suministro toda vez que el proveedor efectivamente sí aprovisiona al distribuidor de mercancías, más no por ello debe confundirse con un contrato de suministro ya que la palabra *suministro* en el ámbito de la distribución ha de entenderse como una actividad implícita que dentro del contexto del contrato se obliga a llevar a cabo el proveedor en favor del distribuidor, pero asumiendo también otras obligaciones que no están contenidas en un suministro, exactamente igual que como ocurre con la confusión entre compraventa y distribución que quedó analizada en párrafos anteriores.

Ahora bien, tal y como ocurre en la distribución, el suministro admite una serie de pactos que libremente pueden concertar los contratantes para fijar obligaciones y tales son los pactos en exclusiva que pueden afectar indistintamente al suministrador –que se obliga a no suministrar a ninguna otra persona en el área geográfica– o al suministrado –que se obliga así a no recibir bienes de otros proveedores diferentes³³⁵.

La diferencia entre el suministro en exclusiva con uno que no tiene pacto de exclusividad radica en que en el primero, el contenido del contrato es una obligación de no hacer que puede recaer tanto en el suministrado cuando no se le permite adquirir de un tercero ni producir por sí mismo bienes objeto del suministro, como señala Castán Tobeñas, como en el suministrante cuando no puede suministrar a otros aquellos bienes que son objeto del contrato tal y como señala Francesco

³³⁴ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., pp. 197-198.

³³⁵ Cfr. Maroño Gargallo, María del Pilar y García Vidal, Ángel, “El contrato de suministro en el anteproyecto de código mercantil”, en Arroyo, Tatiana y Feliu, Jorge (coords.), *Ibidem*, p. 1379.

Messineo citado por Arce Gargollo³³⁶; por otro lado tenemos que si el suministro no incluye el pacto de exclusiva, contiene obligaciones de *dare* puesto que su naturaleza jurídica entonces es la de un contrato traslativo de dominio.

Ahora bien, la distribución también ha sido identificada con un suministro en exclusiva en el que la exclusividad es un pacto accesorio, para diferenciarlo de la distribución exclusiva o de concesión, en cuyo caso la exclusividad es un elemento esencial del contrato³³⁷.

Al respecto, cabe señalar que *“aun cuando el suministro con pacto de exclusiva se asemeja en ciertos aspectos a contratos como el de agencia o el de concesión, se diferencia de ellos pues el suministrado actúa con total independencia, sin estar sujeto a una política o estrategia de distribución del suministrador.”*³³⁸

Una vez aclarada la innecesaria confusión entre suministro y distribución, confusión que ya se vio que radica en el hecho de que la distribución contiene un abastecimiento, hay que señalar otras diferencias sustanciales entre ambos contratos, tales como la posibilidad que tiene el suministrado de transformar las mercancías³³⁹, mientras que en la distribución el distribuidor no puede hacerlo.

Por último, podemos afirmar que otra importante diferencia entre ambos contratos se encuentra en el apoyo mutuo que existe entre proveedor y distribuidor y que no encontramos en el suministro, desde el momento en que proveedor y distribuidor comparten un fin que se refleja en las obligaciones que contraen.

³³⁶ Cfr. Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 125.

³³⁷ Cfr. Álvarez Didyme-dôme, Manuel José, *op. cit.*, p. 114. Ya expuse mi desacuerdo con el término “concesión”, y amplío tal desacuerdo en el apartado de concesión en párrafos posteriores.

³³⁸ Maroño Gargallo, María del Pilar y García Vidal, Ángel, *op. cit.*, p. 1376.

³³⁹ Cfr. Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 114.

4. Prestación de servicios

Hay un sector de la doctrina preocupado por cómo calificar al contrato, por ser este un aspecto indispensable para optar por el tribunal competente en caso de controversias y en caso de que las partes no hayan pactado nada al respecto, en cuyo supuesto se suele acudir al criterio de establecer cuál es la obligación principal, cuestión nada sencilla por tratarse de contratos que abarcan toda una amplia gama de posibilidades³⁴⁰. De conformidad con esta tendencia:

También podría considerarse como la obligación principal la obligación del distribuidor de seguir las instrucciones del empresario principal, o la de su contribución, mediante actos de promoción, al conocimiento y prestigio de la marca. En este otro caso, el contrato sería calificado como una prestación de servicios³⁴¹.

Según el criterio anterior, el contrato de distribución es considerado como una prestación de servicios al consistir su finalidad económica en una prestación de servicios de comercialización por parte del distribuidor; en consecuencia, los tribunales competentes para conocer de las controversias derivadas de esta relación serán los del lugar del Estado miembro en el que hubieren sido o hayan de prestarse tales servicios³⁴².

Este detalle me parece importante para ejemplificar cómo la falta de consenso en la doctrina está provocando desequilibrios y confusiones que llegan a abarcar incluso, temas relacionados con la jurisdicción aplicable.

³⁴⁰ Cfr. Cebrián Salvat, María Asunción, “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”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Universidad Carlos III, Madrid, Volumen 5, Número 1, 2013, p.130.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 132.

³⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 138.

Para la autora citada el grado de complejidad de las prestaciones que se intercambian en un contrato de distribución es demasiado elevado además de que resulta particularmente complejo establecer cuál de todas esas obligaciones es la más relevante y por lo tanto determinante para ser considerada como la obligación principal ya que todas las obligaciones que contraen tanto proveedor como el distribuidor, son relevantes para la consecución de la finalidad económica del contrato³⁴³.

Lo anterior es cierto en cuanto a que en el contrato efectivamente sí se dan cita una pluralidad de obligaciones, sin embargo, de acuerdo con el análisis del contrato modelo realizado en el capítulo anterior quedó claro que las obligaciones principales en el contrato de distribución son las que corren a cargo del proveedor de vender al distribuidor y la de este último de comprar al proveedor, así como la obligación del proveedor de apoyar en la comercialización, entendidas todas estas obligaciones como de *facere* con lo cual se comprende en cierto modo esta tendencia doctrinaria de ver al contrato de distribución como una prestación de servicios.

Recordemos que el distribuidor es independiente ya que actúa por su propia cuenta y riesgo, sin que ello sea obstáculo para que realice una serie de actividades que en cierto modo son preliminares –entendidas como comercialización y promoción– y que sí son de *facere*.

Sin embargo, no es una prestación de servicios pues si lo fuera, el distribuidor estaría obligado a vender entre sus clientes finales y no está obligado a ello tal y como concluyo en el capítulo tercero posterior, además de que lo haría en beneficio exclusivo del proveedor y tampoco es así.

³⁴³ *Idem*.

El contrato modelo solamente le exige poner su mejor esfuerzo para lograrlo, de lo cual se desprende que, si no se realiza venta alguna, no hay incumplimiento por su parte justo porque no existe tal obligación y porque actúa en beneficio propio.

No hay prestación de servicios puesto que la venta que realice el distribuidor entre sus clientes finales no es una actividad que lleve a cabo para beneficiar solamente al proveedor sino que la realiza en beneficio propio independientemente de que el proveedor se aproveche también de ello pues el posicionamiento de su marca es algo que le conviene; con lo cual no queda acreditada la naturaleza jurídica de una prestación de servicios a pesar de que el contrato de distribución sí contiene preliminares obligaciones de *facere* implícitas en la labor de comercialización que lleva a cabo el distribuidor.

Asimismo, desde el punto de vista de la legislación mexicana también podemos constatar que no se trata de una prestación de servicios, toda vez que de conformidad con el Artículo 14 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, se señala lo siguiente:

Artículo 14. Para los efectos de esta Ley se considera prestación de servicios independientes:

I. La prestación de obligaciones de hacer que realice una persona a favor de otra, cualquiera que sea el acto que le dé origen y el nombre o clasificación que a dicho acto le den otras leyes.

II. El transporte de personas o bienes.

III. El seguro, el afianzamiento y el reafianzamiento.

IV. El mandato, la comisión, la mediación, la agencia, la representación, la correduría, la consignación y la distribución.

V. La asistencia técnica y la transferencia de tecnología.

VI. Toda otra obligación de dar, de no hacer o de permitir, asumida por una persona en beneficio de otra, siempre que no esté considerada por esta Ley como enajenación o uso o goce temporal de bienes.

No se considera prestación de servicios independientes la que se realiza de manera subordinada mediante el pago de una remuneración, ni los servicios por los que se perciban ingresos que la Ley del Impuesto sobre la Renta asimile a dicha remuneración.

Se entenderá que la prestación de servicios independientes tiene la característica de personal, cuando se trate de las actividades señaladas en este Artículo que no tengan la naturaleza de actividad empresarial³⁴⁴.

Si bien es cierto que de conformidad con la fracción IV del Artículo anterior la distribución es considerada como una prestación de servicios independientes, hay que observar que los dos últimos párrafos excluyen de tal supuesto a las actividades de naturaleza empresarial y en ello encuadran las propias del distribuidor y del proveedor ya que según lo establece el Artículo 16 del Código Fiscal de la Federación, debe entenderse por actividad empresarial, entre otras, las actividades comerciales³⁴⁵.

³⁴⁴ La Ley del Impuesto al Valor Agregado se encuentra disponible en línea en el siguiente enlace consultado con fecha 02 de julio de 2021: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/77_230421.pdf.

³⁴⁵ Para una mejor comprensión de este punto, a continuación, transcribo íntegra tal disposición, con énfasis en la parte pertinente del Artículo: “Artículo 16.- Se entenderá por actividades empresariales las siguientes: I. Las comerciales que son las que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes. II. Las industriales entendidas como la extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores. III. Las agrícolas que comprenden las actividades de siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial. IV. Las ganaderas que son las consistentes en la cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial. V. Las de pesca que incluyen la cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así

5. Mandato

Para otros autores el contrato de distribución es un *“contrato legalmente atípico, pero socialmente típico, de duración, este puede ser indefinido, marco o normativo, consensual, de adhesión, oneroso, de colaboración, intermedio entre los de mandato y mediación e intuito personae.”*³⁴⁶

La definición transcrita me parece francamente errónea ya que ubica a la distribución en algún lugar intermedio entre un mandato y una mediación, aunado a que además el autor citado lo analiza bajo el rubro de *“contrato de distribución en exclusiva o de concesión mercantil”* para contribuir aún más a la confusión tal y como ya quedó sobradamente explicado con anterioridad.

Asimismo, se señala que es un contrato que implica una previa desigualdad económica entre las partes³⁴⁷, lo cual no necesariamente es así:

*[...] es evidente la previa desigualdad económica de las partes y el fin común de ambas, que es la puesta en el comercio de los productos del concedente. Es, fundamentalmente, una técnica de organización de circuitos de distribución e integración empresarial, de agrupación de empresas de distribución*³⁴⁸.

como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial. VI. Las silvícolas que son las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial. Se considera empresa la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este Artículo, ya sea directamente, a través de fideicomiso o por conducto de terceros; por establecimiento se entenderá cualquier lugar de negocios en que se desarrollen, parcial o totalmente, las citadas actividades empresariales.” El Código Fiscal de la Federación se encuentra disponible en línea en el siguiente enlace, consultado con fecha 02 de julio de 2021: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_230421.pdf.

³⁴⁶ Álvarez Didyme-dôme, Manuel José, *op. cit.*, p. 114.

³⁴⁷ *Idem.*

³⁴⁸ *Idem.*

Al respecto, me parece una postura en extremo errónea pues entre otros motivos las actividades del mandatario versan sobre bienes ajenos además de que el efecto de este detalle sería que por tratarse de un mandato se otorgaría entonces acción a los terceros que compren al distribuidor –que en este caso sería el mandatario– en contra del proveedor –que en este caso sería el mandante– misma que solo prosperaría cuando ese tercero pudiera probar la existencia de una relación interna entre mandante y mandatario, lo cual no es posible por los motivos que expongo en el siguiente capítulo.

Coincido entonces con Quevedo Coronado cuando afirma que no se trata de un mandato pues el distribuidor –que tal autor erróneamente identifica como concesionario– actúa de forma independiente tanto jurídica como patrimonialmente, lo cual no es propio de un mandato³⁴⁹.

Es decir, en el contrato de distribución no existe representación en los términos de un mandato mercantil. Bien señala León Tovar que en el mandato mercantil *“la representación contiene la autorización del principal para actuar en su nombre y, por tanto, para adquirir derechos y asumir obligaciones en los límites del poder conferido”*³⁵⁰, lo cual de ninguna manera vemos en la distribución.

6. Contrato de naturaleza mixta

Pareciera común identificar a los contratos internacionales más comunes, con contratos de naturaleza mixta, dada su complejidad, tal y como señalan Kaufmann-Kohler y Kassis citados por Carrascosa González:

En la contratación internacional contemporánea, los contratos más frecuentes son atípicos, mixtos y complejos –como sucede en el contrato de

³⁴⁹ Cfr. Quevedo Coronado, Francisco Ignacio, *Derecho mercantil*, 3ª. Edición, México, Pearson Educación, 2008, p. 246.

³⁵⁰ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 223.

*countertrade, joint venture, edición, franchising, distribución, etc. —, contratos en los que no es posible identificar una prestación característica porque no existe un esquema simple de intercambio de cosas o servicios por dinero*³⁵¹.

El eclecticismo de las posiciones mixtas tampoco resuelve la naturaleza jurídica de las instituciones, pues no contribuye a diferenciarlas sino a equipararlas.

Así, por ejemplo, Marzorati define a la distribución como el “[...] *contrato normativo que determina reglas para compraventas posteriores, y por el otro, la distribución de diarios y revistas y películas cinematográficas, que revestiría una compraventa con pacto de retroventa (como en la distribución de diarios, revistas y películas cinematográficas).*”³⁵²

Entonces, se considera a la distribución tanto como un contrato normativo por una parte y por otra como una compraventa con el específico pacto de la retroventa. Pero el contrato de distribución no es una compraventa, sino un contrato en el que se forman las reglas de la compraventa a las que se sujetarán las partes, junto con toda una serie de reglas adicionales.

7. Contratos relacionales

Uno de los sectores de la doctrina con el que menos coincido, es el que ve a la distribución como un contrato incompleto y relacional, a saber:

Los contratos de distribución constituyen un claro ejemplo de contratos incompletos. Más aún, su característica prolongación dilatada en el tiempo incrementa todavía más el número, la influencia, la complejidad y las

³⁵¹ Carrascosa González, Javier, *op. cit.*, pp. 355-356.

³⁵² Marzorati, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial: agencia, distribución, concesión, franquicia*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 61.

*dificultades y costes en anticipación de posibles contingencias. Los contratos de distribución suelen incluirse, asimismo, en la categoría de “contratos relacionales” (relational contracts) pues, en el momento de su firma, las partes no pueden prever ni especificar todos sus comportamientos relevantes. Tales comportamientos necesitarán, con mucha frecuencia, diseñarse y adoptarse a lo largo de la relación, no en función de lo que establezca el contrato o el Derecho de contratos, sino con base en otra clase de incentivos, personales o institucionales*³⁵³.

Lo anterior me parece que contribuye a graves confusiones doctrinarias emanadas de la *teoría de los contratos relacionales* de la autoría del académico norteamericano Ian R. Macneil, quien a fines de los sesenta cuestionó la teoría tradicional de derecho de los contratos para verlos bajo un enfoque interdisciplinario y sobre todo sociológico y describir las nuevas relaciones contractuales contemporáneas tomando en cuenta la realidad de las costumbres, las normas sociales y los usos comerciales³⁵⁴.

Estoy completamente en contra de esta postura, que pone en evidencia en el tema de los contratos de distribución, que ante la abrumadora multiplicidad de conceptos y opiniones el Derecho está acudiendo a otras disciplinas para obtener sus definiciones y la naturaleza de sus instituciones, lo cual me parece un grave caso de vulgarización del Derecho en los términos que ya señalé.

³⁵³ Gómez Pomar, Fernando y Gili Saldaña, Marian, “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona Universitat Pompeu Fabra, enero 2010, p. 11. Cabe señalar que el hecho de que las partes no puedan prever al momento de firmar el contrato todas las eventualidades que puedan surgir es algo propio de todas las obligaciones de *facere* y no es una característica exclusiva de los contratos relacionales.

³⁵⁴ Cfr. Martínez Ochoa, Santiago, “Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, Número 35, diciembre de 2005, p. 203. Artículo disponible en línea en el siguiente enlace, el cual fue consultado con fecha 27 de febrero de 2022: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033183005>.

La teoría clásica contractual no requiere acudir a ninguna otra disciplina y tal y como analizo en el siguiente capítulo, la ciencia jurídica sí es capaz de cubrir perfectamente la realidad de nuevas formas de contratación mercantil, y ese es precisamente el objetivo de la presente investigación.

8. Contrato de licencia de marca

Tal y como ya quedó aclarado en el primer capítulo, la naturaleza de los contratos de distribución es tan particular que no requiere del otorgamiento de ningún contrato de licencia para que el distribuidor pueda legalmente hacer uso de las marcas del proveedor y por tal motivo no es un contrato de licencia³⁵⁵, aunque ello tampoco es obstáculo para que sí se pueda incluir en su clausulado alguna licencia de uso.

Es decir, es necesario que se le permita al distribuidor usar las marcas ya que es una característica que forma parte de sus obligaciones de comercialización y porque en caso de que no se le permitiera tal uso, no estaría capacitado para poder cumplir con su carga obligacional. Pero la cuestión es que el contrato de distribución a pesar de que por lo general no necesita incluir licencias de uso en favor del distribuidor, sí puede incluirlas y precisamente así lo establece el contrato modelo en su cláusula 9.5:

9.5 El Distribuidor, a petición y costa del Proveedor, suscribirá un “contrato formal de licencia” para al uso por el Distribuidor de las Marcas o cualquier

³⁵⁵ Cabe señalar además que debe distinguirse entre licencia y contrato de licencia. Hay contratos que admiten licencias –tal sería el caso de un contrato de distribución en el que, por la naturaleza de las mercancías a comercializar, se requiriera una licencia– más no por ello son contratos de licencia. Al respecto, sobre la licencia en contratos de otra naturaleza: “De todo lo dicho resulta con claridad que no todo contrato en el que se concede una licencia puede concebirse como contrato de licencia. El contrato de licencia sólo lo será cuando la licencia concedida sea la obligación principal asumida por el licenciante. Así resulta que pueden concederse licencias en contratos de otra naturaleza, de forma que dado el carácter accesorio de la licencia su inclusión no altera la naturaleza del negocio.” Bercovitz, Alberto, “Introducción a la problemática jurídica de las licencias”, en Arroyo, Tatiana y Feliu, Jorge (coords.), *op. cit.*, p. 1021.

*otra Propiedad Intelectual en el Territorio respecto de las Mercaderías, en la forma que el Proveedor podrá razonablemente requerir, bajo la condición de que las disposiciones de dicha licencia no sean más onerosas o restrictivas que las contenidas en este contrato, y cuando sea apropiado auxiliará al Proveedor en registrar dicha licencia en el Territorio*³⁵⁶.

De hecho, pensemos en cualquier comprador de mercancías que, aunque no sea distribuidor, efectivamente *usa* las marcas si es que a su vez decide venderlas; para hacerlo no requiere de licencia alguna, en el entendido de que bien puede haber algún contrato de distribución que tal vez, dadas las labores de promoción de ventas que deba realizar el distribuidor, sí incluya una licencia para poder usar la marca, pero ello depende de las circunstancias particulares de cada caso y directamente relacionadas además con el tipo de mercancía que se esté promocionando y comercializando así como de los requerimientos particulares de éstas.

Autores como Quevedo Coronado no son claros sobre esta cuestión de la licencia ya que se limita a afirmar que el contrato en realidad sí otorga una, pero no especifica si la licencia está implícita en el contrato tal y como ya señalé dadas sus características tan peculiares, o si se constituye aparte: “[e]n la concesión [distribución], el concesionario [distribuidor] sólo vende productos de una cierta marca, fabricados por el concedente [proveedor], quien al concesionar está realmente otorgando una licencia de marca con exclusividad, para asegurar al concedente [proveedor] las ventas.”³⁵⁷

Otro motivo por el cual no se trata de un contrato de licencia lo tenemos en el hecho de que la licencia le permite al licenciante explotar *indirectamente* sus marcas a través del negocio del licenciatarío³⁵⁸, lo cual evidentemente contraría la

³⁵⁶ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, pp. 116-117.

³⁵⁷ Quevedo Coronado, Francisco Ignacio, *op. cit.*, p. 246.

³⁵⁸ Cfr. Arroyo, Tatiana y Feliu, Jorge (coords.), *op. cit.*, p. 1014.

naturaleza del contrato de distribución puesto que tal y como ya quedó debidamente analizado, toda vez que el distribuidor es un comerciante independiente lleva a cabo sus actividades en nombre propio y vende y comercializa él *directamente* en su territorio.

En adición a lo anterior, probablemente la mayor diferencia entre un contrato de licencia y uno de distribución radique en que mientras el contrato de licencia es “[...] *un contrato en virtud del cual el titular de un bien inmaterial, licenciante, sin perder esa titularidad, concede a otra persona, licenciataria un derecho de explotación del bien mencionado*”³⁵⁹, en un contrato de distribución la explotación de los derechos marcarios del proveedor no es el objetivo, sino que el objetivo del distribuidor es la comercialización de las mercancías que adquiere del proveedor, en nombre y por cuenta propia, para lo cual podría requerir una licencia en caso de que las mercancías adquiridas así lo requieran o, por lo general, no requerirla por estar de alguna manera ya implícita en el contrato puesto que sin ella el distribuidor simple y sencillamente no podría cumplir con sus obligaciones, siendo este elemento precisamente un factor diferenciador característico del contrato de distribución.

9. Contrato preliminar

Tal y como señala Quevedo Coronado, el contrato de distribución también ha sido visto como un contrato preliminar de promesa de venta: “[e]n la promesa de venta como contrato preparatorio, ambas partes o sólo una de ellas se obliga a hacer (obligaciones de hacer); en este caso, se obliga a celebrar contrato futuro, poniendo las bases, como tiempo, precio; en cambio, en la concesión existen derechos y obligaciones recíprocos.”³⁶⁰

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 1017.

³⁶⁰ Quevedo Coronado, Francisco Ignacio, *op. cit.*, p. 246.

Ya quedó más que demostrado que el contrato de distribución es mucho más que un mero contrato preliminar. Tiene características muy propias y específicas que ameritan que sea dotado de una naturaleza jurídica y que además sea regulado por la legislación sustantiva. De hecho, hablar de contrato preliminar o de precontrato es prácticamente igual que decir contrato marco. Cuando existe una promesa recíproca de comprar y vender, eso es un contrato si se ha fijado la cantidad que debe comprarse o venderse.

10. Concesión

El tema de la concesión con relación al contrato de distribución debe analizarse a profundidad. Hay que partir de realizarse preguntas como ¿es correcto usar el término de “concesión” al hablar del contrato de distribución? ¿es lo mismo el contrato de concesión –generalmente especificada como exclusiva– que el de distribución, o son dos contratos diferentes?

En primer lugar, el término “concesión” se toma del derecho público y ahí tenemos una primera y profunda imprecisión. Son muchos los textos jurídicos que siguiendo a la doctrina francesa y belga³⁶¹, tratan al contrato de distribución como un contrato de concesión exclusiva.

Sin embargo, la concesión es un término de derecho público que designa el acto administrativo por virtud del cual se le otorga a un particular el manejo y la explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del Estado³⁶².

³⁶¹ Francia y Bélgica denominaron concesión comercial a la colaboración entre fabricantes y distribuidores, denominación que ha sido acogida por una buena parte de la doctrina. Cfr. De la Fuente, Marta y Echarri, Alberto, *op. cit.*, p. 67.

³⁶² Cfr. Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 30ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1991, p. 242. En el mismo sentido: *“El estudio de la concesión comercial nos enfrenta con un problema terminológico. La concesión es un concepto proveniente del Derecho Administrativo e involucra una idea de privilegio, generalmente monopolístico, mientras que la actividad comercial es una actividad*

Usar el término de concesión para referirse al contrato de distribución es común en un amplio sector doctrinario, como ocurre por ejemplo en México con el texto de Javier Arce Gargollo, autor que dedica un capítulo completo y detallado refiriéndose al contrato de distribución, indistintamente, como concesión comercial: “[p]ara mí los términos de distribución y concesión comercial son sinónimos. [...]”³⁶³

Una cosa es decir que son términos sinónimos y otra cosa muy diferente es decir que son en realidad la misma institución. Ciertamente considero que en materia de derecho privado la concesión comercial o exclusiva y la distribución son el mismo contrato, y, por lo tanto, no debe usarse el término concesión para referirse al contrato objeto de esta investigación por no ser sinónimo de distribución, pues se está tomando un término de derecho público para designar erróneamente un acuerdo de voluntades encaminado a la comercialización de mercancías en un territorio, confusión que vemos claramente en la siguiente definición:

*CONTRATO DE CONCESIÓN: convención por la cual un comerciante, llamado concesionario, pone a su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial, llamado concedente, para asegurar exclusivamente sobre un territorio determinado durante un período limitado y bajo la vigilancia del concedente la distribución de sus productos, cuyo monopolio de reventa le es concedido*³⁶⁴.

¿Es correcto identificar el contrato de distribución como una concesión exclusiva, o se trata de dos contratos diferentes? A mi juicio, se trata del mismo

competitiva. Esta dualidad ha sido estudiada y resaltada para distinguir la peculiaridad del convenio que nos ocupa.” Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios...*, cit., p. 577.

³⁶³ Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 267. No solo no estoy de acuerdo en que son términos sinónimos, sino que debe evitarse el término concesión para referirse al contrato de distribución, con la finalidad de evitar confusiones que en realidad son innecesarias.

³⁶⁴ Casado, María Laura, *Diccionario de derecho comercial*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2012, p. 112.

contrato³⁶⁵, a pesar de que autores como Marzorati abogan por diferenciar entre la distribución internacional y la concesión comercial: *“En sus comienzos el contrato de concesión estuvo confundido y asimilado con el de agencia y distribución.”*³⁶⁶

Afirma Marzorati que: *“[...] la concesión comercial ha sido una forma idónea de distribuir cierto tipo de vehículos automotores, como autos, camiones, tractores, cosechadoras o autoelevadores.”*³⁶⁷ Es decir, podría desprenderse que para el autor hay que distinguir entre contrato de concesión y contrato de distribución dependiendo del tipo de mercancías que se comercialicen, en el entendido de que ciertas mercancías que pudieran considerarse como de mayor valor, deben comercializarse bajo la forma de una concesión.

Este criterio es señalado por León Tovar: *“cierta doctrina distingue las dos figuras, ya que la concesión tiene la particularidad de que recae sobre bienes de alta tecnificación o de valor económico elevado, además de que el concesionario asume la obligación de prestar servicios de asesoría, reparación, mantenimiento y venta de accesorios, refacciones y repuestos de los bienes que enajena.”*³⁶⁸

Lo anterior me parece incorrecto ya que después de analizar en el capítulo segundo el contrato de distribución a partir del contrato modelo que elegí, tenemos que en realidad no hay ninguna cláusula que en la práctica mercantil esté limitando el tipo de mercancías a comercializarse dentro de un contrato de distribución. La distribución admite la comercialización de todo tipo de mercancías y no señala diferencia alguna en caso de tratarse de mercaderías de valor económico elevado.

³⁶⁵ *“[...] para algunos el contrato de distribución es el mismo contrato de concesión por considerar que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro [...]”*³⁶⁵ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 380.

³⁶⁶ Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios...*, cit., p. 577. Considero que no es que estén confundidos los contratos de concesión y distribución, sino que se trata del mismo contrato tal y como analizo en líneas posteriores.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 576.

³⁶⁸ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 380. Hocsmán también distingue entre contrato de distribución comercial y contrato de concesión comercial. Cfr. Hocsmán, Heriberto Simón, *op. cit.*, p. 77.

El contrato de distribución no excluye la posibilidad de comercializar bienes de alta tecnificación o de elevado valor económico, por lo que no hay causa que en tal sentido justifique establecer así que existen dos contratos diferentes, esto es, la distribución y la concesión comercial.

Las confusiones que esto genera son obvias y se trasladan a las partes contratantes. Así, tenemos por ejemplo que Hocsman diferencia entre distribuidor o concesionario, según lo que hayan pactado las partes³⁶⁹, lo cual es confuso ya que ambas actividades mencionadas se pueden perfectamente incluir en un solo contrato de distribución sin necesidad de tener que entrar en diversificaciones de conceptos, siendo además uno de ellos –concesión– impropio, por ser un concepto tomado del derecho público.

Con la finalidad de ilustrar las confusiones señaladas y de dejar muy claro que es un error hablar indistintamente de distribuidor y concesionario³⁷⁰, es pertinente citar a Farina:

Se trata de un tema bastante difícil, al punto que algunos autores consideran inútil intentar una diferenciación, pues [...] el distribuidor y el concesionario tienen en común que ambos son comerciantes independientes, que aceptan comprar para revender ciertos materiales o productos de una marca determinada, a condición de que el fabricante o proveedor les conceda la venta de sus productos en un sector determinado³⁷¹.

³⁶⁹ “[...] el rasgo demarcatorio entre ambos contratos radica, no en un tema de categorización de bienes, sino en la diferente responsabilidad asumida por las partes del contrato. En fin, el concesionario asume responsabilidades y garantías de service luego de la venta, mientras que el distribuidor no carga con esta responsabilidad adicional, que va más allá de la garantía que le cabe como cualquier vendedor.” *Ibidem*, p. 83. Por si lo anterior no fuera suficiente, cabe decir además que el distribuidor sí asume obligaciones de posventa, contrariamente al criterio transcrito, pero en ello se abunda más adelante.

³⁷⁰ Si bien considero que la concesión comercial y la distribución son el mismo contrato, no deben usarse los términos concesión-concesionario-concedente por ser propios del derecho público.

³⁷¹ Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 419.

Es común que en la doctrina mexicana se le conozca indistintamente como contrato de distribución o contrato de concesión. Tal es el caso, por ejemplo, de Raúl Cervantes Ahumada³⁷² o el diccionario de derecho mercantil de la UNAM, que lo define en los términos siguientes:

*El contrato de distribución es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos*³⁷³.

Entre las múltiples definiciones que hablan de concesión, la de Turrín, citado por Hocsman, me parece particularmente destacable en esta crítica no solamente por el concepto de concesión a que hace referencia sino porque habla también, desde luego equivocadamente, de una remuneración: “[e]s aquel por el cual el concedente otorga la distribución de bienes o servicios al distribuidor actuando éste en su nombre y por su cuenta, a cambio de una remuneración consistente en un margen del precio de venta del bien o servicio.”³⁷⁴

Otro ejemplo confuso lo aporta Quevedo Coronado al defender la postura de que la distribución es una concesión, para lo cual la diferencia de la compraventa:

Se le ha querido identificar con una compraventa de las llamadas especiales. Como diferencia encontramos que, en la concesión, al concesionario le

³⁷² Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl, *op. cit.*, p. 549.

³⁷³ Arce Gargollo, Javier, “Contrato de distribución”, en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Diccionario de derecho mercantil*, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 142. Nótese cómo Arce Gargollo usa indebidamente el término *revender*, en lugar de *vender*, aspecto que abordo a fondo en el capítulo cuarto.

³⁷⁴ Hocsman, Heriberto Simón, *op. cit.*, p. 88.

*importa poder vender los productos en exclusiva (tener un mercado libre sin competencia desleal), con la colaboración, obviamente, del concedente. En la compraventa simple, sencillamente se vende y se compra sin ningún compromiso de exclusividad. En la concesión, los derechos y las obligaciones continúan más allá de las operaciones; en la compraventa simple se agotan por ambas partes*³⁷⁵.

Con posterioridad a la publicación de su libro de contratos mercantiles atípicos, el propio Arce Gargollo publicó un artículo donde analiza más a fondo la figura del contrato de distribución junto al contrato de agencia, y proporciona la siguiente definición:

*El contrato de distribución es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos. Eventualmente, y siempre que las partes lo acuerden, el contrato de distribución podrá contener el pacto de exclusiva limitado a cierto territorio y plazo*³⁷⁶.

Tal definición tiende a favorecer la confusión de por sí ya existente entre el contrato de distribución y el de concesión y ya señalé sus diferencias. Lo confuso es que el propio autor lo reconoce en el mismo artículo citado: “[e]l contrato ha sido denominado de distribución o de concesión mercantil, a pesar de que hay incertidumbre terminológica en la práctica que, para referirse al mismo fenómeno se

³⁷⁵ Quevedo Coronado, Francisco Ignacio, *op. cit.*, p. 246.

³⁷⁶ Arce Gargollo, Javier, “Los contratos de agencia...”, *cit.*

*sirve unas veces del término concesión y otras de los de representante, distribuidor e incluso agente.*³⁷⁷

El texto de Marzorati, a pesar de considerar que la concesión y la distribución son dos contratos diferentes, en realidad no aporta ningún factor diferenciador entre ambos. Así tenemos que, por ejemplo, señala lo siguiente:

*[...] el concesionario sacrifica, en aras de obtener una seguridad, su libertad individual. Debe cumplir con mecanismos y normas para identificarse y uniformarse con sus colegas y está sujeto a los arbitrios del concedente, no a sus caprichos, pero sí a sus necesidades. Debe esforzarse en vender y, por ende, en comprar stocks, a veces difíciles de colocar, mantener inventarios de repuestos que inmovilizan parte de su capital de giro, atender y prestar garantías de calidad del producto y, en general, comprometer una inversión propia importante erigiendo instalaciones de venta o servicio, o adquiriendo herramientas o equipos que le exige su concedente*³⁷⁸.

De igual manera, el mismo autor cita a doctrinarios que proporcionan una definición de concesión comercial, que en realidad corresponde a un contrato de distribución:

*La Convención por la cual un comerciante, denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante, o industrial denominado concedente; para asegurar, exclusivamente sobre un territorio determinado y por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de productos de los que se ha concedido el monopolio de reventa*³⁷⁹.

³⁷⁷ *Idem.*

³⁷⁸ Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios...*, cit., p. 579.

³⁷⁹ Champaud citado por Marzorati en *Ibidem*, p. 578.

Esta imprecisión terminológica alrededor de la concesión es señalada en México por autores como Andrés Serra Rojas³⁸⁰ y Soyla H. León Tovar³⁸¹, autora ésta última, que define a la concesión mercantil como:

*“el contrato por el cual un empresario (concesionario) pone su establecimiento al servicio de otro empresario (concedente) para comercializar por tiempo indefinido o limitado, en una zona geográfica determinada y bajo las directrices del concedente, los productos cuya exclusiva reventa se le otorga en condiciones predeterminadas, así como para ofrecer y prestar servicios relativos a dichos productos, tales como reparaciones, revisiones, garantías y sustituciones.”*³⁸²

Considero que la definición transcrita en realidad tampoco pone en evidencia la existencia de dos contratos diferentes. Parece basar la diferencia en que el concesionario realiza reparaciones, revisiones, garantías y sustituciones, pero ya se vio que en la práctica los distribuidores sí prestan servicios de posventa y están comprendidos en el clausulado del contrato modelo.

Al proponer mantener una terminología propia y eliminar toda mención a la concesión, desaparecerían otros embrollos terminológicos tales como hablar de contratos de distribución en sentido amplio o estricto en los términos ya señalados en el capítulo primero, y se crearía y usaría una terminología propia que favorecería la posibilidad de perfilar con toda distinción la naturaleza jurídica del contrato de distribución, misma que en la actualidad aparece muy desdibujada.

³⁸⁰ “En la legislación mexicana, el término concesión no se utiliza con mucha precisión y puede citarse, como ejemplo de áreas relacionadas con la concesión administrativa, las de minas, aguas, transportes, radio y televisión, explotación de bienes del dominio público, educación, vías aéreas, pesca y otras.” Citado en Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 270.

³⁸¹ “En México se distingue entre concesión y distribución de manera poco clara.” León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 380.

³⁸² *Idem.*

La cuestión es que no se trata ni de una concesión –en el sentido de que concesión exclusiva o comercial y distribución son el mismo contrato– ni de una compraventa, sino de un contrato con características propias –y por tal motivo no debe denominarse concesión pues, insisto, es un término de derecho no aplicable al caso que nos ocupa– en cuyo clausulado se comprenden las reglas a que habrán de sujetarse las partes, entre otras cosas, en cuanto a las compraventas futuras que habrán de celebrar.

Entre los autores que sí distinguen entre los contratos de distribución y de concesión, tenemos a Farina:

*Algunos autores ven la diferencia en la naturaleza de las cosas objeto del contrato: la distribución se refiere a mercadería común de consumo o de uso sencillo, en tanto que la concesión se refiere a bienes de alta tecnología como, por ejemplo, los automóviles. Sin rechazar esta idea consideramos que la distinción entre distribuidor y concesionario está dada [...] por la circunstancia de que este último asume obligaciones específicas de garantía y **de service posterior a la venta, lo que no sucede con el distribuidor, quien cumple con la entrega del producto y no asume estas obligaciones adicionales** (fuera de la garantía común que ofrece cualquier vendedor) [...] Otra nota distintiva es que el distribuidor, en la mayoría de los casos tiene como clientes a comerciantes minoristas que compran para revender; en tanto que el concesionario por lo común contrata con clientes particulares que adquieren para sí³⁸³.*

³⁸³ Farina, Juan M., *op. cit.*, pp. 419-420. El énfasis es mío. Es falso que el distribuidor no asuma obligaciones de posventa. Sí las asume y lo trato en el capítulo cuarto, tan es así, que es justo ese detalle lo que diferencia al distribuidor de otros intermediarios como simples mayoristas y minoristas como se verá en el mencionado capítulo.

No comparto la opinión de Farina porque en primer lugar cabe señalar que el modelo de contrato que elegí para la presente investigación señala en su cláusula 7 lo siguiente:

7.3 En relación con la promoción, comercialización y venta de las Mercaderías el Distribuidor deberá:

7.3.11 Proporcionar un servicio posventa y de mantenimiento para los clientes respecto a las Mercaderías a la satisfacción razonable del Proveedor durante la Vigencia y por un periodo de [seis (6) meses – especificar cualquier otro periodo] luego de la terminación de este contrato³⁸⁴.

Asimismo, ya se dijo que la naturaleza de las cosas objeto del contrato no es un factor suficiente como para establecer una diferencia entre ambos contratos toda vez que el contrato de distribución en la práctica comercial internacional se está celebrando con independencia de tal criterio, tal y como por ejemplo se desprende del siguiente clausulado del contrato modelo analizado:

2.2 La especificación de las Mercaderías será la indicada en el anexo 1, pero el Proveedor se reserva el derecho de hacer cambios a las especificaciones de las Mercaderías que sean necesarias para que ellas se conformen a las leyes aplicables, teniendo el Proveedor el deber de siempre informar rápidamente al Distribuidor por escrito de cualquier cambio que pretenda hacer³⁸⁵.

7.1 El Distribuidor pondrá todos sus esfuerzos comercialmente razonables en promover, comercializar y distribuir las Mercaderías a lo largo del Territorio.

³⁸⁴ Centro de Comercio Internacional (CCI), *op. cit.*, p. 114. El énfasis es mío.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 107. El énfasis es mío.

7.2 El Distribuidor pondrá todo su esfuerzo comercial razonable en distribuir la compraventa de Mercaderías de acuerdo con el Plan de Negocios para la comercialización y venta de las Mercaderías (el “Plan de Negocios”), siendo el primer Plan de Negocios el que se incluye como anexo a este contrato. El Distribuidor actualizará el Plan de Negocios anualmente, y en tanto no se actualice el Plan de Negocios del año anterior a éste seguirá aplicando³⁸⁶.

Es decir, el contrato de distribución versa sobre las mercancías que libremente pacten las partes contratantes en el plan de negocios³⁸⁷ sin limitaciones de ningún tipo en cuanto a su naturaleza o valor, o al tipo de uso –sencillo o de alta tecnología– que se les dé.

Ya que quedó comprobado que distribución y concesión exclusiva son el mismo contrato, pasaré a continuación a analizar el contrato de distribución como un contrato de larga duración que a nivel internacional implica tres temas fundamentales: el plazo con el cual habrá de darse por terminado el contrato en caso de haberse pactado una duración indefinida, las causas de su terminación y la indemnización del distribuidor por clientela.

10.1 Duración indefinida y terminación

La duración del contrato es crucial para el distribuidor pues la mayor parte de sus operaciones están basadas en objetivos comerciales a mediano y largo plazo, a pesar de los cual los proveedores frecuentemente los constriñen a firmar contratos de un año con la finalidad de obtener así una salida fácil de la relación distributiva, en detrimento del distribuidor, quien invirtió una buena cantidad de dinero en adaptar sus instalaciones, entrenar a su personal y en campañas de promoción y a menos

³⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 113.

³⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 126. Sobre tal plan de negocios, se remite a los Anexos 1, 2 y 3 del contrato modelo, donde las partes señalarán libremente el tipo de mercancías objeto del contrato, así como las cantidades mínimas a comprar y a ordenar.

que el contrato se renueve por otro año, pasará por dificultades a la hora de entonces poder recobrar su inversión, a pesar de lo cual la renovación a menudo queda al arbitrio del proveedor³⁸⁸.

Esta situación es muy común en la industria automotriz mexicana en la que los fabricantes venden sus autos a distribuidores independientes que realizan inversiones significativas a largo plazo, a pesar de lo cual son constreñidos a firmar contratos de distribución por un año, con todos los perjuicios que esto les genera, como no poder obtener por tal motivo préstamos y financiamientos favorables, por requerirse para ello contratos de distribución firmados a mayor plazo, además de otras situaciones muy inconvenientes como cuentas por cobrar que se tornan incobrables, inventario sobrante, indemnizaciones laborales a su personal, problemas en el pago de renta de sus instalaciones y un largo etcétera³⁸⁹.

En primer lugar, cabe señalar que el Artículo 1.11 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016 define los contratos de larga duración como contratos cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes, lo cual es aplicable al contrato internacional de distribución.

A su vez, sobre la terminación anticipada de estos contratos con duración indefinida, los Principios de UNIDROIT señalan lo siguiente:

Artículo 5.1.8 (Resolución de un contrato de tiempo indefinido) Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación. En cuanto a los efectos de la resolución en general,

³⁸⁸ Cfr. Salinas, Gabriel, *op. cit.*, p. 787.

³⁸⁹ *Idem.*

como así también de la obligación de restituir, se aplicarán los Artículos 7.3.5 y 7.3.7

Artículo 7.3.5 (Efectos generales de la resolución) (1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras. (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. (3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

Artículo 7.3.7 (Restitución en contratos de larga duración) (1) Al resolver un contrato de larga duración, solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible. (2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.3.6.

Artículo 7.3.6 (Restitución en el caso de contratos de ejecución instantánea) (1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. (2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable. (3) La parte que se benefició con el cumplimiento no está obligada a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.

Es decir, los contratos de larga duración, cuando no se pactó una fecha de terminación, se pueden terminar por cualquiera de las partes siempre y cuando lo notifique a la otra parte con una razonable anticipación, lo cual no excluye el derecho

a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

10. 2 Causas de terminación

En cuanto a la terminación, tenemos dos panoramas: terminación con causa y terminación sin causa por decisión unilateral.

10.2.1. Terminación con causa

Toda vez que se trata de un contrato atípico, el contrato de distribución es susceptible de terminarse por las mismas causas que terminan los contratos onerosos, pero solo en la parte conducente a una conclusión por justa causa y mediante aviso con antelación razonablemente anticipada, o bien, por medio de una indemnización, toda vez que se trata de un contrato en el que el distribuidor colabora con el proveedor para comercializar las mercancías que éste le vende³⁹⁰.

Al respecto, los Principios de UNIDROIT señalan que se considera incumplimiento del contrato cuando se infringe una obligación derivada de la compraventa internacional o del acuerdo celebrado entre las partes.

Y los Principios de UNIDROIT, en su Artículo 7.1.1 definen el incumplimiento como la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

Asimismo, el distribuidor, en su calidad de comprador de las mercancías, tiene los derechos y acciones que derivan de la CISG en caso de incumplimiento de

³⁹⁰ Cfr. León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 372.

contrato por el vendedor³⁹¹ y viceversa³⁹², en el entendido de que el incumplimiento será esencial cuando la parte que no incumplió se ve privada sustancialmente de lo que tiene derecho de esperar en virtud del contrato³⁹³.

10.2.2. Terminación sin causa por decisión unilateral

Este supuesto puede generar graves desequilibrios en el contrato, tal y como certeramente lo señalan autores como León Tovar³⁹⁴, a pesar de que es un supuesto contemplado por los Principios de UNIDROIT:

Artículo 5.1.8 (Resolución de un contrato de tiempo indefinido) Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación. En cuanto a los efectos de la resolución en general, como así también de la obligación de restituir, se aplicarán los Artículos 7.3.5 y 7.3.7.

10.3. Indemnización por clientela

La injusticia que puede implicar la terminación unilateral mencionada en el punto anterior nos lleva a la indemnización por clientela, por virtud de la cual tenemos que el proveedor habrá de indemnizar al distribuidor por daños y perjuicios

³⁹¹ Remite a los Artículos 45 a 52 de la CISG. Cfr. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Conferencia...*, *op. cit.*, p. 70.

³⁹² Remite a los Artículos 61 a 65 CISG. *Idem.* En el entendido de que, en ambos casos, la parte perjudicada puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en los Artículos 74 a 77.

³⁹³ Remite al Artículo 25 de la CISG y asimismo, las partes podrán definir en el contrato lo que constituye un incumplimiento esencial. *Idem.*

³⁹⁴ “No sería justo que el fabricante, después de haber mantenido el contrato con un distribuidor durante más de cinco años o los que sean necesarios para posicionarse en el mercado, decida de manera unilateral resolver el contrato, no lo prorrogue o lo dé por terminado mediante un simple preaviso de 20 o 60 días; porque en virtud del contrato de distribución, el distribuidor dedicó y preparó un establecimiento exclusivamente para promover, anunciar y vender productos del fabricante que se ve beneficiado por ello, no solo durante la vigencia del contrato de distribución, sino en lo sucesivo, por lo cual se le debe reconocer el derecho a una indemnización por clientela.” León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, *cit.*, p. 373.

en caso de que éste no haya podido amortizar los gastos realizados, en cuyo caso también será procedente por fallecimiento del distribuidor y en el entendido de que tal indemnización no procedería en caso de que el distribuidor denuncie el contrato por causas no imputables al proveedor, termine el contrato por causas imputables a él, o bien, en caso de que contando con el consentimiento del proveedor ceda sus derechos y obligaciones a un tercero³⁹⁵.

Al respecto, tenemos varios ejemplos: en Estados Unidos se otorga al concesionario el derecho de pedirle al fabricante una indemnización cuando el fabricante no actúa de buena fe en cuanto a la terminación unilateral o en la no renovación del contrato de concesión; en Italia, tenemos el Artículo 1751 del Código Civil que establece también el derecho de indemnización del agente ante la terminación del contrato, tomando en cuenta la aportación de clientes que haya realizado en favor del empresario; la ley belga que impide revocar la concesión a menos que haya una falta grave que sea imputable al concesionario o la ley francesa que castiga a los productores abusivos que se niegan a renovar concesiones sin una justa causa³⁹⁶.

León Tovar menciona, además, la sentencia emitida por el Tribunal Supremo español que otorgó al distribuidor una indemnización por clientela y fijó además el importe por haber acreditado el distribuidor haber logrado una clientela como producto de su actividad ininterrumpida por más de veinticinco años³⁹⁷.

11. Contrato atípico

Sobre la confusa y excesivamente heterogénea visión doctrinal en torno al contrato de distribución, tenemos también la postura más común, esto es, considerarlo meramente como un contrato atípico dadas todas las dificultades para

³⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 377.

³⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 375.

³⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 377.

identificarlo en su individualidad ante la multiplicidad de escenarios que ya quedaron expuestos y debidamente desvirtuados.

En este sentido, por ejemplo, Arce Gargollo opta por decir simplemente que se trata de un contrato atípico desde el momento en que no es posible asimilarlo a ningún otro contrato al amparo de la legislación vigente.

Al tratarse de un contrato atípico y *sui generis*, admite que se le apliquen de manera supletoria reglas, tanto de las obligaciones como de las normas derivadas de otros contratos, entre los cuales figuran la compraventa, el suministro, la comisión y el mandato³⁹⁸, mezclanza sumamente confusa e innecesaria.

El propio Arce Gargollo escribe lo siguiente:

Las teorías formuladas en torno a la naturaleza contractual de esta figura son variadas (compraventa especial con imposición del precio de reventa, compraventa estipulada con una o varias modalidades o cargas, venta con monopolio, o suministro con cláusula de exclusiva, generalmente recíproca). Parece más acertado considerar que el contrato de distribución no puede asimilarse a los tipos contractuales de nuestra legislación mexicana vigente. Se trata de una figura atípica, sui generis³⁹⁹.

Estoy de acuerdo con las posturas que afirman que se trata de un contrato atípico. Ciertamente lo es, dado que no está contemplado por la legislación. Sin embargo, me parece que es una especie de salida fácil e incompleta decir que una figura jurídica que no se sabe a ciencia cierta cómo etiquetar, sea simplemente atípica.

³⁹⁸ Cfr. Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., pp. 286-287.

³⁹⁹ Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Diccionario...*, op. cit., p. 142.

La afirmación de que es una figura es atípica equivale a no decir nada sobre la institución que se describe⁴⁰⁰. Lo mismo puede decirse a quienes lo consideran un contrato meramente no formal. Lo no formal carece de formas preestablecidas en pro de una mayor libertad y flexibilidad a la hora de contraer obligaciones y en tal sentido ciertamente son contratos no formales, pero igualmente es una concepción insuficiente que aporta más bien poco a la hora de redondear su naturaleza jurídica.

El hecho de que puedan incluir muy diversos pactos –ya se analizó que el contrato modelo admite pacto de exclusividad o no; también admite que las compras mínimas o no aunque mi posición es que este punto no es negociable sobre todo si se pactó la exclusividad; puede ser que el proveedor fije unilateralmente o no el precio de comercialización lo cual acuerdan las partes con libertad; puede ser que se otorgue una licencia o no– deriva en que la doctrina dé definiciones para cada tipo de pacto en vez de incluirlos todos en una sola forma de contrato llamado contrato internacional de distribución de mercaderías.

Me parece muy certera la aseveración de Jiménez Sánchez y Díaz Moreno, pues hacen ver que el panorama de la atipicidad contribuye más a confundir que a esclarecer muchas de las relaciones jurídicas que pretende abarcar:

La distinción entre uno y otro grupo de contratos, que como se ve tiene relevancia práctica, no siempre resulta fácil debido a la frecuente utilización de figuras atípicas y mixtas, así como a la equívoca terminología empleada en la denominación y estatuto jurídico-profesional de algunos profesionales y empresarios que las realizan (así se habla de agentes, viajantes o representantes de comercio que realmente son personal laboral, en régimen

⁴⁰⁰ Etimológicamente, la palabra típico hace referencia a algo “que tiene las características de su clase o grupo”. Gómez de Silva, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, 2ª. Edición, México, El Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 678. Entonces, decir de un contrato que simplemente sea atípico, en realidad es afirmar que no pertenece a ninguna clase o grupo, pero no aclara nada sobre su naturaleza jurídica ya que se limita a decir lo que no es.

*general o especial; de agentes o agencias que realmente son comisionistas, mediadores o corredores; de corredores que son comisionistas, etc.)*⁴⁰¹.

Todo lo anterior se refleja en las muy diversas y contradictorias definiciones que la doctrina aporta sobre el contrato de distribución y es que toda vez que cada autor lo reviste de una naturaleza jurídica distinta, tenemos definiciones demasiado heterogéneas que impiden alcanzar un concepto universal.

Una tendencia marcada que pude comprobar en la doctrina es la de proporcionar definiciones no propiamente jurídicas del contrato, sino más bien propias de otras disciplinas como la economía o la administración. Entre tales ejemplos tenemos por ejemplo a Zavala Rodríguez, citado por Heriberto Simón Hocsman, quien señala que mediante los contratos de distribución en sentido amplio *“una empresa, recurriendo a otras empresas o personas, obtiene que su producción en masa llegue con más facilidad a distintos lugares y a los más diversos clientes.”*⁴⁰²

La anterior no es una definición jurídica y me parece grave que un texto jurídico incluya definiciones de este tipo. Lo afirmo toda vez que una definición jurídica es aquella que se da a partir de las obligaciones que se derivan de un contrato y no de sus actividades económicas y comerciales.

Con la finalidad de ilustrar tan común error por parte de la doctrina, tenemos la siguiente definición, también económica, por parte de la doctrina jurídica argentina: *“[la distribución] es aquel contrato en virtud del cual el distribuidor, actuando por su cuenta y nombre, promueve la introducción de un producto*

⁴⁰¹ Jiménez Sánchez, Guillermo J. y Díaz Moreno, Alberto, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 20ª. Edición, Madrid, Difusora Larousse - Editorial Tecnos, 2018, p. 657.

⁴⁰² Hocsman, Heriberto Simón, *op. cit.*, p. 87.

*manufacturado por otro en el mercado de una zona determinada, mediante un sistema de reventas previamente planificadas, con o sin pacto de exclusividad.*⁴⁰³

Definitivamente la distribución es un fenómeno económico y comercial y es válido ver esa parte del contrato, pero no como constitutiva de su naturaleza jurídica, pues hablar de naturaleza jurídica es hablar del acuerdo de voluntades que genera obligaciones.

En apoyo de lo anterior tenemos que “[d]efinir en materia jurídica es ceñir en los límites estrechos de una fórmula compendiosa el ámbito o dominio, los límites, la naturaleza, la extensión y los caracteres de una disciplina jurídica frente a sus congéneres del sistema del derecho. [...]”⁴⁰⁴

Por su parte, Farina define la distribución en la misma línea, esto es, la define a partir de las actividades económicas que comprende y no a partir de las obligaciones jurídicas que genera, además de que contribuye a la confusión de diferenciar entre una distribución en sentido amplio de una en sentido estricto, lo cual ya traté en el primer capítulo de esta investigación:

*[...] la expresión “contrato de distribución” aparece utilizada en sentido genérico, comprensiva de las diversas maneras de establecer canales de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia; o bien, en un sentido estricto, para referirse a un medio determinado, con características propias, que utiliza el productor (o mayorista) para colocar su mercadería en el mercado*⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Puliafito, Gladys J. y Coll, Oswaldo W., “El contrato de distribución y la comercialización de vinos”, *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, Ediciones Depalma, Argentina, Año 26, Número 154-156, julio-diciembre de 1993, p. 163.

⁴⁰⁴ La definición de “voz jurídica” está disponible en línea en el siguiente enlace consultado con fecha 27 de febrero de 2022: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/definición-jurídica/definición-jurídica.htm>.

⁴⁰⁵ Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 412.

Me parece que uno de los aspectos más interesantes que ofrecen los contratos de distribución es que están poniendo en evidencia que la actividad jurídica, lamentablemente, está contribuyendo a nivel internacional a la expansión del fenómeno de la vulgarización del Derecho que ya quedó planteado en párrafos anteriores.

Hocsman cita otra definición que me parece extremadamente incorrecta, tal es el caso de la de Gregorini Clusellas, para quien la distribución es, limitadamente, una gestión de comercialización de bienes de un productor⁴⁰⁶. Nuevamente, se trata de una definición económica y por lo tanto no válida.

Por su parte, la definición de Arce Gargollo también me parece criticable puesto que no señala cuáles son las obligaciones contraídas a cargo del proveedor, además de que identifica incorrectamente a la distribución con la concesión y señala incorrectamente también que la labor del distribuidor es la reventa; aunado a que afirma que el distribuidor revende las mercancías del proveedor, cuando el propietario es el distribuidor:

El contrato de distribución es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos⁴⁰⁷.

Además de los errores al establecer la naturaleza jurídica del contrato, y por

⁴⁰⁶ Cfr. Hocsman, Heriberto Simón, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁰⁷ Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, *cit.*, p. 268.

consiguiente de los errores en las definiciones, hay un amplio sector doctrinal que a mi juicio comete otro error y es el de considerar que el contrato de distribución genera relaciones multilaterales, lo cual también considero incorrecto ya que en realidad se generan relaciones bilaterales pues ya se explicó que no debe ser visto como un contrato de integración.

Por último y toda vez que la intención en este capítulo no es hacer una revisión exhaustiva de las definiciones y criterios aportados por la doctrina, sino mostrar el panorama de confusión y vulgarización que se está desarrollando alrededor del tema, es pertinente señalar que uno de los aspectos que contribuyen a ello es la exclusividad que puede pactarse en el contrato, ya que a pesar de que rige la libertad contractual y las partes pueden pactar en exclusiva o no, la doctrina está dividida entre los que consideran que la exclusividad es un elemento esencial –postura a la que me adhiero– y los que la consideran un elemento accesorio.

Mi postura es que máxime que las compras mínimas deben ser obligatorias, la exclusividad como elemento esencial quedaría más que justificada para evitar desequilibrios contractuales.

II. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LEX MERCATORIA

Dada la inmensa riqueza de usos comerciales y leyes aplicables en materia de comercio internacional, es necesario comentar e identificar las normas que rigen y tratan de brindar cierta uniformidad en la materia al otorgar a las partes contratantes los lineamientos necesarios para que pacten sus acuerdos en medio de un panorama donde la carencia de regulación dificulta el consenso; y es que esta falta de regulación unida a la amplia variedad de escenarios en los que se desenvuelve este contrato, genera muchas lagunas que le restan seguridad jurídica, tomando en cuenta además los muy diferentes enfoques aportados por la doctrina y que en muchas ocasiones implican contradicciones tal y como analizo en el presente capítulo.

Ante tal panorama, cobran especial importancia los principios de la buena fe y la autonomía de la voluntad, con lo cual el contenido de este tipo de contratos resulta muy diverso, variable y poco uniforme.

Esto no significa que no exista una especie de regulación indirecta por parte del derecho europeo, tan es así, que la Comunidad Europea opta por lo pronto por una serie de medidas restrictivas de la competencia que se suman a las disposiciones aplicables de las leyes de cada país y que analizo en los párrafos siguientes.

A nivel internacional, hasta hace poco el único intento exitoso por regular el contrato lo teníamos en Bélgica, en la Ley sobre el contrato de distribución de fecha 27 de julio de 1961, reformada el 13 de abril de 1971⁴⁰⁸. En la actualidad ya destaca el Nuevo Código Civil y Comercial argentino, que regula el contrato, aunque con la incorrecta denominación de concesión.

En otros países como Francia, Holanda o Alemania, la normativa aplicable es la propia de la contratación comercial general y se aplican por analogía las reglas del contrato de agencia⁴⁰⁹; pero fuera de ese caso, podría decirse que en la Unión Europea el contrato de distribución aún no está regulado de manera específica, de manera tal que el tema es contemplado a la luz del derecho de la competencia y de la no afectación a la libre competencia en los mercados llegando a anularse el contrato en caso de violaciones en este sentido –el derecho europeo está muy centrado en los posibles abusos que surgen sobre todo cuando el proveedor adopta una posición dominante en el contrato– con lo que se pretende aportar cierto grado de uniformidad, de la misma manera en que se logró en materia de compraventa internacional de mercaderías bajo el amparo de la CISG.

⁴⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 266.

⁴⁰⁹ Cfr. Maseda Rodríguez, Javier, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000, p. 26.

Para ello, organismos internacionales como la Cámara de Comercio Internacional o el Centro de Comercio Internacional, cuyo modelo forma parte del presente análisis, han emitido con tal finalidad sus propios contratos modelo para incidir en prácticas comerciales más equilibradas y equitativas ante la carencia de regulación uniforme, tal y como ya se analizó.

En el marco de la Unión Europea, en primer lugar, destacan una serie de lineamientos que tienen su origen en el Artículo 81 del TCE o CEE. Es importante mencionarlo porque vemos que desde ese año se sentaron las bases de las normas comunes sobre competencia y disposiciones aplicables a las empresas.

Dicho Artículo actualmente corresponde al Artículo 101 de la Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2016⁴¹⁰; en su título VII relativo a las normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones, dentro de la Tercera Parte sobre las políticas y acciones internas de la Unión, dicho Artículo 101 señala las disposiciones aplicables a las empresas y prohíbe todos los acuerdos entre empresas y asociaciones de empresas que puedan afectar al libre comercio entre los Estados miembros de la Comunidad, de manera especial si se fijan directa o indirectamente precios de compra o de venta; si hay limitaciones o se pretende controlar la producción, mercado, inversiones y desarrollo técnico; si se reparten los mercados o fuentes de abastecimiento; si se aplican a terceros contratantes situaciones desiguales que los pongan en desventaja competitiva o si se sujeta la celebración de los contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto principal.

⁴¹⁰ El texto se puede consultar en línea en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=ES> y fue consultado para esta investigación con fecha 27 de febrero de 2022.

Asimismo, se señala que los acuerdos que caigan en los supuestos mencionados serán nulos de pleno derecho, salvo en caso de tratarse de acuerdos entre empresas, asociaciones de empresas o cualquier otra práctica que mejore la producción o distribución de productos y fomenten el progreso técnico y económico sin que se impongan restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos y sin que dichas empresas puedan eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate⁴¹¹.

Si analizamos lo anterior relacionándolo con el contrato modelo, tenemos que, tal y como afirmé al inicio de esta investigación, la distribución no infringe ninguno de los puntos del Artículo 101 señalado ya que por lo menos en lo que respecta al contrato modelo aquí analizado, el derecho europeo sí permite tres tipos de restricciones comerciales cuando se trate de contratos cuya ejecución sí suponga una serie de ventajas que permita anular tales restricciones.

De manera tal que abstenerse de comercializar productos de la competencia, así como de comercializar fuera del territorio contractual o comprar de manera exclusiva al proveedor, se considera que son prácticas que no afectan los mercados, sino todo lo contrario.

Tomando en cuenta lo anterior, el contrato internacional de distribución de mercaderías no es violatorio, aún si se pacta en términos de exclusividad, de ninguna regla en materia de competencia, de conformidad con los puntos específicos siguientes:

⁴¹¹ Sin perder de vista que cualquier acto contrario a la libre circulación de mercancías podría ser incompatible con el mercado común, siendo la cuestión clave, saber quién adoptó la medida o quién la acordó ¿un estado miembro o una empresa privada? Cfr. Wevers, H., *op. cit.*, p. 161.

Los precios

No se le está prohibiendo al distribuidor la facultad de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

No se limita ni se controla la producción, mercado, desarrollo técnico o inversiones

El contrato modelo no le impone al distribuidor ninguna restricción de competencia más allá de la obligación de abstenerse de distribuir o fabricar productos competidores.

La exclusividad, aun si es opcional tal y como es el caso del contrato modelo, es un elemento importante del contrato y por lo tanto de su objeto. Por ello es válido que el distribuidor no pueda comprar a nadie que no sea el proveedor, lo cual tal y como ya señalé, no excluye la distribución cruzada entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio si es que así lo pactaron las partes por convenir a sus mutuos intereses.

No se reparten los mercados ni las fuentes de abastecimiento

Lo anterior puesto que, tal y como ya quedó analizado en el capítulo primero, el contrato de distribución no impide los suministros cruzados entre diferentes distribuidores de la misma red, en aquellos casos en que el proveedor no pudiera surtir a alguno de ellos⁴¹².

⁴¹² Cfr. Carbajo Cascón, Fernando, “La distribución comercial. Aspectos contractuales”, *Iustitia* Universidad Santo Tomás, Colombia, No. 9, diciembre de 2011, p. 313.

No se aplica al distribuidor condiciones que lo coloquen en desventaja competitiva

Precisamente porque ambas partes obtienen beneficios de sus respectivas actividades, dadas las obligaciones de apoyo mutuo que se desprenden de la naturaleza del contrato.

Además, todos los supuestos anteriores no son aplicables a cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas cuya alianza equitativa⁴¹³ mejore la producción y distribución de las mercaderías y fomenten progreso económico y técnico.

Es decir, el contrato internacional de distribución de mercaderías es perfectamente conforme con el derecho europeo y cualquier exceso en su clausulado se puede arreglar con los lineamientos ya señalados.

Al respecto, coincido con Estrada González en el sentido de que debe sancionarse la distribución exclusiva solamente cuando implica cierres de acceso a los mercados, en una manera tal que los competidores no puedan competir en forma efectiva, pero para ello se requiere que se actualicen supuestos tales como que haya un responsable dominante, se creen economías de escala o red o que los clientes no puedan negociar o contar con otras alternativas de suministro⁴¹⁴.

Mientras tales supuestos no se actualicen, los contratos de distribución con pacto de exclusiva sí benefician de hecho a los mercados:

⁴¹³ De ahí la importancia de equilibrar el contrato modelo lo más que se pueda, para no caer así en ninguno de los supuestos señalados. En caso de que se generen posiciones dominantes por parte del proveedor, por ejemplo, imponiendo al distribuidor restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos, este supuesto lo debe paliar la legislación que en materia de competencia rija a nivel local, tal y como lo expresé en el primer capítulo.

⁴¹⁴ Cfr. Estrada González, Ernesto, "Distribución exclusiva y competencia", *El trimestre económico*, Ciudad de México, vol. LXXXII (2), núm. 326, abril-junio de 2015, p. 423.

En mercados competidos, la distribución exclusiva no cierra canales de distribución ni deteriora la eficiencia del mercado, más bien constituye un instrumento de competencia entre fabricantes que mejora la distribución y expande la oferta. Sin embargo, en mercados monopólicos u oligopólicos la presencia de esta conducta requiere evaluar si las circunstancias del mercado hacen probable que tenga un carácter anticompetitivo. Un fabricante puede desplazar competidores mediante exclusividades si éstas cierran el acceso a una proporción del mercado que les impida alcanzar volúmenes competitivos de ventas⁴¹⁵.

Entonces, tal y como especifiqué en el capítulo primero anterior, los excesos en los mercados son responsabilidad de las respectivas legislaciones de cada país ya que el pacto en exclusiva no tiene por qué ser algo negativo, sino todo lo contrario.

Ahora bien, pasando al tema de su regulación, a nivel internacional tenemos que la tendencia es no regular los contratos de distribución y mantenerlos como figuras atípicas.

Por citar solo un ejemplo, en España durante los últimos años ha habido diversos intentos por regular los contratos de distribución y destaca de hecho el Proyecto de Ley de los Contratos de Distribución, pero la tipificación no se consumó en el actual Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

Al respecto, el panorama doctrinario se encuentra muy dividido entre los partidarios de su regulación y los que se oponen, a pesar de las asimetrías que tal falta sí puede provocar entre las partes pues si el clausulado no se redacta cuidadosamente es fácil que el proveedor, sobre todo, se pueda convertir en la parte

⁴¹⁵ *Ibidem*, pp. 426-427.

dominante del contrato dadas sus facultades de supervisión sobre la actividad del distribuidor.

Para efectos de Latinoamérica, tenemos que los países han creado leyes proteccionistas en favor del distribuidor, estableciendo penas a los proveedores en caso de terminación anticipada sin causa, destacando en tal sentido Puerto Rico, El Salvador, Colombia, Costa Rica y República Dominicana⁴¹⁶.

Sin embargo, ante la falta de regulación internacional, por una parte, tenemos que hay una tendencia muy extendida en la doctrina de aplicar la analogía con el contrato de agencia, tendencia con la que difiero ya que considero que las características propias de la distribución la asemejan más con una asociación en participación que con la agencia y abundaré en este aspecto en el capítulo cuarto posterior.

Ahora bien, a pesar de que la tendencia parece ser no legislar el contrato, no podemos perder de vista las resoluciones publicadas por la UNCITRAL sobre la aplicabilidad de las reglas de la CISG al contrato de distribución:

434. La mayoría de los órganos judiciales han llegado a la conclusión de que la CIM no es aplicable a los contratos de distribución (los denominados “acuerdos marco”), ya que estos contratos se centran en la “organización de la distribución” y no en el comercio de mercaderías. No obstante, la CIM puede aplicarse a los contratos de compraventa de mercaderías celebrados sobre la base de un contrato de distribución si se cumplen todas las condiciones de aplicabilidad del CIM (carácter internacional, compraventa de mercaderías, etc.).

⁴¹⁶ Cfr. Salinas, Gabriel, *op. cit.*, p. 790.

435. Además, aunque esta interpretación no está firmemente establecida, la CIM se ha aplicado al acuerdo marco cuando este consiste en un contrato de suministro de mercaderías en el que se indican las mercaderías y se señalan la cantidad y el precio a se prevé un medio para determinarlos en el futuro (arts. 8, 9, 14, párr. 1 y 55). En ese caso, las obligaciones contractuales derivadas del acuerdo marco podrían analizarse a la luz de las normas de la CIM, entre ellas las obligaciones de exclusividad, sin perjuicio de que deban respetarse otras normas del derecho interno que por lo demás sea aplicable, como las relativas a la obligación de no competir, ya que las cuestiones de competencia no están contempladas en la CIM.

436. A falta de un instrumento internacional uniforme en esta materia, las partes podrían evitar la incertidumbre derivada de la aplicación de la CIM a los contratos de distribución internacional eligiendo la manera expresa la CIM, o bien por sí sola, o bien con los Principios UNIDROIT, como ley o normas de derecho aplicables al contrato (aceptación expresa)⁴¹⁷.

En esta misma línea, y con la finalidad de comprender el régimen jurídico del contrato internacional de mérito, queda claro entonces que también hay que tener presentes otros ordenamientos tales como los Principios de UNIDROIT sobre los contratos de larga duración⁴¹⁸, los Principios Europeos de Derecho Contractual⁴¹⁹ e

⁴¹⁷ El énfasis es mío.

⁴¹⁸ Estos Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales que fueron elaborados para regular los contratos de larga duración, fueron modificados y adicionados en la edición publicada en octubre de 2016.

⁴¹⁹ Estas reglas se refieren a los contratos de franquicia, agencia comercial, y distribución –cuya función económica es fundamental para llevar productos al mercado, y que son llamados acuerdos verticales por conectar a los actores económicos en diferentes niveles de la cadena de producción y distribución– reglas que se hacen extensivas a otros contratos comerciales a largo plazo en los que se hagan llegar productos a un mercado usando los esfuerzos de otra parte, con lo que se conecta a productores y minoristas que venden los productos a los consumidores y otros usuarios finales; en el entendido de que de tales conexiones surgen aspectos como la compensación del fondo de comercio después de la finalización de un contrato de distribución, el momento en el que vence la comisión del agente o la obligación del franquiciador de mantener la buena reputación de la red por citar tan solo algunos ejemplos de cuestiones en las que se necesitan reglas específicas para que la

incluso legislaciones como la Ley de protección al representante de casas de extranjeras No. 6209 del 9 de marzo de 1978 de Costa Rica y sus reformas⁴²⁰; y el ya citado Código Civil y Comercial de la Nación argentina⁴²¹.

Por último, a modo de resumen, tenemos que en México no hay una regulación específica del contrato de distribución y por lo tanto se le aplican las reglas de los contratos mercantiles atípicos; en la Unión Europea no hay regulación específica salvo regulaciones en torno a la exclusividad y la materia antimonopólica; en Francia, España, Italia y Alemania no hay regulación específica sobre el tema y por lo tanto se le aplican las reglas de los contratos mercantiles; en Estados Unidos no hay regulación específica y se le aplican leyes estatales comerciales, legislación industrial específica tanto federal como estatal, leyes antimonopólicas y el *Uniform Commercial Code*; en Colombia no hay regulación específica y se le aplican las reglas de los contratos mercantiles⁴²², mientras que sí hay regulación específica en

práctica legal oriente y proporcione a los profesionales un grado razonable de seguridad jurídica. Cfr. Hesselink, Martijn W., *et al.*, *op. cit.*, p. 91.

⁴²⁰ Dicha ley contempla al contrato de distribución en los términos siguientes: “a) «Casa extranjera»: persona física o jurídica que, radicada en el extranjero, realice actividades comerciales en el país, por sí o por medio de sucursales filiales o subsidiarias. b) «Representante de casas extranjeras»; toda persona física o jurídica que, en forma continua y autónoma, --con o sin representación legal— prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios que casas extranjeras venden o presten en el país. c) «Distribuidor exclusivo o codistribuidor»: toda persona física o jurídica que, mediante un contrato con una casa extranjera, importe o fabrique en el país bienes para su distribución en el mercado nacional, actuando por cuenta y riesgo propio. d) «Fabricante»: toda persona física o jurídica que elabore, envase o fabrique en el país, productos con la marca de una casa extranjera que lo haya autorizado para ello, usando la materia prima y las técnicas que esa casa le indique.” Dicha ley fue consultada con fecha 27 de febrero de 2022 en el siguiente enlace:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6003&nValor3=70597&strTipM=TC. Me parece que el texto de esta ley pone en evidencia la necesidad de homologar el contrato a nivel internacional, ya que suscita confusiones tales como considerar que el distribuidor puede fabricar, con lo cual se confunde con una franquicia. Ahora bien, me parece interesante que se refiera al distribuidor como exclusivo, con lo cual vemos que identifica la exclusividad como un elemento no accesorio de la distribución, aspecto con el que concuerdo tal y como ya se analizó.

⁴²¹ Del cual ya se habló en el capítulo primero, que contempla al contrato de distribución, pero identificándolo como contrato de concesión exclusiva.

⁴²² Cfr. Salinas, Gabriel, *op. cit.*, p. 793.

países como Bélgica, República Dominicana, Costa Rica, El Salvador, Puerto Rico⁴²³ y Argentina.

III. LEGISLACIÓN MEXICANA

La legislación mexicana no es la excepción a esta uniforme tendencia y a pesar de que en 1987 sí hubo un intento de regulación, en México tampoco está regulado. Tan es así, que los distribuidores mexicanos a menudo se ven en posiciones vulnerables debido a esta falta de regulación que permite a los proveedores extranjeros mantener una relación poco comprometida con ellos⁴²⁴.

Sin embargo, el Artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica, ley que analizo en líneas posteriores, se prohíben las prácticas monopólicas, las concentraciones y cualquier forma de restricción al funcionamiento eficiente de los mercados, pero tal y como ya expliqué, es posible pactar contratos de distribución con exclusividad sin caer en tales supuestos.

Ahora bien, el contrato de distribución no está regulado en la legislación mexicana, pero implícitamente sí se reconoce su existencia, aunque no hay compensación por causa de terminación anticipada, lo cual se desprende de su contemplación secundaria en los siguientes ordenamientos jurídicos:

1. Código Civil Federal

La única protección que se le brinda al distribuidor la encontramos en el Artículo 2104 del Código Civil Federal (CCF) en el sentido de que cualquier parte que incumpla sus obligaciones contractuales se hará responsable ante su

⁴²³ *Idem*.

⁴²⁴ Cfr. Salinas, Gabriel, *op. cit.*, p. 791.

contraparte, sin embargo, si el contrato de distribución expresamente permite su terminación anticipada, entonces tal protección carece de efecto⁴²⁵.

2. Ley Federal de Protección al Consumidor

En su Artículo 95, reconoce a la figura de los distribuidores como responsables por la calidad de los productos, ya que están obligados por dicho ordenamiento a reparar, devolver, bonificar o compensar a los consumidores, en su caso, siendo importante aclarar que tal disposición legal los hace responsables en su calidad de vendedores, pero no los está responsabilizando por ser distribuidores.

Este Artículo es importante puesto que creo que es una forma de reconocer que el distribuidor actúa en nombre propio, por su cuenta y riesgo, y se obliga a prestar servicios de posventa toda vez que el contrato no genera relaciones entre el productor y los clientes finales:

Los productos que hayan sido repuestos por los proveedores o distribuidores deberán serles repuestos a su vez contra su entrega, por la persona de quien los adquirieron o por el fabricante, quien deberá, en su caso, cubrir el costo de su reparación, devolución, bonificación o compensación que corresponda, salvo que la causa sea imputable al proveedor o distribuidor⁴²⁶.

Además, del texto del Artículo transcrito se entiende que quienes vendieron un producto, sean proveedores o distribuidores, y que repusieron el producto defectuoso al consumidor, pueden pedir a la persona de quien lo adquirieron que

⁴²⁵ “Artículo 2104.- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste.” El CCF se encuentra disponible en línea en el siguiente enlace que fue consultado con fecha 30 de marzo de 2021: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf.

⁴²⁶ La Ley Federal de Protección al Consumidor está disponible en línea en el siguiente enlace: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/113_241220.pdf el cual fue consultado con fecha 21 de marzo de 2021.

se les reponga el producto defectuoso que ellos recibieron del cliente y por el cual tuvieron que darle otro.

De esta manera, se afirma que el responsable final es el importador o fabricante y esta responsabilidad del fabricante o importador es algo que deben contemplar los contratos de distribución.

3. Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial

Esta Ley reconoce a los contratos de distribución, por ejemplo, en su Artículo 92 al señalar que:

El registro de una marca no producirá efecto alguno contra:

II. Cualquier persona que comercialice, distribuya, adquiera o use el producto al que se aplica la marca registrada, luego que dicho producto hubiera sido introducido lícitamente en el comercio por el titular de la marca registrada o por la persona a quien le haya concedido licencia.

De la fracción II transcrita se desprende que el distribuidor no necesita una licencia para vender y comercializar las mercancías que adquiera del proveedor, punto que ya quedó revisado en el capítulo primero de esta investigación.

El Artículo continúa señalando que “[q]ueda comprendida en este supuesto la importación de los productos legítimos a los que se aplica la marca, que realice cualquier persona para su uso, distribución o comercialización en México, en los términos y condiciones que señale el reglamento de esta ley.” Esto indica que en un contrato de distribución internacional tampoco es necesaria la licencia en favor del distribuidor.

4. Ley Federal de Competencia Económica

En su Artículo 52, esta Ley incluye la posibilidad de que la distribución pueda ser una actividad anticompetitiva y monopólica y contempla su prohibición en tal caso:

*Están prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras que, en términos de esta Ley, disminuyan, dañen, impidan o condicionen de cualquier forma la libre concurrencia o la competencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios*⁴²⁷.

Asimismo, en el Artículo 56 detalla las prácticas monopólicas que puede implicar la distribución con pacto de exclusiva, tan común en este tipo de contratos:

*Los supuestos a los que se refiere la fracción I del Artículo 54 de esta Ley*⁴²⁸, *consisten en cualquiera de los siguientes:*

*I. Entre Agentes Económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica*⁴²⁹ *o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable;*

⁴²⁷ La Ley federal de competencia económica está disponible en línea en el siguiente enlace, que fue consultado con fecha 22 de febrero de 2022: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_200521.pdf.

⁴²⁸ Lo transcribo a continuación, para facilitar su comprensión: “*Capítulo III De las Prácticas Monopólicas Relativas. Artículo 54. Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que: I. Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el Artículo 56 de esta Ley.*”

⁴²⁹ La fracción I transcrita parece ir en contra de la exclusividad territorial.

II. La imposición del precio⁴³⁰ o demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al prestar, comercializar o distribuir bienes o servicios;

III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio, normalmente distinto o distinguible o sobre bases de reciprocidad;

IV. La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir⁴³¹, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender⁴³², comercializar o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;

VI. La concertación entre varios Agentes Económicos o la invitación a éstos para ejercer presión contra algún Agente Económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho Agente Económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;

⁴³⁰ La fracción II anterior hace referencia a la imposición de precios que puede presentarse cuando por ejemplo existe colusión o creación de situaciones en favor de la fijación monopólica de precios, pues fijar cláusulas de precios máximos o mínimos fomenta la colusión con límites territoriales que disminuyen el número de posibles agentes, con lo cual en la práctica, los contratos de distribución exclusiva impiden que ciertos proveedores puedan otorgar descuentos por sus respectivas ventas y forman barreras de entrada para los nuevos proveedores que en realidad son necesarios para la eficiencia de algunos mercados. Cfr. Castañeda, Gabriel, *et al.*, "Antecedentes económicos para una ley federal de competencia económica", *El Trimestre Económico*, México, Fondo de Cultura Económica, Volumen 60, Número 237(1), 1993, p. 236.

⁴³¹ La fracción cuarta transcrita va en contra de la exclusiva del proveedor en los contratos de distribución.

⁴³² Lo cual parece contradecir la práctica de que el proveedor no vende más que a su distribuidor.

VII. La venta por debajo de su costo medio variable o la venta por debajo de su costo medio total, pero por arriba de su costo medio variable, si existen elementos para presumir que le permitirá al Agente Económico recuperar sus pérdidas mediante incrementos futuros de precios, en los términos de las Disposiciones Regulatorias;

VIII. El otorgamiento de descuentos, incentivos o beneficios por parte de productores o proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero⁴³³, o la compra o transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar o proporcionar a un tercero los bienes o servicios objeto de la venta o transacción;

IX. El uso de las ganancias que un Agente Económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien o servicio;

X. El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta o compra para diferentes compradores o vendedores situados en condiciones equivalentes;

XI. La acción de uno o varios Agentes Económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros Agentes Económicos;

⁴³³ Lo cual afecta al contrato de distribución.

XII. La denegación, restricción de acceso o acceso en términos y condiciones discriminatorias a un insumo esencial por parte de uno o varios Agentes Económicos, y

XIII. El estrechamiento de márgenes, consistente en reducir el margen existente entre el precio de acceso a un insumo esencial provisto por uno o varios agentes económicos y el precio del bien o servicio ofrecido al consumidor final por esos mismos agentes económicos, utilizando para su producción el mismo insumo. Para efectos de investigar y en su caso sancionar las prácticas a que se refieren las fracciones XII y XIII de este Artículo, la Comisión podrá determinar la existencia de insumos esenciales sin acudir al procedimiento previsto en el Artículo 94 de esta Ley.

Por su parte, la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la existencia de contratos de distribución, y ante su falta de regulación, se pronuncia sobre la aplicabilidad supletoria de los principios de la compraventa mercantil, de conformidad con la siguiente tesis aislada:

COMPRAVENTA DE DISTRIBUCION EXCLUSIVA, CONTRATO MERCANTIL DE. RESCISION. El contrato mercantil de distribución exclusiva, por su naturaleza específica, no puede ser considerado como una compraventa lisa y llana, pero esta circunstancia no trae como consecuencia la falta de aplicación de las disposiciones relativas del Código de Comercio; de manera que si se ha pactado la entrega de las mercancías en cantidad y plazo determinado, de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 375 y 376 del mismo ordenamiento el comprador no está obligado a recibirlas fuera de ellos; pero si aceptare entregas parciales, quedará consumada la venta en lo que a éstas se refiere. Por otra parte, en las compraventas mercantiles, una vez perfeccionado el contrato, el contratante que cumpliera tendrá derecho a exigir del que no cumpliera la rescisión o cumplimiento del contrato y la indemnización, además, de los daños y perjuicios; en consecuencia, si el

comprador acepta la entrega de las mercancías fuera de plazo y no se rehúsa a recibirlas, está legalmente obligado a pagar el precio de las mismas y, por lo tanto, el vendedor si está legitimado para exigir el cumplimiento del contrato, así como el pago del precio de la mercancía entregada.

Amparo directo 7569/80. Química Hoechst de México, S.A. 25 de septiembre de 1981. Mayoría de tres votos. Disidentes: Gloria León Orantes y Jorge Olivera Toro. La publicación no menciona el nombre del ponente⁴³⁴.

Como puede verse, a pesar de que en el derecho legislado mexicano sí se reconoce la existencia del contrato de distribución, hay no obstante una clara escasez legislativa sobre el tema, lo cual puede apreciarse en que la figura no aparece contemplada ni en el Código Civil, ni en el Código de Comercio, ni en la Ley General de Sociedades Mercantiles –en lo sucesivo LGSM– y fuera de los efectos que produce este contrato no hay leyes que lo regulen ni mucho menos que definan su naturaleza jurídica, por lo cual quedan comprendidos en el grupo de los contratos atípicos.

Es muy evidente que la velocidad con la que la globalización está cambiando los mercados mundiales, no está pudiendo ser alcanzada por el derecho positivo, ni en México, ni en el mundo. Bien lo señala Arce Gargollo:

La normativa sobre la contratación mercantil como aparece reglamentada en el Código de Comercio Mexicano promulgado en 1889, que es el ordenamiento vigente más antiguo que tenemos en la República Mexicana, ha sido rebasada desde hace muchos años por las necesidades actuales de la moderna economía [...] La economía que tenían México y el mundo a

⁴³⁴ Tesis registro digital 240611, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, vol. 151-156 cuarta parte, s/f, p. 75. La tesis transcrita se encuentra disponible en línea en el siguiente enlace, mismo que fue consultado con fecha 27 de febrero de 2022: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/240611>.

finales del siglo XIX, de pequeñas y medianas empresas, dista mucho de la actividad económica actual. Las leyes mercantiles regían contratos de corto plazo, de tracto único, de prestaciones que, en casi todos los casos, se cumplían inmediatamente. [...] Uno de los factores que dan origen a los contratos atípicos, es precisamente el que las necesidades de contratación a largo plazo no se cubren satisfactoriamente con las figuras contractuales típicas, nacidas para resolver unas diferentes necesidades económicas⁴³⁵.

Posteriormente, se incluyó su contemplación en otro proyecto:

En el año de 1987, la Secretaría de Gobernación preparó un anteproyecto de Código de Comercio que incluía un Título Quinto en el que se regulaban los contratos de compraventa mercantil, suministro, distribución, préstamo, estimatorio, mediación, comisión y transporte. La Comisión redactora la encabezó el licenciado Salvador Rocha Díaz y en el proyecto participaron activamente los juristas Jorge Barrera Graf y José María Abascal Zamora. Este anteproyecto, al parecer, no se presentó a las Cámaras del Congreso de la Unión. La regulación de estos contratos se contenía en pocas disposiciones, siguiendo la temática del Código de Comercio, con normas supletorias de la voluntad de las partes⁴³⁶.

Fue en el Artículo 148 de tal proyecto que se definió al contrato de distribución de la siguiente forma:

Por el contrato de distribución, un empresario mercantil se obliga adquirir de manera periódica, mercancías de un fabricante productor o importador, para revenderlas conforme las modalidades que se pacten⁴³⁷.

⁴³⁵ Arce Gargollo, Javier, "Los contratos de agencia...", cit.

⁴³⁶ *Idem.*

⁴³⁷ *Idem.*

Tal definición es incompleta pues, aunque acierta en que la obligación del distribuidor es de comprar periódicamente ciertas mercancías, no habla de la obligación de vender que asume el proveedor, ni de las obligaciones de comercializar y de ayudar a la comercialización ni tampoco habla de las obligaciones de informarse recíprocamente.

CAPÍTULO CUARTO

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCADERÍAS

La hipótesis que planteo en este último capítulo se centra en que el contrato de distribución es un contrato de sociedad combinado con múltiples operaciones de compraventa, de modo que su régimen debe comprender las reglas de la compraventa con otras derivadas de su carácter de relación de socios, de cierta duración, aunque no genere una persona jurídica diferente –aproximándose en este sentido a la antigua sociedad romana tal y como analizo en párrafos posteriores– en la cual las partes cuidan sus mutuos intereses, para lo cual ambas aportan algo y obtienen beneficios.

Para desarrollar esta hipótesis en primer lugar expondré mi posición doctrinal romanista que me sirve de sustento para considerar al contrato de distribución como una sociedad con obligaciones recíprocas muy propias que no genera una personalidad jurídica diferente de la de los socios, perspectiva que me lleva a concluir que la distribución es un contrato de naturaleza asociativa entendida ésta como el género amplio que abarca tanto a las asociaciones en sentido estricto como a las sociedades.

I. LA DISTRIBUCIÓN Y LA ANTIGUA SOCIEDAD ROMANA

Antes de demostrar fehacientemente la existencia de una efectiva sociedad entre proveedor y distribuidor, corresponde primero establecer una analogía con la antigua sociedad romana y explicar el motivo de tal conclusión con la finalidad de comprender la naturaleza jurídica del contrato de distribución desde la perspectiva de la relación a que da lugar.

El antiguo derecho romano ya reconocía a la sociedad entendida en dos sentidos: en un sentido general como una unión de varias personas para obtener fines comunes uniéndose en calidad de socios, y en un sentido jurídico que distinguía entre sociedad pública y privada; esta última la constituían los socios por medio de un contrato con el elemento esencial de que todos participaban de los beneficios a repartirse entre ellos aportando algo en común ya fuera dinero, trabajo u otros bienes de valor igual o desigual⁴³⁸ y sin constituir una personalidad jurídica distinta de la de los socios⁴³⁹, pues ese era un efecto que solo se justificaba ante sociedades que servían al interés público ya que los romanos no concebían que los fines privados justificaran la existencia de personalidad jurídica⁴⁴⁰.

En tal sentido Puelma Accorsi señala que “[l]a sociedad sin personalidad jurídica, considerada como un mero contrato entre los socios e inoponible a terceros, históricamente fue la primera forma como apareció la sociedad en el Derecho.”⁴⁴¹

Dentro de estas mencionadas sociedades privadas los romanos incluían tres tipos de sociedad según el negocio común que unía a los socios: la *societas omnium bonorum*, la *societas unius rei* y la *societas alicuius negotiationis* –sociedad para cierta negociación– esta última para un negocio temporal o único y sin necesidad de constituir copropiedad alguna entre los socios⁴⁴²; considero que es en este último tipo de sociedad donde puede perfectamente ubicarse al contrato de distribución, tal y como explico más adelante, pero en el entendido de que primero es conveniente hacer notar que por lo que respecta al derecho positivo mexicano, éste no reconoce la existencia de sociedades mercantiles que no generen personalidad

⁴³⁸ Cfr. Adame Goddard, Jorge, *Curso de derecho romano clásico. Introducción e historia, acciones, bienes, familia, sucesiones, liberalidades, obligaciones y contratos*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 2017, p. 233.

⁴³⁹ *Idem*.

⁴⁴⁰ *Idem*.

⁴⁴¹ Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, Tomo I, pp. 171-172.

⁴⁴² Cfr. Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, p. 234.

jurídica entre los socios a pesar de que en la práctica comercial de hecho sí existen este tipo de sociedades.

Así, tenemos que para el derecho mexicano el término asociación es más amplio que el término sociedad, esto es, se trata del género que comprende tanto a las sociedades civiles y mercantiles, por un lado, como a la asociación *strictu sensu* por otro lado, la cual a su vez abarca a las asociaciones civiles y mercantiles siendo la asociación en participación la única asociación mercantil regulada por el derecho mexicano, motivo por el cual la analizo en párrafos posteriores además de que también señalaré una analogía entre la distribución y la asociación en participación pues esta última no genera tampoco personalidad jurídica entre los asociados, y tomando en consideración también que me adhiero al criterio doctrinal que la considera una sociedad, criterio que explico más adelante y que opino debe seguirse con respecto al contrato de distribución como indicaré más adelante⁴⁴³.

Es decir, en el derecho mexicano la asociación es el género que designa a la unión de personas para un fin común que puede ser no lucrativo, como en el caso de las sociedades civiles, o lucrativo, tal es el caso de las sociedades mercantiles y

⁴⁴³ *“La asociación mercantil es una especie del género asociación. En sentido amplio hay asociación siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común. Dentro de este concepto quedan comprendidas las uniones de personas con fines de beneficencia, culturales, ideales, políticos, religiosos, deportivos, económicos mercantiles o lucrativos; es decir, asociaciones de sindicatos, partidos políticos mutualistas, sociedades civiles o mercantiles y asociaciones en sentido estricto, ya que consisten en uniones de personas para un fin común, y en la medida en que surge la regulación y características propias de cada una de ellas, unas y otras se diferencian al grado de presentarse como figuras independientes. En otras palabras, la institución “asociación” (sentido amplio) se divide en clases, que son las sociedades y asociaciones, las cuales son de dos categorías: civiles o mercantiles; a su vez, esas sociedades y asociaciones civiles o mercantiles presentan diversos tipos [...]; por lo que toca a las mercantiles, la LGSM establece seis tipos, y en cuanto a las asociaciones mercantiles, la misma reconoce uno solo: la asociación en participación. [...] En este orden de ideas, la asociación mercantil es una categoría del género o institución “asociación”, por virtud de la cual dos o más personas convienen en reunirse de manera transitoria o permanente para la realización de una finalidad económica de carácter mercantil o inclusive especulativa, figura que generalmente carece de personalidad jurídica y, por lo tanto, de los atributos propios de las personas morales. [...] En el derecho mexicano [...], existe un tipo de asociación mercantil de cuyas características se pueden inferir las de las otras asociaciones atípicas o/e innominadas. En efecto, se trata de la A. en P.”* León Tovar, Soyla H., “Asociación mercantil”, en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), op. cit., pp. 36-37.

también de las asociaciones mercantiles en sentido estricto, figurando en este último rubro la asociación en participación.

Se nos ha acostumbrado erróneamente a la idea de que toda sociedad genera personalidad jurídica, pero no es así, lo cual ilustraré con un caso del Digesto (D. 17. 2. 5. 2. 13.): el de dos personas que compraban en común un terreno contiguo con la finalidad de que no se les tapara la luz, caso que el derecho romano consideraba como una sociedad⁴⁴⁴ en la que las partes perseguían un resultado común a pesar de no tener por objeto la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios⁴⁴⁵.

El Digesto nos proporciona otro caso en el mismo sentido (D. 17. 2. 52. 12.): el de dos personas que realizaban gastos comunes con la finalidad de reparar un canal común. Coincido con el autor Manuel Cervantes cuando señala que, si bien es cierto que ni la pared medianera ni la reparación de un canal común tienen nada que ver con la división de ganancias y pérdidas entre los socios por ser cuestiones relacionadas con una sociedad lucrativa en la que los socios sí realizan actividades pecuniarias divisibles entre ellos, también es cierto que ello no significa que el derecho romano no considerara a estas asociaciones como sociedades⁴⁴⁶.

Lo que sucedió fue que estas sociedades consideradas como universales –*societas omnium bonorum*–, con el tiempo quedaron inadecuadas para los fines mercantiles que se fueron presentando con el pequeño comercio y la pequeña industria, y como no existía otro tipo de sociedad particular más que la sociedad pública, los romanos crearon la *societas alicuius negotiationis* o sociedad mercantil

⁴⁴⁴ En términos generales, pero no jurídicos, siguiendo lo mencionado por Jorge Adame Goddard en la cita 399 anterior.

⁴⁴⁵ Cfr. Cervantes, Manuel, “Disertaciones sobre el contrato de sociedad y la personalidad moral en el derecho romano. Parte II”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Números 23 y 24, 1944, pp. 331-332.

⁴⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 332.

a través de la cual se adaptaron los principios jurídicos más importantes del contrato de sociedad a la realización de fines lucrativos⁴⁴⁷.

Lo importante de todas estas precisiones es que el origen de la sociedad mercantil –*societas alicuius negotiationis*– se encuentra en la primitiva sociedad romana en la que no se generaba una personalidad distinta de la de los socios, formándose mediante la concurrencia de dos instituciones diferentes como elemento constitutivo, esto es, el contrato de sociedad y la comunidad social⁴⁴⁸:

*Así pues, esta primera etapa evolutiva de la societas romana se caracteriza por la más completa predominancia del elemento real, o sea de la comunidad de bienes; el elemento consensual, es decir, el contrato, es meramente secundario, porque [...] en esta primera etapa del derecho la misión de la societas no fue la realización de utilidades pecuniarias divisibles entre los socios, sino tan solo de servir de medio jurídico para mantener la unión patrimonial de la familia, ante la desaparición de la gens*⁴⁴⁹.

Veamos ahora cómo se presenta desde los orígenes de la sociedad romana, la existencia de una *societas* que no generaba personalidad jurídica diferente de la de los socios, lo cual tiene que ver con la forma en que se constituyó la mencionada *societas alicuius negotiationis*.

En el seno de este tipo de sociedad coexistían separadamente las instituciones jurídicas que la integraban, a saber, el contrato y la comunidad, que corrían paralelamente sin un estatuto único que englobara las relaciones jurídicas personales y reales que se engendraban⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Cfr. Cervantes, Manuel, “Disertaciones sobre el contrato de sociedad y la personalidad moral en el derecho romano. Parte I”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Números 21 y 22, 1944, pp. 114-115.

⁴⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 117.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 116.

⁴⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 118.

Coincido con Manuel Cervantes cuando trata de demostrar el carácter interno de esta sociedad romana al tomar en consideración que en la *societas* el contrato de sociedad generaba derechos y obligaciones meramente personales entre los socios –aspecto regido por la *actio pro socio*– destacando entonces principalmente el elemento personal *intuitu personae*, mientras que la comunidad social era exigible con la *actio communi dividundo*, lo cual acredita que en Roma el contrato de sociedad era una *res inter alios acta* que no producía efectos jurídicos respecto de terceros, sino solo entre los socios, que no obraban a nombre de la sociedad sino en su propio nombre adquiriendo para sí y obligándose en su propio nombre frente a terceros por tratarse de una sociedad oculta en palabras de Cervantes⁴⁵¹.

Mientras que el derecho romano no logró fundir el contrato y la comunidad en una sola institución jurídica, tal fusión regida por un solo estatuto legal fue obra del derecho moderno, pero cabe destacar que esta evolución fue posible dada otra creación del derecho romano, que eliminó la comunidad perteneciente pro indiviso a los socios y la sustituyó por la propiedad de la persona moral, siendo los dos elementos de esta nueva figura jurídica, el contrato y la personalidad moral, lo cual marcó una etapa final evolutiva de la *societas* romana⁴⁵².

Esta creación romana fue la *societas vectigalis*, especie de *societas alicuius negotiationis* encargada de recaudar impuestos, para lo cual se asociaban varias personas y se repartían el excedente de lo recaudado⁴⁵³. “Esta sociedad tenía un trato diferente a las demás de su clase por el interés público que representaba, así, esta sociedad constituía una persona moral [...]”⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ *Idem*. Coincido con el autor en el aspecto interior de esta sociedad, mas no coincido con referirnos a ello como una sociedad oculta, lo cual analizo más adelante al hablar de la asociación en participación, que usualmente es concebida como tal, en el entendido de que por los motivos que explico más adelante, prefiero el término *sociedad interna* como la llama Juan Iglesias. Cfr. Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 9ª. Edición, Madrid, Editorial Ariel, 1988, p. 450.

⁴⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 119.

⁴⁵³ Cfr. Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín, *Segundo curso de derecho romano*, 10ª. Edición, México, Editorial Pax, 1989, p. 176.

⁴⁵⁴ *Idem*.

Entonces, sí existen sociedades que no generan personalidad jurídica, lo cual puede entenderse de conformidad con lo ya mencionado por Adame Goddard sobre el sentido general y el sentido jurídico que puede tener la sociedad.

Esta aclaración es primordial para entender que, por ejemplo, en el caso del derecho positivo mexicano, no porque éste no contemple la existencia de sociedades mercantiles que no generan personalidad jurídica entre sus socios, ello deba significar que en la realidad de las prácticas comerciales no existan, y el contrato de distribución es una buena prueba de ello.

Otros ejemplos los tenemos en instituciones como la familia, por ejemplo. El propio CCF contiene otro buen ejemplo de asociación entendida en tal sentido y es el contrato de aparcería⁴⁵⁵ contemplado en su Artículo 2741:

Tiene lugar la aparcería agrícola, cuando una persona da a otra un predio rústico para que lo cultive, a fin de repartirse los frutos en la forma que convengan, o a falta de convenio, conforme a las costumbres del lugar; en el concepto de que al aparcero nunca podrá corresponderle por sólo su trabajo menos del 40% de la cosecha.

O bien, otros ejemplos de sociedades entendidas en estos términos los encontramos en los contratos para la exploración y producción petrolera en los que se invita a empresas a proyectos de perforación de pozos y extracción de crudo,

⁴⁵⁵ Que de conformidad con Puelma Accorsi, criterio que suscribo, sí es una verdadera sociedad: “[...] en nuestra opinión [la aparcería] es una sociedad, pues cumple con los elementos esenciales de ella [...] En efecto, hay una finalidad de beneficio común, existe la obligación de aporte para todas las partes y es obligatoria la repartición entre ellas de los beneficios y su participación en los riesgos y pérdidas. Sin embargo, tal conclusión no aparece tan clara en la situación prevista en el [...] Código Civil, [...] que [...] presupone que un colono tenga pactado un precio o renta fija [...] situación que [...] podría excluir la posibilidad de que exista una sociedad entre el dueño de la tierra y el colono [...]” Puelma Accorsi, Álvaro, *op. cit.*, p. 188. Sin embargo, continúa sosteniendo Puelma Accorsi que: “Debe considerarse, en todo caso, que la exigencia de la obligación de pagar un mínimo de renta no excluye, por sí sola, la existencia de la sociedad; pues en todo caso en dicha eventualidad el cedente o dueño corre el riesgo de la pérdida del lucro cesante del predio rústico entregado en media.” *Idem*.

compartiendo las ganancias; y yendo aún más allá tratando de ubicar otras formas, sin lugar a duda encontramos otras en la familia o en la institución del matrimonio como sociedades en las que no se genera personalidad jurídica entre los socios; bien señala Marrone:

*La sociedad era un contrato consensual singular porque las partes no solo se obligaban en virtud de la manifestación del simple consentimiento, sino que también era necesaria la perseverancia en el consentimiento (por ello que las fuentes hablan de la affectio societatis); de ahí que algún que otro autor ve al matrimonio desde este punto de vista*⁴⁵⁶.

Entendido así, en el contrato de distribución dos socios se asocian, valga la redundancia –la palabra asociar, a pesar de ser un verbo, en este contexto debe entenderse como sustantivo– con fines de cierta estabilidad o permanencia para lograr lo que quieren, en el entendido de que no es un contrato que genere una personalidad distinta de las personas del distribuidor y del proveedor ni un contrato de agencia por el que pueda considerarse que el distribuidor sea representante del proveedor, y en tal sentido es como la ya mencionada antigua sociedad romana que no generaba personalidad jurídica, diferenciándose del moderno contrato de sociedad por diversas razones tales como el hecho de que el vínculo que ligaba a los socios no tenía ninguna relevancia exterior o que los créditos solamente repercutían en el patrimonio del socio que los había adquirido y que después debía transferirlos a la sociedad⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Marrone, Matteo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palermo, Palumbo, 1994, p. 497. Traducción propia. La cita original es la siguiente: “*La società era un singolare contratto consensuale perché non solo le parti si obbligavano in forza del semplice consenso comunque manifestato, ma era altresì necessaria la perseveranza nel consenso (per esso si parla pure nelle fonti di affectio societatis); ond'è che qualche Autore ha acostato, sotto questo profilo, il nostro contratto al matrimonio [...]*”.

⁴⁵⁷ Cfr. Di Saint Robert, Gian Battista, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª. Edición, Turín, Edizioni Accademia, 2000, p. 157. Traducción propia, la cita original es la siguiente: “*La società romana era diversa dal moderno contratto di società per diverse ragioni: [...] – il rapporto che legava i soci non aveva alcuna rilevanza esterna. – i crediti spettavano al socio che li aveva acquistati, salvo poi il suo dovere di riversarne il ricavato in comune per la divisione*”.

Es decir, de la misma manera en que del contrato de sociedad en Roma únicamente surgían obligaciones entre los socios sin que tuvieran efectos ante terceros, en la distribución se generan obligaciones entre proveedor y distribuidor, en su calidad de socios, sin que surtan efectos frente a los terceros con los que comercializa el distribuidor.

De hecho, en la sociedad romana una de las obligaciones de cada socio era la de informar a sus socios sobre los resultados de cada gestión, lo cual apoya mi conclusión de que los deberes recíprocos de información entre proveedor y distribuidor son un signo de sociedad entre las partes:

*[...] lo más frecuente es que sea solamente uno el que obre gracias al consentimiento tácito de los socios, que son libres de oponerse, o por habersele encargado expresamente la gestión de dichos negocios, siendo por ello gerente de la sociedad, quien debe dar cuenta a sus socios del resultado de sus gestiones*⁴⁵⁸.

Justo el contrato de distribución equivale a una sociedad *alicuius negotiationis* en la que “*varias personas ponen en común ciertos valores con el fin de dedicarse a una serie de operaciones comerciales de un género determinado*”⁴⁵⁹, siendo lo común en la antigua Roma que este tipo de sociedad tuviera como objeto, por ejemplo, la comercialización de esclavos, el transporte y los suministros, con lo cual considera que ahí se encuentra el origen del contrato de distribución.

Esto me parece importante, porque me lleva a diferir con autores como Arce Gargollo cuando afirma que el contrato de distribución carece de antecedentes anteriores al siglo XX por tratarse de una institución de reciente auge⁴⁶⁰, pues creo que su antecedente se remonta al derecho romano, más concretamente a la

⁴⁵⁸ Huber Olea, Francisco José, *Diccionario de derecho romano*, México, Porrúa, 2000, p. 740.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 739-740.

⁴⁶⁰ Cfr. Arce Gargollo, Javier, “Los contratos de agencia...”, *cit.*

societas alicuius negotiationis en los términos que acabo de señalar, en el entendido de que el contrato de distribución no es una asociación en los términos de una asociación en sentido estricto tal y como ya señalé al citar a León Tovar, sino que se trata de una sociedad mercantil dentro del género asociativo, que a pesar de no tener cabida en el derecho mexicano por no reconocer éste la posibilidad de que existan sociedades mercantiles que no generen personalidad jurídica, lo cierto es que en la práctica comercial son muy comunes.

Curioso es, además, que el origen de la sociedad esté en las convenciones internacionales que en su momento celebraban los comerciantes romanos y extranjeros, exactamente como ocurre hoy en día con la distribución, tal y como señala Moncayo sobre la sociedad: *“se piensa que estos contratos tienen su origen en las convenciones internacionales que se celebraban entre comerciantes romanos y extranjeros, reguladas por el ius gentium que, al encontrar tutela por el praetor peregrinus, se incorporan al ius civile romano.”*⁴⁶¹

Me parece muy digno de mención que el origen de la sociedad romana, además de todo lo que ya quedó señalado, se presente en el seno de las convenciones comerciales internacionales, mismo seno en el que se celebra el contrato internacional de distribución de mercancías.

Hasta aquí ya quedó claro el origen de las sociedades que no generan personalidad jurídica entre sus socios, origen que ha de buscarse en la antigua *societas* romana de una primera etapa, que evolucionó hasta llegar a la *societas alicuius negotiationis*, sociedad a título particular en la que pretendo fundar la naturaleza jurídica del contrato de distribución entendido entonces como una sociedad que no genera personalidad jurídica distinta de la del proveedor y de la del distribuidor en su calidad de socios.

⁴⁶¹ Moncayo Rodríguez, Socorro, “El contrato de sociedad en el derecho romano”, *Revista Letras Jurídicas*, Xalapa, Universidad Veracruzana, Número 20, julio de 2009, p. 2.

Ahora bien, a continuación, analizaré los puntos en común entre el contrato de distribución y la *societas alicuius negotiationis*:

1. Las aportaciones de los socios

(D. 17. 2. 5. 1. Y 2.) Contráense sociedades o de todos los bienes, o de alguna negociación, o de rentas públicas, o también de una sola cosa.

1.- Mas puede contraerse sociedad, y es válida, aun entre aquellos que no son de igual caudal, porque las más de las veces el más pobre suple con su trabajo lo que le falta en la comparación de su patrimonio.

2.- No se contrae derechamente sociedad por causa de donación⁴⁶².

De conformidad con el epígrafe transcrito del Digesto, tenemos que la antigua sociedad romana admitía que los socios aportaran dinero o trabajo. En el caso de la distribución este punto se aprecia en que el proveedor aporta mercancías y asesoría, mientras que el distribuidor aporta el posicionamiento en el territorio de las mercancías y las marcas, previo pago del precio al proveedor. No hay intereses opuestos sino un interés común que los mantiene en una unidad que se materializa a través de tales aportaciones.

Como muy certeramente señala Cervantes al hablar de las aportaciones como una de las tres características de la *societas alicuius negotiationis*:

[n]o puede haber sociedad sin comunidad, pero puede haber sociedad sin copropiedad [...] las aportaciones deben ser apreciables en dinero; pero no es necesariamente una copropiedad; y en estas condiciones, la existencia de una copropiedad entre los socios no puede ser señalada como una

⁴⁶² *Digesta Iustiniani*, edición de García del Corral, Ildefonso Luis, en *Corpus Iuris Civilis*, I, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1988.

*característica del contrato de sociedad. ¿De qué naturaleza es, pues, la comunidad que debe existir en toda sociedad? En nuestro concepto, es una comunidad de medios para la realización del fin social, y esta comunidad de medios, creada por la suma de las aportaciones, es uno de los caracteres específicos del contrato de sociedad*⁴⁶³.

Continúa añadiendo Cervantes que:

*[...] es elemento esencial del contrato de sociedad, no la creación de una copropiedad con la conjunción de las aportaciones [...] sino que la comunidad que necesariamente debe existir en toda sociedad es simple y sencillamente una comunidad de medios para la realización del fin social*⁴⁶⁴.

Esta comunidad de medios en la distribución está más que comprobada. La aportación es el derecho de comercializar las mercancías en el territorio, pero no la propiedad ni el uso o goce de éstas.

2. La participación en las ganancias y las pérdidas

Este tema ha generado criterios diversos, como el de traducir los beneficios en provechos pecuniarios o no, pues basta que sean apreciables en dinero, y aquí continúo siguiendo a Cervantes cuando al respecto cita a Troplong: *“[...] aunque la sociedad no tuviese por objeto dividirse una suma de dinero, no por ello sería menos una sociedad propiamente dicha, con tal que la ventaja que procure sea apreciable en dinero.”*⁴⁶⁵

⁴⁶³ Cervantes, Manuel, “Disertaciones sobre el contrato de sociedad y la personalidad moral en el derecho romano. Parte I...”, cit., p. 327. Y en el caso que nos ocupa, ¿cuál es el fin social? La comercialización de las mercancías en el territorio.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 330.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 334. En el mismo sentido, el autor cita a M. Guillery y a Dalloz.

Incluso yendo más lejos, y continúo siguiendo a Cervantes, para autores como Planiol o Pothier, en el contrato de sociedad no es esencial ni el beneficio pecuniario, ni apreciable en dinero y ni siquiera divisible entre los socios, pues basta una utilidad cualquiera aun si los socios la obtienen de manera separada, a diferencia de lo que según Planiol consideran tanto la doctrina como la jurisprudencia, para las que los beneficios de la sociedad son necesariamente dividendos en dinero, en oposición a los que nos enseña la tradición⁴⁶⁶.

*Para estos tratadistas, dos individuos que compran a medias un reloj para saber las horas no son simples copropietarios, sino verdaderos socios, porque con ello obtienen una utilidad, aunque no sea pecuniaria, ni divisible, ni apreciable en dinero*⁴⁶⁷.

Me adhiero a tal criterio, apoyado, además, por tratadistas tan notables; Cervantes, desde la década de los cuarenta, nos hacía notar cómo el derecho positivo mexicano adolecía ya desde entonces de defectuosas definiciones legales, como la del Artículo 2688 del Código Civil vigente para el en aquel entonces Distrito Federal, que permanece en el actual Artículo 2688 del CCF, al definir a la sociedad como el contrato por el que “[...] los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico [...]”, de conformidad con lo cual la imprecisa expresión de *preponderantemente económico* excluye del concepto de sociedad el caso mencionado de las dos personas que compran a medias un reloj para saber las horas⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ *Idem.*

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 335.

⁴⁶⁸ *Idem.*

3. La *affectio societatis* o *animus societatis*

Es decir, la intención de formar una sociedad. Está claro que proveedor y distribuidor buscan un fin común que es la comercialización de las mercancías en el territorio. Coincido una vez más con Cervantes cuando afirma que la *affectio societatis*, como un requisito general, sí es necesaria para la existencia de toda sociedad, pero no como un requisito específico de ese contrato; no hay que confundir la *affectio societatis* –que debe entenderse como la intención de celebrar un contrato, requisito que no es más que el consentimiento de contratar– con el consentimiento de los contratantes sobre la naturaleza de la convención⁴⁶⁹.

Puelma Accorsi suscribe tal criterio: “*Nosotros sostenemos, apoyados por casi la unanimidad de la doctrina, que el «animus contrahendae societatis», no es un elemento esencial de la sociedad, sino un requisito general de validez de todo acto o contrato.*”⁴⁷⁰

Entendida así la *affectio societatis*, bastará que proveedor y distribuidor tengan la intención y el consentimiento de celebrar el contrato de distribución para el fin común de comercializar las mercancías en el territorio, para que ésta exista.

La *affectio societatis* no es la intención de celebrar un contrato de sociedad, sino la intención de asociarse para el fin común que buscan y que en este caso es la comercialización de las mercancías en el territorio.

Esto es así porque comparto el criterio de Cervantes de que, en todo contrato, ya sea sociedad, o arrendamiento, o venta, o mutuo, etcétera, las partes deben tener la intención de celebrar el contrato que convengan pues en caso contrario el

⁴⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 362.

⁴⁷⁰ Puelma Accorsi, Álvaro, *op. cit.*, p. 87.

consentimiento no existiría y por lo tanto tampoco existiría entonces contrato alguno entre ellas.

En adición a lo anterior, tenemos que el Digesto recoge el caso *si margarita tibi vendenda dedero* de Ulpiano en el que consta la *affectio societatis* entendida en este sentido que ya quedó explicado:

*Si te doy una perla para que la vendas, de manera que, si la vendes en diez, me devuelvas diez; si la vendes en más tendrás el exceso; paréceme que si ha obrado con intención de formar una sociedad, si animus contrahendae societatis id ac tum sit, procede la acción pro socio; de lo contrario, existirá una acción praescripti verbis*⁴⁷¹.

En este epígrafe encontramos los elementos de una sociedad y por eso lo cito, ya que el mismo razonamiento es aplicable al contrato de distribución. Sobre tal epígrafe, Cervantes cita a Troplong aceptando el criterio de Ulpiano:

[...] el revendedor, teniendo interés en no estar bajo el peligro de un mandato revocable, prefiere una sociedad que le permite llevar hasta el fin una operación de la cual espera obtener los beneficios. ¿Cómo encontrar sin embargo en este negocio los elementos de una sociedad? Este contrato tiene por condición el reparto de los beneficios, y aquí, el que se ha encargado de vender la cosa está expuesto a no recibir nada, en tanto que el propietario recibirá íntegramente el precio. Pothier contesta esta objeción de manera satisfactoria: basta para la validez del contrato de sociedad, que haya esperanza de beneficios, y nada impide hacer depender de ciertas condiciones la parte en los beneficios. Por lo demás, todos los otros elementos del contrato de sociedad se encuentran en rigor: la persona encargada de vender aporta su industria y sus cuidados; la otra aporta la

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 358.

*venalidad de la cosa. Las partes tienen como mira un beneficio, el propietario al reservarse cierto precio, el revendedor estipulando que todo el sobreprecio le pertenecerá [...] Ulpiano ha tenido, pues, razón de decir que, si la voluntad de las partes viniese a dobligar ciertas semejanzas, se encontraría una sociedad en la especie discutida. Se encontrará en ella, en efecto, lo análogo de una sociedad comandita y la base de esta célebre combinación.*⁴⁷²

La distribución se adapta muy bien al epígrafe transcrito, en virtud del cual el proveedor sería la parte que le vende al distribuidor para que a su vez éste venda y obtenga la ganancia correspondiente. A mi parecer he aquí el origen de la institución, y por tal motivo difiero con toda la doctrina que ubica su origen en el siglo XIX en la distribución de cerveza en Alemania⁴⁷³.

Me atrevo a sugerir tal origen, toda vez que en realidad el nacimiento del contrato en Alemania no está fehacientemente demostrado, y, en palabras de Gabriel Salinas, no está claro exactamente cuándo nació⁴⁷⁴.

Una vez concluida esta perspectiva romanista a partir de la cual concluyo que la distribución es un contrato de sociedad que genera obligaciones recíprocas propias, a continuación, reflexionaré sobre la naturaleza de la relación contractual en general y del contrato de distribución en particular, para finalizar proponiendo un régimen jurídico común a estos contratos o al menos las bases para constituirlo.

Para ello, a continuación, especificaré detalladamente todos y cada uno de los pasos que me llevan a tal hipótesis.

⁴⁷² *Ibidem*, pp. 359-360.

⁴⁷³ Por citar solo un ejemplo de esta teoría compartida por un amplísimo sector de la doctrina: “El origen de este contrato se halla en Alemania, en los contratos de distribución de cerveza, tanto en su modalidad de mayorista a expendedor como de fabricante a mayorista.” Vicent Chulía citado en Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles...*, cit., p. 265.

⁴⁷⁴ Cfr. Salinas, Gabriel, *op. cit.*, p. 785.

En el caso de la distribución, sostengo que su naturaleza jurídica es la propia de una sociedad mercantil o comercial, pero en la que no se genera una personalidad distinta de la del proveedor y del distribuidor en su calidad de socios, y el hecho de que tal supuesto no esté contemplado por la ley, ello no significa que en la práctica no existan este tipo de sociedades.

Existe una sociedad desde el momento en que el proveedor obtiene el precio de la venta que le hace al distribuidor y el correspondiente posicionamiento de sus mercancías y marcas en un territorio comercial determinado gracias a la labor de comercialización del distribuidor, quien a su vez obtiene el margen de ganancia entre el precio al que le compra al proveedor y el precio al que comercializa en el territorio.

Para lograr este fin el proveedor aportará las mercancías y responderá por su calidad y el distribuidor se las comprará bajo un esquema de compras mínimas –esquema que ya señalé que debe ser obligatorio y no opcional– y le garantizará el posicionamiento y protección de sus marcas en el territorio bajo un esquema de exclusividad que en mi opinión es obligatorio.

El proveedor en su calidad de vendedor se obliga a vender al distribuidor un mínimo de mercancías y el distribuidor en su calidad de comprador se obliga a comprarle una cierta cantidad mínima de mercancías al año.

Esta obligación recíproca constituye la obligación principal del contrato de distribución siendo dicha reciprocidad el aspecto que permite entonces hablar de contrato y del cumplimiento de cuyas obligaciones se generan contratos de compraventa entre ambas partes de los cuales derivan las obligaciones comunes de un contrato de compraventa; esto es, para el vendedor –proveedor– la de entregar las mercancías y asimismo responder por su calidad, y para el comprador –distribuidor– la de recibir las mercancías y pagar el precio.

La otra obligación esencial que emana del contrato de distribución y que corre a cargo del distribuidor es la de comercializar las mercancías, lo cual, tal y como ya se vio, incluye obligaciones que pueden ser muy diversas y que por citar algunos ejemplos abarcan desde obligaciones de organizar eventos con todo lo que ello implica hasta obligaciones de cuidar las marcas propiedad del proveedor; pero lo que debe quedar muy claro es que no hay obligación del distribuidor de revender, además de que las ventas las realiza por su propio interés y no en el del proveedor y sobre este tema de la reventa abundaré más adelante.

El distribuidor, para obtener el beneficio derivado de la comercialización en el territorio donde lleva a cabo sus actividades comerciales, aporta entre otras cosas, sus clientes y su conocimiento del territorio. Como tal, es un contrato de sociedad en el que el proveedor vende productos y servicios a un distribuidor para que éste los coloque en el mercado y las partes pacten libremente lo que deseen en sus correspondientes obligaciones y derechos.

Una vez clasificada la distribución como una sociedad, ahora hay que categorizarla como una sociedad mercantil, para diferenciarla de la sociedad civil y de la asociación civil.

A diferencia de las sociedades civiles y de las asociaciones civiles, el contrato internacional de distribución de mercaderías *sí* tiene fines económicos, lo cual es evidente desde el momento en que involucra múltiples operaciones de compraventa y posterior comercialización, por lo que no puede incluirse en ninguna de las dos categorías mencionadas.

Es justamente este detalle el que nos permite precisar y categorizar a la distribución como una forma atípica de sociedad mercantil; lo considero así toda vez que el apelativo de contratos asociativos abarca una serie de contratos en los que se comparte una finalidad común a la que se enfocan las obligaciones asumidas,

característica en común con los contratos societarios que, a diferencia de la sociedad que implica la distribución, sí generan personalidad jurídica.

Ya que quedó claro el concepto de asociación en su sentido amplio como el género que abarca asociaciones en sentido estricto –donde encontramos a la asociación en participación como la única asociación mercantil reconocida por la ley mexicana– y ya que también se abundó sobre el término de sociedad, a continuación, analizo la sociedad sin personalidad jurídica, que, a pesar de que sí existe en la práctica comercial, no encuentra su lugar en este rígido esquema legislado, como ocurre por ejemplo en México con la LGSM, que no contempla la existencia de sociedades que no generen personalidad jurídica distinta de los socios.

Sin embargo, negar la existencia de una sociedad mercantil que no genera personalidad jurídica, toda vez que la ley no tiene un espacio para ellas, no significa que no existan en la realidad comercial.

Aunque la ley no las contempla, tampoco las prohíbe por ser un derecho constitucional, de manera tal que lo que tenemos es una realidad que la ley no está reconociendo y se pretende que, por tal motivo, simplemente no existen, a pesar de que el derecho de asociación está expresamente contemplado por la Constitución mexicana, y a pesar de que todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido.

Coincido completamente con el tratadista chileno Puelma Accorsi cuando señala que:

Se opina en forma muy generalizada en nuestro medio que las sociedades sin personalidad jurídica que puedan estipular las partes serían sociedades irregulares o nulas o meras comunidades. Ello se pretende sustentar en lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 2053 del Código Civil, en

*cuanto dispone que la sociedad forma una personalidad jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Partiendo de la premisa indicada se llega a la conclusión de que todas las sociedades deben tener personalidad jurídica [...] Por ende no podría existir una sociedad, sin personalidad jurídica [...] Lo dicho no sólo entraña una cuestión teórica, ya que en el hecho y en la práctica en nuestro medio operan múltiples sociedades sin personalidad jurídica [...] pronunciándonos por la afirmativa en cuanto a la existencia de este tipo social*⁴⁷⁵.

Ciertamente el autor ubica su obra en el contexto chileno, pero es perfectamente aplicable a cualquier ámbito jurídico en el terreno del derecho comparado, máxime que el contrato internacional de distribución de mercancías se celebra de manera globalizada.

Nuestra Carta Magna no solo no prohíbe constituir sociedades sin personalidad jurídica, sino que además tenemos que lo que prohíbe es coartar tal derecho, de manera tal que negar la existencia de las sociedades sin personalidad jurídica va en contra de tal precepto pues podemos perfectamente inferir que mientras proveedor y distribuidor se reúnan de manera pacífica para enfocarse en un objeto lícito en común, entonces no hay nada que lo prohíba.

Aunado a lo anterior, tenemos que en el contrato de distribución hay rasgos típicos de una sociedad tal y como ya quedó acreditado, tales como el hecho de que ambas partes aportan algo para la consecución del fin común perseguido.

El artículo 2689 del CCF, aplicable como derecho común, señala que *“La aportación de los socios puede consistir en una cantidad de dinero u otros bienes, o en su industria. La aportación de bienes implica la transmisión de su dominio a la sociedad, salvo que expresamente se pacte otra cosa.”*

⁴⁷⁵ Puelma Accorsi, Álvaro, *op. cit.*, p. 172.

En el caso del contrato de distribución, ya quedó muy claro que tanto el proveedor como el distribuidor aportan algo para la consecución del fin común que los une. El hecho de que sea una sociedad que no genera personalidad jurídica no significa que los socios no aporten, pues sí hay aportaciones de ambos al fin lícito que persiguen, que es la comercialización de las mercancías en el territorio, para lo cual el distribuidor no solo aporta su mejor esfuerzo, sino que aporta además sus propias instalaciones y clientes, mientras que el proveedor apoya al distribuidor aportándole material publicitario y asesoría.

Al no tener personalidad jurídica, las aportaciones que hacen los socios no son en favor de la sociedad entendida como la persona moral, sino en favor del otro socio y del fin en común perseguido.

Así lo entiende también Puelma Accorsi cuando señala que:

Como en el caso en estudio la sociedad carece de personalidad jurídica, la obligación de aportar de cada socio no se puede cumplir con la sociedad, sino en relación con los demás socios y el negocio común. La obligación de aportar de cada socio consiste, entonces, en estipular poner algo en común, como lo señala el art. 2053 del Código Civil, que puede llevarse a efecto en cualquier forma lícita. Por ejemplo, ello puede cumplirse adquiriendo en común algún bien, pagando cada socio una parte de las mercaderías del giro, poniendo a disposición del negocio común el uso o goce de un inmueble, etc.⁴⁷⁶.

El autor se está refiriendo a la asociación en participación, pero es muy pertinente la cita ya que tal y como aclaro en el siguiente apartado, la asociación en

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 175.

participación es para algunos autores⁴⁷⁷, incluido Puelma, una sociedad sin personalidad jurídica –y no una asociación– tal y como planteo en mi hipótesis sobre la naturaleza jurídica del contrato de distribución.

Vemos entonces cómo el tema de la personalidad jurídica se ha transformado en un problema de legislación positiva vigente, tal y como señala León Tovar al referirse también a la falta de personalidad jurídica en la asociación en participación, a pesar de no estar de acuerdo con los autores que la ven como una sociedad sin personalidad jurídica: *“Desde luego nosotros también afirmamos que tal personalidad jurídica es un problema de derecho positivo y que el Estado determina discrecionalmente los entes que gozan de ella y como consecuencia asumen derechos y obligaciones.”*⁴⁷⁸

Además de cumplir con las aportaciones de los socios, el contrato de distribución, como contrato de sociedad sin personalidad jurídica, cumple con los otros requisitos esenciales de las sociedades, a saber, persigue un fin económico y especulativo, y tanto proveedor como distribuidor participan de los beneficios o pérdidas de la sociedad pues ambos salen afectados o beneficiados con el actuar del uno y del otro.

Con eso basta para afirmar que el contrato de distribución es una sociedad y sirve de apoyo lo señalado por Puelma Accorsi, a cuyo criterio me adhiero:

⁴⁷⁷ “Sostienen que la cuenta en participación es una sociedad: Pothier, *Du Contrat de Société*, N° 61, pág. 467; Troplong, *ob. cit.*, Nos 480 y 481, pág. 181; Georges Ripert, *ob. cit.*, tomo II, Nos 778 y 783, págs. 149 y 157, y entre los nuestros, Raúl Varela, *ob. cit.*, tomo II, pág. 127.” *Ibidem*, nota 137. Toda vez que para todos estos autores la cuenta en participación –que es la otra forma como se conoce a la asociación en participación– en realidad es una sociedad sin personalidad jurídica, en el siguiente apartado analizo a la asociación en participación para establecer una analogía con el contrato de distribución.

⁴⁷⁸ León Tovar, Soyla H., “La asociación en participación y otras figuras jurídicas afines”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Año XX, Número 58, enero-abril de 1987, p. 79.

*Para nosotros los elementos esenciales de la sociedad lo son: el necesario aporte prometido o enterado que cada socio debe efectuar a la sociedad; que la sociedad persiga un beneficio pecuniario; y que todos y cada uno de los socios tengan derecho a los beneficios sociales y soporten las pérdidas que puede acarrear la gestión social. En cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad, el número de socios, el ánimo de colaboración entre ellos, la formación de un fondo común y la personalidad jurídica, pensamos que, si bien ellos son elementos de mucho interés, no pueden ser considerados elementos esenciales de la sociedad*⁴⁷⁹.

Nuestra LGSM solamente admite seis tipos de sociedades mercantiles y todas ellas sí generan personalidad jurídica distinta de la de sus socios, motivo por el cual se le suele encuadrar como un contrato de colaboración⁴⁸⁰ y no lo aceptan como la verdadera sociedad que es.

Sin embargo, considero que lo que implica un contrato de colaboración no alcanza para definir de manera completa y precisa esa tan *sui generis* relación que une al proveedor con el distribuidor, relación *sui generis* que solo puede entenderse cuando es vista como una sociedad.

Pertinente es citar entonces a Pellisé de Urquiza cuando al referirse a los contratos de distribución señala que:

No se trata de una colaboración común. La integración contiene un plus: la existencia de un control por el integrador sobre el funcionamiento del negocio del integrado, que se explica por la existencia de un interés común cuyo logro no es posible sin una colaboración entre las partes. El control del proveedor sobre el distribuidor conduce, según algunos autores, a una dependencia

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁸⁰ León Tovar, por citar solo un ejemplo. Cfr. León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 366.

*profesional de este último respecto del primero. La constatación de su existencia ha conducido a un sector de la doctrina a estimar, de forma exagerada, que los distribuidores constituyen una nueva categoría de comerciantes que se situaría entre el comerciante independiente y el trabajador subordinado*⁴⁸¹.

Claro que no es una colaboración común. Es una sociedad y no hay necesidad tampoco de entender esta relación como una integración, concepto meramente económico que dificulta, además, la comprensión de la naturaleza jurídica del contrato.

Coincido también con el tratadista Puelma Accorsi, quien al respecto y me parece que muy puntualmente, señala:

*La sociedad es una de las clases de contratos de colaboración empresarial, pero creemos que es exagerar estimar contratos de colaboración empresarial cualquier acto o contrato de carácter empresarial esto es que las partes al menos en la teoría son iguales y no están subordinadas las unas a las otras, no obstante que por algunos se considera que la posición dominante puede ser una de las características de los contratos de colaboración empresarial.*⁴⁸²

Considero que la clasificación de contrato de colaboración empresarial es demasiado amplia y por lo tanto vaga e imprecisa y pareciera usarse para abarcar toda relación empresarial –y tales relaciones pueden ser de muy variada y diversa índole– que no encaja en las formas asociativas expresamente reconocidas por la ley, cuando precisamente el contrato de distribución adolece de una falta de precisión en cuanto a su naturaleza jurídica y eso es justo lo que se necesita.

⁴⁸¹ Pellisé de Urquiza, Cristina, *op. cit.*, pp. 42-43.

⁴⁸² Puelma Accorsi, Álvaro, *op. cit.*, p. 134.

Evidentemente, ello impide perfilar con precisión la naturaleza jurídica de estas figuras. La prueba la tenemos, por ejemplo, en el texto de Soyla H. León Tovar, quien opta por clasificar a la distribución como un contrato de colaboración⁴⁸³ y, por lo tanto, no incluye absolutamente ningún apartado donde explique la naturaleza jurídica del contrato, como si al encuadrarlo como un contrato de colaboración fuera suficiente, pero nótese, sin embargo, que cuando la tratadista expone los temas relativos a otra forma asociativa sí contemplada por la ley, como el contrato de asociación en participación sí incluye un rubro dedicado al análisis de la naturaleza jurídica de tal forma asociativa.

Toda vez que la asociación en participación es el único caso de asociación mercantil contemplado por la ley mexicana, esto es, no se la incluye entre las sociedades mercantiles porque al igual que la distribución, tampoco genera personalidad jurídica distinta de la de sus asociados y le da ese tratamiento aparte, entonces me parece imprescindible para una mejor comprensión del contrato de distribución tratar en el siguiente apartado a la asociación en participación toda vez que como señala León Tovar: “[l]a naturaleza jurídica de la A. en P. ha sido uno de los problemas más debatidos en la doctrina mercantil, para algunos se trata de una sociedad [...]”⁴⁸⁴ y asimismo en el entendido de que:

“[a]lgunos pretenden sustentar la juridicidad de la sociedad sin personalidad jurídica afirmando de que se trataría de una modalidad de la asociación o cuentas en participación, que consistiría que en ella no habría diferenciación de los asociados entre gestor y partícipe [...] nos parece que la sociedad sin

⁴⁸³ “Es una negocio de colaboración porque el distribuidor colabora de manera independiente con el fabricante para vender sus productos, generar nuevos canales de distribución, posicionar en el mercado su marca y sus productos, así como obtener nueva clientela, por ello tiene derecho a recibir una contraprestación que consiste tanto en un descuento en el precio de adquisición como bonificaciones por seguir las políticas y publicidad del fabricante, además de un descuento adicional por el volumen de ventas realizadas.” León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p 366.

⁴⁸⁴ León Tovar, Soyla H., “La asociación en participación...”, cit., p. 72.

*personalidad jurídica está admitida en nuestro derecho sin necesidad de que se la estime una modalidad de la asociación o cuentas en participación*⁴⁸⁵.

II. CARACTERÍSTICAS COMUNES ENTRE EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Me adhiero al criterio que considera que sí hay sociedad en la asociación en participación, y, de hecho, es el mismo criterio que considero aplicable para afirmar que también la hay en el contrato de distribución, aunado a que es un motivo importante a la hora de señalar mayores analogías con la asociación en participación que con la agencia.

Si bien autores como León Tovar no están de acuerdo con que la asociación en participación sea una sociedad, reconocen la existencia de un sector de la doctrina que confirma que la asociación en participación conserva: *“por imperio de la ley los medios técnicos necesarios para operar en el medio económico como tal, aunque sin nombre social y adquiriendo sus derechos y obligaciones a través del asociante.”*⁴⁸⁶ y *“[s]e sostiene que la carencia de personalidad jurídica en la A. en P., no implica en modo alguno la inexistencia societaria, la cual tiene plena existencia y vida en la faz interna de esta figura entre sus participantes [...]”*⁴⁸⁷.

A manera introductoria y justificativa del apartado siguiente en el que analizo las similitudes entre la distribución y la asociación en participación, entre el sector de la doctrina al cual me adhiero, que aboga por la existencia de una sociedad en la asociación o cuentas en participación⁴⁸⁸, tenemos por ejemplo a Puelma

⁴⁸⁵ Puelma Accorsi, Álvaro, *op. cit.*, pp. 173-174.

⁴⁸⁶ Muguillo, Roberto Alfredo, citado en León Tovar, Soyla H., “La asociación en participación..., *cit.*, 79.

⁴⁸⁷ *Idem.*

⁴⁸⁸ Que en el derecho anglosajón encuentran su equivalencia en la *joint venture*.

Accorsi⁴⁸⁹, quien refuta la opinión contraria de doctrinarios como Vivante y Messineo:

*No nos parecen convincentes los argumentos esgrimidos por los ilustres comercialistas italianos citados. A nuestro entender la circunstancia que el partícipe no tenga injerencia en la gestión del negocio de la asociación no es indicativo de que no haya sociedad, pues los socios meramente capitalistas en otros tipos sociales tampoco tienen tal injerencia*⁴⁹⁰.

Por tal motivo, en este apartado abordaré los aspectos que tienen en común el contrato de distribución y la asociación en participación, y me permito enfatizar que son similitudes, ya que no se trata de afirmar que el contrato de distribución sea una asociación en participación que sí está regulada por la ley, sino que solamente se trata de un contrato de sociedad que tiene, desde mi punto de vista, más características en común con la asociación en participación –a la que también considero una sociedad a pesar de que la ley la contempla como una forma de asociación en sentido estricto– que con la agencia.

Después de revisar nuestra legislación, concretamente la LGSM, pude comprobar que no se proporciona una definición de asociación mercantil. Sin embargo, dicho ordenamiento sí incluye expresamente una única forma de asociación mercantil, a saber, la asociación en participación, definida por el Artículo 252 de tal ordenamiento jurídico como “*un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las*

⁴⁸⁹ “Al no existir la cuenta en participación como contrato típico en el derecho anglosajón, contratos que cumplen con los requisitos del instituto en estudio en el derecho continental son calificados como *joint ventures*.” Troplong citado en Puelma Accorsi, Álvaro, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 181.

*pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.*⁴⁹¹

Considero que la asociación en participación es una verdadera sociedad, criterio que hago extensivo en esta investigación al contrato de distribución, pues a pesar de no generar personalidad jurídica entre las partes, ello no significa que no haya una verdadera sociedad en la práctica.

De hecho, mi postura con respecto al Derecho en general es que el Derecho debe nacer de la vida y no al revés. Finalmente, esa es su función y en el tema que nos ocupa está sucediendo justo lo contrario: a pesar de que en la práctica mercantil sí existen sociedades que no generan personalidad jurídica entre los socios –como ocurre con el contrato de distribución– el Derecho opta por ignorarlas ya que la ley no las tiene contempladas.

Toda vez que la única forma asociativa –en términos de género– reconocida por la ley mexicana, que no genera personalidad jurídica distinta de la de los asociados, es la asociación –en sentido estricto– de carácter mercantil, es inevitable hablar de la asociación en participación, por ser la única forma de asociación en sentido estricto reconocida por nuestra legislación y porque considero que en realidad es una sociedad que, como tal, guarda muchas similitudes con el contrato de distribución, al cual también considero una sociedad.

Aplicar la analogía con la asociación en participación me parece más correcto que establecer analogías con el contrato de agencia porque además de que las similitudes con la asociación son mucho más numerosas, las diferencias entre agencia y distribución me parecen sustanciales pues, para empezar, el agente es un subordinado o auxiliar del proveedor.

⁴⁹¹ La LGSM está disponible en línea en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_General_de_Sociedades_Mercantiles.pdf y fue consultada el 20 de marzo de 2021.

Tan es así que se puede decir que las únicas semejanzas entre agencia y distribución se limitan a características que en realidad son compartidas con otros muchos contratos, características tales como la atipicidad y la duración que pueden tener, además del elemento de la exclusividad⁴⁹².

Sin embargo, hago notar que tales similitudes se comparten también con otros contratos como por ejemplo el de franquicia. Por ello, es más apropiado aplicar la analogía con un contrato con el que haya más puntos en común y que además sea un contrato cuyas características comunes sean muy propias y no compartidas con otras formas contractuales; recordemos que se trata de dibujar claras fronteras que permitan diferenciar a este tipo de instituciones y evitar así confusiones con otras figuras.

Por tal motivo a continuación especificaré las similitudes existentes entre el contrato de distribución y la asociación en participación⁴⁹³, porque a pesar de que esta última está contemplada por nuestra legislación como una asociación en sentido estricto, considero que en realidad ambas son formas de sociedad, pero formas de sociedad que no generan personalidad jurídica distinta de la de los socios, lo cual no significa que no existan como sociedades en la práctica.

1. No están sujetos a registro

El contrato de distribución no requiere formalidades para constituirlo, de la misma manera en que tampoco lo requiere la asociación en participación de conformidad con el Artículo 254 de la LGSM: “[e]l contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro.”

⁴⁹² Cfr. Arce Gargollo, Javier, “Los contratos de agencia...”, *cit.*

⁴⁹³ Aclaro que mencionaré para tal efecto las cláusulas pertinentes del contrato modelo que ya quedó analizado en el primer capítulo, motivo por el cual ya no realizaré su transcripción, sino que me limitaré a mencionarlas, salvo un par de excepciones cuya transcripción estimo pertinente para una mejor comprensión.

Al igual que en la asociación en participación, en la distribución tampoco es necesaria la inscripción en el Registro Público de Comercio ni es necesaria ninguna forma de publicidad, por lo que tampoco se exteriorizan como tales frente a terceros, punto que analizaré más adelante.

2. El asociante y el distribuidor realizan operaciones en su propio nombre y sus relaciones con terceros son muy similares

Primero es necesario aclarar cuáles son las partes que intervienen en el contrato de asociación en participación, para después equipararlas con las partes que intervienen en el contrato de distribución.

De conformidad con el Artículo 256 de la LGSM, el asociado es la parte del contrato que no tiene relación con terceros ya sean acreedores o deudores del asociante, además de ser quien transmite la propiedad de los bienes al asociante. En este sentido, el asociado es la figura que identifico por analogía con el proveedor.

Por su parte, de conformidad con el mismo Artículo mencionado, el asociante es la parte del contrato a quien se le transmite la propiedad de los bienes y la prestación de servicios por parte del asociado, todo lo cual recibe con la finalidad de usarlo en la realización de la actividad que lleva a cabo en nombre propio frente a terceros. Por analogía, identifico a esta parte del contrato de asociación en participación, con la figura del distribuidor.

Entonces, tenemos que la figura del asociante en un contrato de asociación en participación y el distribuidor –con el cual lo equiparo– realizan operaciones en su propio nombre, lo cual significa que ambos son los únicos responsables frente a terceros y los únicos responsables también de las decisiones que tomen para la realización de sus objetivos. En el contrato de distribución el proveedor no es responsable frente a los terceros que contratan con el distribuidor; sí tiene responsabilidad por la calidad de las mercancías ante los consumidores, pero es

una responsabilidad que no deriva del contrato de distribución, sino que deriva de las leyes que imponen tal responsabilidad.

A su vez, el asociado y el proveedor no tienen relación con los terceros con los cuales contratan el asociante y el distribuidor y son la parte que transmite la propiedad y presta los servicios. En el caso específico de la distribución, el proveedor transmite la propiedad de más mercaderías al distribuidor y queda obligado a prestarle todos los servicios de asistencia que ya quedaron señalados en el primer capítulo.

3. La forma

De conformidad con el Artículo 254 de la LGSM basta con que el contrato de asociación en participación sea celebrado por escrito ya que no se requiere de ninguna otra formalidad. Es decir, no precisa ser otorgado ante un Notario Público ni requiere de inscripción comercial para tener total eficacia.

De igual manera, el contrato de distribución tampoco se debe otorgar ante Notario Público ni requiere de inscripción en el Registro Público de Comercio. De hecho, las estadísticas muestran que es muy común que las relaciones de distribución comercial se celebren verbalmente, esto es, sin que exista un contrato físico que formalice la relación⁴⁹⁴.

4. Carecen de personalidad jurídica

Como consecuencia de la falta de publicidad mencionada en el punto inmediato anterior, ambos contratos no generan personalidad jurídica distinta de la de sus asociados –entendida esta palabra en su sentido amplio o genérico–.

⁴⁹⁴ Cfr. Jarne Muñoz, Pablo, “Algunas consideraciones sobre la problemática regulación de los contratos de distribución comercial”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, Volumen 4 (2), diciembre de 2016, p. 79.

Al igual que en la asociación en participación, de conformidad con el Artículo 253 de la LGSM que precisamente señala que la asociación en participación no tiene personalidad jurídica y por lo tanto carece de denominación o razón social, en virtud del contrato de distribución tampoco se crea una personalidad jurídica ni se identifica a través de una razón social, motivo por el cual el contrato de distribución carece también de órganos directivos.

Ahora bien, de conformidad con el párrafo tercero del Artículo 2 de la LGSM, las sociedades que debiendo haberse inscrito en el Registro Público de Comercio, no lo estuvieren y se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública tendrán personalidad jurídica.

Aclaro que este no es el caso de la distribución ya que no es una sociedad mercantil en los términos que señala nuestra legislación a pesar de que en la práctica sí existe como tal; es decir, es una forma de sociedad que ha surgido en la práctica comercial a pesar de que la ley no reconoce la existencia de sociedades que no generen personalidad jurídica distinta de la de los socios. Pretender que solamente porque la ley no las contempla, entonces no existen, me parece una visión reduccionista y poco certera ya que la realidad dice otra cosa, porque precisamente una de sus características más propias de la distribución es que no hay una relación entre el proveedor y los clientes del distribuidor, pues este último siempre actúa en nombre y por cuenta propia; de hecho, adicionalmente a lo anterior, el contrato modelo incluso en su cláusula décima novena señala lo siguiente:

19. No hay sociedad o agencia

Nada en este contrato i) se interpretará a manera de que se constituye una sociedad de derecho entre las Partes, ii) que se designa a una parte agente de la otra para cualquier propósito o iii) dará derecho a cualquier parte para

*comprometer o vincular a la otra (o ningún miembro de su respectivo Grupo) de manera alguna*⁴⁹⁵.

La cláusula anteriormente transcrita no es incompatible con mi hipótesis de la existencia de una sociedad entre proveedor y distribuidor, pues lo que busca es dar cabida al contrato en el panorama comercial internacional sin chocar con los derechos locales cuya tendencia es la de no legislar este tipo de contratos y que en México contempla como sociedades mercantiles solamente a la sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones y sociedad cooperativa.

Es decir, con base en el criterio de género próximo y diferencia específica, tenemos que el género asociación puede ser de dos tipos: sociedad –que puede ser civil o mercantil– y asociación en sentido estricto –donde se encuentra ubicada la asociación en participación que, en mi opinión, también es una sociedad mercantil que al igual que la distribución, no genera personalidad jurídica diferente de la de los socios.

Como el contrato de distribución es una sociedad carente de personalidad jurídica, tenemos que como tal no está al frente de la empresa, ni ejerce el comercio, sino que se vale, para celebrar negocios y ejecutar actos frente a terceros, del distribuidor en su carácter de intermediario, identificado como comerciante o empresario, apelativo que solo se adquiere por quien se ostenta y obra a nombre propio⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Centro de Comercio Internacional (CCI). *op. cit.*, p. 123.

⁴⁹⁶ Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983, p. 286.

Quien hace entonces las veces de comerciante o empresario es el distribuidor porque él se ostenta como titular de la negociación, o como la persona directa y exclusivamente interesada en los actos y en los contratos que celebre.

Con ello pongo especial énfasis en reafirmar lo ya señalado en el capítulo primero de esta investigación, y es que el distribuidor es quien comercializa entre sus clientes, con lo cual debe entenderse que el proveedor no comercializa de manera indirecta.

Por ello me parecen incorrectas algunas definiciones de la doctrina que precisamente hablan de una actividad indirecta llevada a cabo por el proveedor; tal es el caso de Argeri, parafraseado por Hocsman, al señalar que un empresario comercial actúa como un intermediario que en forma indirecta relaciona al productor con el consumidor⁴⁹⁷.

Entonces, la asociación definida en párrafos anteriores en un sentido amplio puede generar personalidad jurídica –tal es el caso de las sociedades que pueden ser civiles y mercantiles– o no generar personalidad jurídica –y tal es el caso de las asociaciones en sentido estricto, que también pueden ser civiles y mercantiles.

En este sentido, el Artículo 2º. de la LGSM señala que: *“Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.”*

Así, aunque las sociedades y las asociaciones en sentido estricto sí tienen en común una cualidad asociativa y un acoplamiento de técnica, bienes y trabajo que cristalizan en la existencia de un fin común, en la distribución no se genera personalidad jurídica porque las partes no contribuyen con la finalidad de crear un interés corporativo, ni de conformar una persona moral, lo cual no significa que no

⁴⁹⁷ Cfr. Hocsman, Heriberto Simón, *op. cit.*, p. 88.

existan en la realidad comercial a pesar de que el proveedor y el distribuidor no cuentan con un capital social y tampoco están unidos por una razón social ni cuentan con los órganos propios que la ley le reconoce a toda sociedad⁴⁹⁸.

La doctrina suele explicar la naturaleza jurídica de la asociación en participación desde dos puntos de vista: como una asociación momentánea que desaparece una vez realizada la actividad para la que se formó, o bien, como una sociedad oculta pues no se exterioriza como tal frente a terceros⁴⁹⁹, tal y como señala Barrera Graf: *“Sociedades ocultas son, como su nombre indica, aquellas que no se manifiestan al exterior; que se organizan y que actúan sólo para tener relaciones internas entre los socios que las constituyen.”*⁵⁰⁰

Asimismo, destaca León Tovar:

*Se sostiene en el derecho argentino, que la A. en P. es una sociedad oculta (...), una sociedad que crea entre sus miembros una relación jurídica oculta, interna, y que es precisamente en esta faz interna en donde se manifiestan sus caracteres típicos de sociedad; sin embargo, ni aun internamente existe sociedad, pues no hay el ánimo o la intención de formar una sociedad o de que las partes se constituyan en socios*⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Mismos que de conformidad con el Artículo 10 de la LGSM son el administrador o administradores de la sociedad y el órgano colegiado de administración. La distribución, como asociación que es, carece de órganos de vigilancia y asamblea de socios. Se hace notar también que la asociación que implica el contrato de distribución carece de estatutos. Tampoco tiene domicilio, ni nacionalidad, ni requiere inscripción en el Registro Público de Comercio, ni requiere permiso alguno de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

⁴⁹⁹ Cfr. Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil. Introducción y conceptos fundamentales: sociedades*, 26ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 194. “[...] la cuenta en participación es una convención esencialmente privada que no constituye persona jurídica [...] Es un mero contrato vinculatorio sólo entre las partes que lo celebran e inoponible respecto de terceros. Esta característica la diferencia fundamentalmente de las sociedades con personalidad jurídica.” Puelma Accorsi, Álvaro, *op. cit.*, p. 184. Considero que justamente es así como debe entenderse también el contrato de distribución.

⁵⁰⁰ Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 284.

⁵⁰¹ Cfr. León Tovar, Soyla H., “La asociación en participación...”, *cit.*, p. 102.

Ciertamente, la asociación en participación y la distribución encajan en lo anterior, pero no es del todo certero catalogarlas como ocultas por tratarse de una denominación que no me parece adecuada, además de que creo que incluso pudiera entenderse como una acepción en cierto sentido fraudulenta.

El término de sociedad oculta me parece poco adecuado pues supone el incumplimiento de la obligación de registrar la sociedad y por lo tanto de hacerla pública, cuando en realidad la asociación en participación y la distribución ni se registran ni son registrables, mientras que en oposición tenemos que lo que se oculta se puede entender que es aquello que debe registrarse, pero que no se registra.

Es por tal motivo que, a pesar de que catedráticos destacados como Mantilla Molina o Barrera Graf sí defienden esta postura y esta denominación de sociedades ocultas, me parece que la asociación en participación y la distribución son formas parecidas a una sociedad privada desde el punto de vista del enfoque romanista que ya quedó expuesto, en el sentido de que no generan personalidad jurídica distinta⁵⁰² pero no ocultas, con lo que se evita una terminología que puede dar lugar a equívocos en cuanto a una interpretación fraudulenta, además de que supone el mencionado incumplimiento de publicar y tal no es el caso por tratarse de figuras en las que simplemente no existe obligación de registro.

La asociación en participación y la distribución no requieren cumplir con la obligación de registro, lo cual no es sinónimo de actos ocultos pues no se oculta lo que no debe registrarse, sino lo que sí debe registrarse.

⁵⁰² Retomando entonces el enfoque romanista, cabe destacar este concepto de sociedad privada: *“Es la que se constituye por un contrato y no genera una personalidad jurídica distinta, porque este efecto solo se justifica cuando la sociedad sirve al interés público.”* Adame Goddard, Jorge, *Curso de derecho romano...*, cit., p. 233.

Si tomamos en cuenta que en el contrato de distribución se señalan los lineamientos de las compraventas futuras que habrán de celebrar el proveedor y el distribuidor para que este último pueda llevar a cabo la comercialización, esos lineamientos revelan una sociedad privada entre las partes.

Otro motivo para entender a la distribución como una sociedad que no genera personalidad jurídica sin que por ello encaje en el apelativo de oculta, es que con lo anterior precisamente no se está ocultando que sí existen tratos entre el distribuidor y el proveedor y es que la falta de exteriorización de la sociedad frente a terceros no exige un total ocultamiento ni una ignorancia absoluta de su existencia por quienes no sean socios –esto es, los clientes finales– sino que solo implica que la sociedad como tal no se refleja en relaciones jurídicas de ningún tipo con esos consumidores finales, ni adquiere como tal derechos ni asume obligaciones frente a ellos.

Es decir, a pesar de que el distribuidor no muestre a sus clientes qué tipo de acuerdos tiene contraídos con el proveedor, sí asume obligaciones de posventa⁵⁰³ propias de su actividad de comercialización y así está evitando que los clientes puedan siquiera formular cualquier tipo de reclamación al proveedor, detalle que finalmente se justifica porque al ser independiente el distribuidor precisamente actúa

⁵⁰³ Que aparece expresamente contenida en la cláusula 7.3.11 del contrato modelo ya citada con anterioridad, a pesar de que muchos doctrinarios consideran que el distribuidor no está obligado a la posventa, como es el caso de León Tovar tal y como ya se explicó en el capítulo segundo de esta investigación, al tratar la obligación de comercializar y promover, a cargo del distribuidor, pero lo cierto es que en los modelos de contrato el distribuidor sí presta servicios de posventa. Al respecto, no hay que perder de vista que “[l]as principales fuentes de prácticas de comercio internacional son las publicaciones publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (ICC), y que las transacciones comerciales exitosas dependen del conocimiento de estas prácticas, asegurando que los compromisos en el contrato individual sean de acuerdo con tales prácticas.” Grath, Anders, *The handbook of international trade and finance. The complete guide for international sales, finance, shipping and administration*. 4ª. Edición, Londres, Kogan Page, 2016, p. 10. Lo que quiero enfatizar con esto, es que a pesar de que los doctrinarios que se apegan a la idea de que no es una sociedad tienden a negar los servicios de posventa, en la práctica estos servicios de posventa a cargo del distribuidor sí se dan. Quiero poner en evidencia que el Derecho no se está ajustando a la vida, sino que el Derecho pretende que la vida se ajuste a él, postura que no comparto en lo absoluto.

en su propio nombre y bajo su propio riesgo. Por tales motivos difiero con Barrera Graf cuando afirma que:

*El carácter oculto de una sociedad (o de una asociación como la A. en P.), se refiere, y sólo puede referirse, a esa fase en que las sociedades mantienen y conservan su naturaleza contractual. Sólo puede referirse al pacto celebrado entre las partes, en virtud del cual los socios «se obliguen mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización del fin común» (Artículo 2688 C. Civ.) En cambio, en la etapa de funcionamiento, cuando la sociedad sufre la metamorfosis contractual para convertirse en un negocio especial y complejo, de organización, lo reservado y secreto no puede subsistir, sino que la sociedad, al funcionar, se hace patente y se da a conocer; [...]*⁵⁰⁴.

Habría que esclarecer a qué se refiere Barrera Graf al mencionar una *metamorfosis contractual*. Pudiera parecer que en un determinado momento surge la obligación de anunciar la sociedad, pero en realidad no hay disposición legal sobre ello.

Además, sostengo que, tanto en la asociación en participación como en la distribución, las partes sí comparten la *affectio societatis* encaminada a un fin común, que en el caso de la distribución es posicionar y comercializar las mercancías en el territorio y beneficiarse ambas partes de ello, para lo cual celebran previamente múltiples operaciones de compraventa en los términos que ya quedaron analizados en el capítulo primero.

La afirmación de que en la asociación en participación sí existe *affectio societatis* es el motivo más importante por el que realizo la presente analogía entre ésta y la distribución. Ya señalé en párrafos anteriores, al momento de analizar la

⁵⁰⁴ Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 286.

affectio societatis en relación con el tema de la distribución y la antigua sociedad romana, que el criterio que adopto al respecto es el mismo que comparten autores como Puelma Accorsi o Cervantes en el sentido de que la *affectio societatis* no es un elemento esencial del contrato de sociedad, sino un elemento general de validez en todo contrato y que consiste en el consentimiento de contratar, lo cual no debe confundirse con el consentimiento de las partes en contratar específicamente una sociedad.

Es decir, basta con la intención de celebrar el contrato de distribución con el fin común de comercializar mercancías en determinado territorio, para que este elemento exista, de la misma manera en que también hay *affectio societatis* en la asociación en participación pues es un elemento general basado en la voluntad de contratar. Por ello, difiero en este sentido con autores como León Tovar, quien sostiene el criterio contrario:

*[E]n la A. en P., no existe la affectio societatis, esa idea de colaboración e intención de constituirse en socio, característica de las sociedades, y aunque se pretenda establecer que ésta es una noción imprecisa e inexistente tratándose de los accionistas de las sociedades anónimas, como pretende señalarlo Solá Cañizares, principal sostenedor del carácter societario de nuestra figura, nos inclinamos a considerar, como Uría, que esta idea de colaboración es uno de los datos más importantes para diferenciar a las sociedades de las otras instituciones jurídicas en que no existe colaboración en una actividad común para la consecución de un fin, como acontece en la A. en P. en la que no hay affectio societatis.*⁵⁰⁵

Difiero, porque sí hay un quehacer común a cuya consecución ambas partes se obligan, tal y como quedó debidamente comprobado con anterioridad en el presente capítulo, al explicar las aportaciones de los socios dentro del apartado de

⁵⁰⁵ León Tovar, Soyla H., "La asociación en participación...", *cit.*, pp. 80-81.

la distribución y la antigua sociedad romana; quehacer común que en el caso de la distribución consiste en la comercialización como fin compartido, para lo cual el proveedor aporta mercancías y asesoría, y el distribuidor aporta el posicionamiento en el territorio de las marcas y las mercancías.

Este criterio lo vemos también en la asociación en participación, con la que realizo la presente analogía:

*[...] no le quita el carácter de sociedad el hecho de que la obligación de aportar del partícipe lo sea con el gestor y la obligación mínima de este de administrar la cuenta la tenga con el partícipe. Que el acreedor de estas obligaciones no lo sea la sociedad es una consecuencia derivada de que la institución en estudio carece de personalidad jurídica, lo que no presente ningún inconveniente para aquellos que sostienen que la personalidad jurídica no es un elemento esencial de la sociedad*⁵⁰⁶.

Contribuye también a identificar a la distribución con la sociedad privada el hecho de que a pesar de que los clientes del distribuidor solamente perciben lo que éste les muestra, esto es, el negocio propiedad del distribuidor, si su empresa genera pérdidas o ganancias es algo que al proveedor también le afecta o beneficia, tal y como señala Adame Goddard: *“Como la sociedad privada no constituye una personalidad jurídica, los actos que realiza cada socio respecto de la actividad común repercuten en su propio patrimonio, pero debe comunicarlos luego a los demás socios.”*⁵⁰⁷

En caso de que la actividad del distribuidor sea exitosa, el proveedor se beneficia pues con ella se posicionan sus marcas. Por el contrario, una actividad

⁵⁰⁶ Puelma Accorsi, Álvaro, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁰⁷ Adame Goddard, Jorge, *Curso de derecho romano...*, *cit.*, p. 233.

poco exitosa por parte del distribuidor puede afectar la imagen marcaria del proveedor, por citar tan solo un ejemplo.

5. Las obligaciones del asociante y del distribuidor son muy similares, así como sus aportaciones y ventajas recíprocas

Las similitudes entre las obligaciones del distribuidor y del asociante pueden resumirse en las siguientes: ambos actúan en nombre propio, pese a lo cual rinden cuentas a la contraparte –asociado y proveedor socio respectivamente– pero asumiendo sus responsabilidades en el desempeño de sus actividades; ambos son propietarios de los bienes; ambos permiten que su contraparte revise sus libros y documentos contables –el Artículo 259 de la LGSM remiten al Artículo 43 del mismo ordenamiento ya que las reglas de la sociedad en nombre colectivo son aplicables supletoriamente a la asociación en participación, el cual señala que las cuentas se rendirán semestralmente o en cualquier otro tiempo de conformidad con lo que los socios pacten– ambos llevan a cabo sus actividades contando con el consentimiento de la contraparte y de conformidad con la finalidad perseguida y pactada en el contrato y, en el caso de la distribución, en el plan de negocios.

6. La finalidad económica y especulativa del contrato

En ambas figuras las partes aportan algo y obtienen ventajas recíprocas. De hecho, el fin común es un factor determinante de la asociación en participación y de la distribución y consiste en realizar una actividad económica que produzca ganancias a las partes asociadas –entendida esta última palabra en términos amplios o genéricos–.

Este carácter lucrativo sí coincide con el de las sociedades mercantiles contempladas en la LGSM, y es que ambas figuras son verdaderas sociedades mercantiles a pesar de que la ley no las contemple así.

En la asociación en participación los asociados sí comparten explícitamente las pérdidas y las ganancias y en la distribución también se comparten beneficios pues si no fuera así no habría sociedad. Lo que sucede es que en la distribución estos beneficios se comparten mediante un esquema peculiar –un punto más que confirma que se trata de un contrato con características muy propias– pues pongamos el ejemplo de que se pacte un mínimo de compras y ventas de cien, tal acuerdo le puede reportar al proveedor una utilidad de entre el veinticinco al cuarenta por ciento sobre los cien y a su vez, si el distribuidor vende esas mercancías en ciento treinta, obtendrá una utilidad bruta de entre el veinticinco al cuarenta por ciento sobre los ciento treinta⁵⁰⁸.

Entonces, en la práctica comercial e independientemente de que la ley no lo reconozca⁵⁰⁹, en la distribución sí existe sociedad desde el momento en el que las actividades de ambos repercuten entre ellos pues una vez llevada a cabo la comercialización, podría decirse que a pesar de que el distribuidor sea un comerciante independiente que asume por tal motivo los riesgos de sus actividades, en realidad hay un riesgo implícito que también corre el proveedor pues las pérdidas y las ganancias de ambos están conectadas cada una con la actividad del otro.

En la distribución también se comparten las ganancias de la comercialización en el territorio, a partir del esquema de la utilidad del proveedor al vender al distribuidor, así como la utilidad de este último al vender a sus clientes. Tales utilidades suponen que la comercialización se lleva a cabo de manera exitosa.

Entonces, en el caso del contrato de distribución, el proveedor y el distribuidor sí comparten, efectivamente, una misma finalidad de socios: la comercialización de las mercancías del proveedor, por parte del distribuidor.

⁵⁰⁸ Esto es tan solo un ejemplo que pongo de lo que se puede hacer en un contrato de distribución, ejemplo muy ilustrativo sobre la existencia de una sociedad.

⁵⁰⁹ Pero que tampoco prohíbe aunado a que es un derecho constitucional.

7. La exclusividad

A pesar de que la LGSM no señala expresamente nada acerca del tema de la exclusividad en la asociación en participación, Cervantes Ahumada al tocar el tema de tal asociación señala algo muy interesante que a mi parecer puede interpretarse como la existencia de exclusividad entre asociante y asociado:

*La asociación en participación puede ser singular, o de un solo negocio, y plural, o sea de varios negocios. La asociación plural podrá ser parcial, cuando sea de algunos de los negocios de la empresa asociante, o total, cuando los comprenda todos, o sea cuando el asociante comparta con el asociado la empresa en su totalidad*⁵¹⁰.

Al afirmar tal doctrinario que cuando la asociación en participación es total, esto es, cuando el asociante comparte en su totalidad su actividad con el asociado, a mi entender está implicando un pacto de exclusividad que bien puede equipararse por analogía con la exclusividad en la distribución.

Se entiende que este pacto de exclusividad en la asociación en participación puede ser opcional ya que en caso de que la asociación sea parcial, implica que no existe tal exclusividad, detalle que la diferencia de la distribución pues en este contrato sostengo que la exclusividad es esencial. De cualquier forma, el tema de la exclusividad es muy importante para sustentar mi hipótesis y, además de lo que ya quedó explicado a lo largo de esta investigación, lo trato muy a fondo en párrafos posteriores.

⁵¹⁰ Cervantes Ahumada, Raúl, *op. cit.*, p. 552.

8. Ambas tienen su origen en el derecho romano

Otro punto de conexión entre la asociación en participación y la distribución, y que revela la existencia de una sociedad entre proveedor y distribuidor, lo encontramos en su origen. Dávalos Torres ubica el origen de la asociación en participación en el contrato medieval de comenda:

Los antecedentes del contrato de asociación en participación se encuentran en el contrato de comenda del derecho romano. Por medio de este contrato, el comendador confiaba dinero o mercancías al comendatario para su utilización comercial en un viaje, una vez concluido el viaje se repartían las pérdidas y las ganancias en la proporción convenida⁵¹¹.

Señalo lo anterior toda vez que ya realicé una analogía con la asociación en participación y considero que el hecho de que además de la analogía realizada también tengan en común sus antecedentes en el derecho romano, sirve para reforzar mi hipótesis y viene a sumarse a la idea de que el contrato de distribución es una sociedad, de la misma manera en que en realidad también lo es la asociación en participación a pesar de estar erróneamente clasificada por la ley mexicana como una asociación mercantil en sentido estricto tan solo porque la ley no reconoce la existencia de sociedades que no generen personalidad jurídica distinta de la de sus socios.

III. LA SOCIEDAD SIN PERSONALIDAD JURÍDICA ENTRE PROVEEDOR Y DISTRIBUIDOR IMPLÍCITA EN EL CONTRATO MODELO DEL CCI

Para realizar el análisis comprendido en este apartado, revisaré aquellas cláusulas del contrato modelo ya analizadas en el primer capítulo, pero ahora desde

⁵¹¹ Dávalos Torres, María Susana, *Manual de introducción al derecho mercantil*, México, Nostra Ediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 109.

la perspectiva de aquéllas de las cuales se desprenda indubitablemente la existencia de una sociedad entre proveedor y distribuidor.

La cláusula 3.10 del contrato modelo establece que cuando las órdenes del distribuidor excedan o simplemente parezca que excederán—y este último detalle es importante— la capacidad del proveedor para cubrirlas, entonces el proveedor deberá notificarlo al distribuidor tan pronto como le sea posible.

Al respecto, Hesselink señala que en caso de tratarse de un contrato con compra exclusiva, entonces esta cláusula será obligatoria pues protege los intereses de un distribuidor que posiblemente se haya vuelto dependiente de la producción del proveedor, como cuando el proveedor ofrece productos “únicos” —alguna innovación patentada o la disponibilidad de modelos específicos próximos a estrenar— y los plazos de entrega son elementos que pueden afectar gravemente a la competitividad intermarca del distribuidor. Hesselink hace notar la importancia del apoyo que se brindan los socios en toda sociedad:

La presente disposición requiere una cooperación real entre las partes. El proveedor que tenga conocimiento de una disminución significativa en su capacidad de suministro debe advertir al distribuidor. Sobre la base de advertencia del proveedor, el distribuidor podrá evitar daños y responsabilidades (por ejemplo, en relación con los pedidos que el distribuidor ya haya aceptado de los clientes). Esta obligación no es excesivamente onerosa para el proveedor. Primero, el proveedor solo está obligado a advertir al distribuidor en el caso de un cambio importante en relación con lo que el distribuidor tenía motivos para esperar. En segundo lugar, el distribuidor no tiene derecho a conocer las razones de la disminución

*ni el distribuidor tiene derecho a recibir una advertencia en relación con una capacidad de suministro que no tenía motivos para esperar*⁵¹².

Aquí la pregunta es evidente: si no hubiera una sociedad ¿por qué motivo tendría el proveedor que advertir al distribuidor en caso de que su capacidad de suministrarle mercancías se vea reducida? La respuesta es obvia y tiene que ver con que toda vez que existe una sociedad, si no cubre los pedidos del distribuidor, el propio proveedor se verá afectado.

Al respecto, cabe señalar además que, de conformidad con los Artículos 1:202 y 1:302 de los Principios Europeos de Derecho Contractual, el aviso que debe dar el proveedor solo será efectivo una vez que llegue al distribuidor, y al evaluar lo que es razonable, se deben tener en cuenta la naturaleza y los propósitos del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de la actividad involucrada⁵¹³, con lo cual se pone en evidencia la sociedad, ya que los Principios señalados buscan que la finalidad que persiguen en común las partes, no se vea afectada.

Esto se aprecia en que el aviso lo debe dar el proveedor tan pronto como tenga conocimiento de que no podrá suministrar lo acordado y deberá darle al distribuidor el tiempo suficiente para reaccionar al respecto y adaptar a la situación

⁵¹² La traducción es mía, el texto original en inglés es el siguiente: *“The present provision requires real collaboration between the parties. The supplier that is aware of a significant decrease in its supply capacity, must warn the distributor. On the basis of the supplier’s warning, the distributor will be able to avoid damage and liability (e. g. in relation to those orders which the distributor has already accepted from customers). This obligation is not unreasonably burdensome for the supplier. First, the supplier is only required to warn the distributor in the case of a major change in relation to what the distributor had reason to expect. Secondly, the distributor is neither entitled to know the reasons for the decrease nor is the distributor entitled to a warning in relation to a supply capacity it had no reason to expect.”* Hesselink, Martijn W., et al., op. cit., p. 272. Este aspecto se encuentra a su vez contemplado en la cláusula 3.10 del contrato modelo: *“3.10 Si las órdenes del Distribuidor de Mercaderías exceden (o si parece que de cualquier estimación o revisión dada por el Distribuidor de que excederá) su capacidad de producción o disponibilidad de inventarios del Proveedor: 3.10.1 El Proveedor notificará tan pronto como sea factible al Distribuidor;”* Centro de Comercio Internacional (CCI). op. cit., p. 109.

⁵¹³ Cfr. Hesselink, Martijn W., et al., op. cit., p. 273.

la demanda de sus clientes⁵¹⁴. Nada de esto se entendería si no existiera una sociedad.

1. Las compras mínimas a cargo del distribuidor y la obligación de asistencia a cargo del proveedor

Este aspecto de las compras mínimas a cargo del distribuidor también es muy importante a la hora de establecer la naturaleza jurídica de este contrato como una verdadera sociedad ya que desde el momento en que se pacta la compra mínima las partes actúan en aras de un recíproco beneficio y asumen ciertas obligaciones.

Tanto al proveedor como al distribuidor les conviene que los dos obtengan sus respectivas ventajas ya que en esa medida se justificará la ejecución continuada del contrato, tal y como sucede en toda sociedad. De hecho, es justamente por tal motivo que para velar por el interés de ambos socios se recomienda regular los diferentes tipos de entrega mediante la utilización de INCOTERMS y medios de pagos seguros.

El hecho de que el contrato modelo por ejemplo remita al INCOTERM FOB –*Free on board* o Franco a bordo, que en la última versión de los INCOTERMS del año 2020 fue sustituido por el FCA *free Carrier* para designar la entrega de mercancías en un lugar de trabajo, ya sea una fábrica, oficinas o un almacén⁵¹⁵— me parece que es otro indicativo de que se trata de una sociedad, toda vez que las reglas que contiene son muy equilibradas ya que quedan repartidas las cargas entre ambas partes: el vendedor proveedor se obliga a transportar las mercancías hasta el puerto de carga acordado y corren por su cuenta los gastos de carga en el buque hasta que estén localizadas en la borda; el comprador distribuidor— queda obligado a su vez a contratar el espacio de carga en el buque y a correr con los gastos y riesgos del correspondiente transporte.

⁵¹⁴ *Idem.*

⁵¹⁵ Cfr. International Chamber of Commerce, *Incoterms...*, cit.

Cabe señalar que estrechamente relacionado con lo anterior está el inventario mínimo de mercancías que se obliga a mantener el distribuidor en virtud de la cláusula 7.3.3 del contrato modelo; inventario mínimo de mercancías es sinónimo de compras mínimas, lo cual es muy útil para el proveedor pues es una manera de asegurarse de que el mercado estará bien atendido y su imagen no resulte afectada, con lo cual queda claro que sí existe una sociedad que se aprecia en la existencia de un mismo fin en común.

Ahora bien, se pacten o no compras mínimas a cargo del distribuidor, el contrato no dejaría de implicar una sociedad que conviene a ambas partes ya que el distribuidor ayuda al proveedor a vender y a posicionar su marca en un territorio determinado, al tiempo que el proveedor lo asiste en su actividad y le vende al distribuidor para que este último comercialice después entre sus propios clientes con un cierto margen de ganancia.

Queda claro entonces que la relación que existe entre proveedor y distribuidor es la de una sociedad en el seno de la cual se generan diversas operaciones de compraventa en las que el proveedor actúa como vendedor y el distribuidor actúa como comprador, además de que ya quedó señalado en párrafos anteriores la manera peculiar en que se distribuyen las utilidades de conformidad con las respectivas aportaciones del proveedor y el distribuidor, aspecto esencial con el que queda debidamente acreditada su existencia.

Resulta interesante en apoyo de mi hipótesis, la posibilidad que abren las cláusulas 3.10.2 y 3.10.3 del contrato modelo de que el distribuidor pueda comprar mercancías a otra persona distinta del proveedor cuando este último no pudiere surtirle por cualquier causa que se lo impidiere, y que incluso debe notificarle al distribuidor. Sería una apertura incomprensible de no tratarse de una sociedad ya que en tal caso no se justificaría bajo ningún esquema que al proveedor le convenga que el distribuidor le compre a otra persona.

Sin embargo, al permitir el suministro cruzado entre distribuidores de una misma red –actuando al amparo de la celebración de sus correspondientes contratos de distribución tal y como ya quedó sobradamente explicado– el proveedor se asegura de mantener la imagen de sus marcas en el territorio al no interrumpirse el abasto.

En mi opinión, el único motivo por virtud del cual al proveedor le conviene permitirle al distribuidor que se siga aprovisionando de mercancías durante el tiempo que él no pueda hacerlo, es porque existe una sociedad entre ambos y no meras compraventas.

Además, tales cláusulas le brindan mucha flexibilidad al proveedor, ya que no incurrirá en incumplimiento en caso de no poder surtir las mercancías, lo cual solamente es comprensible en caso de que la naturaleza jurídica del contrato de distribución fuera la de una sociedad, toda vez que entonces el objeto de las obligaciones a cargo del proveedor sí se entendería como realizar toda una serie de actos que en apoyo a la comercialización del distribuidor, permitan la consecución de tal fin en común.

Adicionalmente, las compras mínimas pactadas a cargo del distribuidor se equilibran con la obligación del proveedor de proporcionarle asistencia. El alcance que debería tener esta obligación de asistencia a cargo del proveedor, entendida en un sentido tan amplio como el que quedó señalado en párrafos anteriores con tan solo el ejemplo de las ferias comerciales internacionales, también quedaría mejor justificado si la distribución se entendiera como un contrato de sociedad, pues en buena medida, el éxito que tenga el distribuidor en sus respectivas ventas dependerá de qué tan eficiente sea la promoción dentro del territorio, actividad que no solamente beneficia también al proveedor, sino que de hecho está obligado a apoyar.

Por último, cabe mencionar que tal y como ya expliqué con anterioridad al profundizar en las obligaciones del distribuidor, sostengo que las compras mínimas a cargo del distribuidor deberían ser obligatorias y no opcionales. Este es justo uno de los puntos que más confusiones generan pues para cierto sector de la doctrina son obligatorias⁵¹⁶, sin embargo, en la práctica se admite que sean opcionales tal y como lo acredita la ya citada cláusula 2.4 del contrato modelo⁵¹⁷.

Considero que este es uno de los criterios que deben unificarse para redondear la naturaleza jurídica del contrato, figura que tiene cláusulas muy típicas como la de las compras mínimas, que define precisamente la existencia de una sociedad entre las partes.

2. La comercialización y el uso de las marcas

En primer lugar, a pesar de que en el capítulo segundo ya se explicó lo que implica usar una marca, con la finalidad de darle contenido a una parte importante

⁵¹⁶ En tal sentido León Tovar, al explicar las cláusulas tipificantes del contrato de distribución, menciona a las compras mínimas, entendidas como obligatorias: *“Cuota mínima. El distribuidor se obliga a adquirir los productos en una cuota mínima mensual o semanal o de otra periodicidad, e incluso suele imponerse al distribuidor la obligación de formular órdenes de compra con cierta anticipación; el principal está obligado a mantener existencias y a suministrarlas siempre que dichas órdenes de compra se encuentren dentro de los mínimos de compra previstas.”* León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 367.

⁵¹⁷ Resulta interesante confrontar este criterio, con el criterio contenido en la cláusula 2.4 del contrato modelo: *“[Opción: Obligación mínima de compra 2.4 Durante cada [año – especificar cualquier otro periodo] de Vigencia el Distribuidor, a menos que se vea impedido por fuerza mayor, ordenará del Proveedor no menos que la cantidad mínima de Mercaderías especificadas en el anexo 2. Si el Proveedor incumple por razón de fuerza mayor o por cualquier otra razón suministrar al Distribuidor con esa cantidad de Mercaderías, la cantidad mínima de Mercaderías para el [año – especificar cualquier otro periodo] en cuestión se verá reducido en la cantidad de Mercaderías que el Proveedor ha incumplido suministrar.”]* Centro de Comercio Internacional (CCI), op. cit., p. 108. Es muy pertinente preguntarse qué postura tiene mayor peso, ¿la doctrina o los contratos modelo? En lo personal, y toda vez que la materia mercantil en buena medida se va formando en la práctica y no en el papel, consideramos que tiene mayor peso el contrato modelo, a pesar de lo cual estimo que, dadas las características tan peculiares del contrato, las compras mínimas deberían ser obligatorias y solamente dejarían de serlo en caso de que el contrato incluya pactos de excepción a la obligatoria exclusividad, pues tal y como ya se dijo a lo largo de esta investigación, compras mínimas con exclusividad es equitativo, pero lo contrario no lo es.

de los derechos del distribuidor, es necesario profundizar sobre este tópico en el presente apartado sin que resulte redundante. Así tenemos que:

Puede decirse que el contenido del derecho sobre la marca se descompone en el derecho al uso exclusivo de la misma, en la posibilidad de transmitirlo y en la prohibición para los demás de usar la marca indebidamente.... El derecho de uso exclusivo es la base de la marca. La marca será reproducida en cualquier forma sobre los productos que vaya a distinguir o amparar. En todo caso, deberán ostentar en forma visible, la leyenda "marca registrada", su abreviatura "marc. Reg." O las siglas "M. R." o el símbolo ®... la ley no prohíbe el uso de las marcas en membretes de cartas, sobres, propaganda, etc., aunque en estos casos su función será bien distinta de la de una marca... El uso deberá hacerse en la forma en que se haya registrado, con modificaciones que no alteren sus características esenciales⁵¹⁸.

Es decir, el distribuidor, desde el momento en que adquiere el derecho de usar las marcas del proveedor, ya que en caso contrario no podría comercializar en el territorio, puede hacer lo mismo que puede hacer el proveedor con sus marcas en los términos señalados en el párrafo transcrito, pero siempre y cuando el distribuidor no altere las marcas propiedad del proveedor.

El distribuidor está facultado para usar las marcas del proveedor sin necesidad de una licencia, aspecto que ya quedó sobradamente explicado pero vuelvo a mencionarlo porque es otro punto que denota la sociedad que existe entre las partes pues toda vez que son socios no es necesaria la celebración de contratos de licencia entre ellos tal y como sí ocurre por ejemplo con el contrato de franquicia.

⁵¹⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 25ª. Edición, México, Porrúa, 2001, pp. 488-489.

El hecho de que no haya licencia no es óbice para que el distribuidor use legítimamente las marcas del proveedor en aras de un actuar congruente y leal a los intereses del proveedor mismo, quien no por nada queda obligado a proporcionar toda la ayuda que el distribuidor necesite para la consecución de la comercialización, como por ejemplo todas las instrucciones publicitarias y promocionales respectivas. Un motivo más en apoyo de mi teoría de que el contrato de distribución internacional de mercancías es una sociedad.

La obligación del distribuidor de proteger la propiedad industrial del proveedor también es un claro indicativo de que el proveedor y el distribuidor son socios, lo cual puede apreciarse en aspectos tales como impedir actos de terceros que puedan ser incongruentes con las marcas del proveedor y por lo tanto afectarlas, notificar al proveedor sobre cualquier infracción a sus marcas incluso si es inminente o si simplemente tiene la sospecha –lo cual denota una clarísima sociedad– auxiliar al proveedor en su defensa ante cualquier infracción o demanda por causa de derechos marcarios o de propiedad intelectual, o conservar la validez y exigibilidad de sus marcas.

En este último supuesto, pensemos por ejemplo en el caso contemplado en el Artículo 235 de la LFPPI que señala lo siguiente:

Si una marca no es usada durante tres años consecutivos en los productos o servicios para los que fue registrada, procederá la caducidad del registro, o en su caso, la caducidad parcial relativa a los productos o servicios que no se encuentren en uso, salvo que su titular o el usuario que tenga concedida licencia, la hubiese usado durante los tres años consecutivos inmediatos anteriores a la presentación de la solicitud de declaración administrativa de caducidad, o que existan circunstancias surgidas independientemente de la voluntad del titular de la marca que constituyan un obstáculo para el uso de la misma, tales como restricciones a la importación u otros requisitos

gubernamentales aplicables a los bienes o servicios a los que se aplique la marca.

Del Artículo transcrito se desprende lo importante que es que el distribuidor use las marcas del proveedor, ya que como en mi opinión, tal y como lo expuse en el primer capítulo, el contrato no requiere el otorgamiento de licencias marcarias dada su propia naturaleza de sociedad, el distribuidor es un verdadero defensor de los intereses del proveedor ya que en la práctica existen *cazadores marcarios* que de hecho se dedican a detectar marcas en desuso para solicitar la cancelación de su registro ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para posteriormente adueñarse de ellas solicitando entonces el registro a su propio nombre.

Esta defensa de la propiedad industrial del proveedor que lleva a cabo el distribuidor pone en evidencia la existencia de una sociedad ya que si el proveedor pierde sus derechos marcarios ese hecho afectaría al distribuidor al no poder comercializar en su territorio aquellas marcas cuyo registro perdió el proveedor por falta de uso.

Estrechamente relacionada con el tema de la propiedad industrial está la actividad de comercialización a cargo del distribuidor y que también denota la existencia de una sociedad entre las partes:

*Dependerá de las ventajas competitivas que se deseen mostrar, es decir, las fortalezas de la empresa, así como de los últimos avances sobre los que se quiera informar o los nuevos productos que se oferten al mercado. Una de las principales ventajas de las ferias es la posibilidad de presentar y recibir unas primeras opiniones sobre las novedades y los últimos productos desarrollados, incluso de los prototipos. Se ha de tener en cuenta también lo que el visitante espera encontrar*⁵¹⁹.

⁵¹⁹ Peña Andrés, Cristina, *Cómo participar en ferias comerciales*, Barcelona, Marge Books, 2017, pp. 288

Todo ello lleva al objetivo en común que es la satisfacción del cliente, concepto comercial que se logra a partir de mucho trabajo por parte del distribuidor, quien debe dar a conocer las mercancías entre sus clientes y hacerles ver las posibilidades de satisfacer sus necesidades a partir de formarles toda una serie de expectativas que derivan de que todo ese trabajo es consecuencia de un objetivo principal que es lograr clientes fieles a las marcas del proveedor, de lo cual se encarga el distribuidor, como socio suyo que es.

Esa lealtad derivada como consecuencia de la comercialización del distribuidor es indicativa de una sociedad ya que el distribuidor no se limita a vender, sino que adiciona a toda la operación comercial que lleva a cabo, el valor añadido de la lealtad de los clientes.

Dicho valor añadido beneficia también al proveedor y se logra, entre otras actividades, a través del servicio de posventa que presta el distribuidor⁵²⁰.

3. La obligación recíproca de informar

Esta obligación por supuesto que también revela la existencia de una sociedad, aunque ya se vio que puede dar lugar a los desbalances que puede llegar a generar la cláusula 7.4 del contrato modelo pues ya se señaló que somete al distribuidor a un escrutinio fuerte por parte del proveedor, quien queda facultado para exigirle llevar registros completos y detallados con toda la información pertinente tanto del modelo de negocio como de su clientela.

Tal poder de inspección se incrementa en la cláusula 7.4.2 posterior que faculta al proveedor a solicitar además mensualmente un informe en la forma que este pueda razonablemente requerir, de todas las ventas de las mercancías

216-217.

⁵²⁰ Cfr. Izquierdo Carrasco, Francisco Alfonso, *op. cit.*, p. 131.

realizadas en el mes previo y que contendrá toda la información adicional que el proveedor pueda estimar necesaria de manera razonable.

El interés del proveedor en revisar la contabilidad, archivos, cuentas, libros y demás registros contables del distribuidor que muestren todas las cotizaciones, presupuestos y transacciones que este último lleve a cabo con motivo de la comercialización es una muestra de la supervisión que ejerce sobre la actividad del distribuidor toda vez que, aunque es una actividad independiente, sí repercute eventualmente en el proveedor.

Resulta indudable entonces la existencia de la tan referida sociedad, pues todas estas cuestiones que expongo sí se presentan en la práctica independientemente de que la ley no contemple la existencia de sociedades que no generen personalidad jurídica.

Tales niveles de verificación por parte del proveedor no se explicarían si no se tratara de una sociedad, precisamente por ser el distribuidor un comerciante independiente. Es algo propio de una sociedad en la que, si le va mal a uno de los socios, todos salen perjudicados.

La obligación del distribuidor de informar al proveedor no termina en lo anterior. Por el contrario, es tan esencial al contrato que la encontramos comprendida en diferentes partes del clausulado donde podemos apreciar que, si bien es cierto que el deber de informar contenido en el contrato importa una carga mayor para el distribuidor, también es verdad que este último obtiene cierto equilibrio al poder exigir al proveedor la asesoría y el apoyo necesario para cumplir con las actividades que al final favorecen a ambos.

La necesidad de equilibrar los deberes de información es obvia en la distribución, no solamente por tratarse de una sociedad sino por las características del contrato que se traducen en una posible posición de debilidad para un

distribuidor que debe estar al tanto de un mercado impredecible, así como de todo lo relacionado con las mercancías que queda obligado a distribuir bajo un esquema que lo obliga a dar información al proveedor sobre el mercado, las operaciones y el modo de hacer la distribución, quedando además sujeto a que el proveedor pueda incluso examinarlo contablemente; detalle que se encuentra en alguna forma de manera análoga, establecido en el caso de la asociación en participación en el Artículo 47 de la LGSM que señala a la letra lo siguiente: *“Los socios no administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de los administradores, y tendrán derecho de examinar el estado de la administración y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes.”*

Como muestra del equilibrio informativo tenemos que en el contrato está planteado por ambas vías, esto es, proveedor y distribuidor. Así tenemos que, toda vez que el proveedor puede realizar modificaciones en las mercancías, queda obligado por consiguiente a informar oportunamente al distribuidor acerca de los cambios que pretenda realizar. Es decir, debe hacerlos del conocimiento del distribuidor *antes de realizarlos*, lo cual también indica una clarísima sociedad.

Entonces, este control ejercido por el proveedor no puede eliminarse en su totalidad a pesar de que el distribuidor sea un comerciante completamente independiente, por tratarse de una sociedad, y porque este aspecto forma parte esencial del contrato de distribución de mercancías y lo diferencia de otros contratos, como, por ejemplo, el de suministro.

Dada la sociedad, el proveedor sí puede llegar al grado de sugerirle al distribuidor cómo manejar su negocio, pues un mal manejo afectaría a ambos asociados y resultaría absolutamente incomprensible en caso de no estar vinculados por una sociedad.

Sobre esta sugerencia de cómo manejar el negocio, Hesselink señala que toda vez que el distribuidor es un comerciante independiente, es libre de fijar los precios cobrados por los productos, sin embargo, la práctica demuestra el uso recurrente de cláusulas de fijación de precio de venta, por las que el distribuidor se obliga frente al proveedor a mantener un cierto nivel de precios al distribuir los productos⁵²¹, aspecto que a todas luces lo caracteriza como mucho más que un simple revendedor y pone en evidencia su sociedad.

De hecho, Hesselink la sugiere abiertamente cuando señala que la obligación a cargo del proveedor de proporcionar información al distribuidor se debe al altísimo grado de colaboración que existe entre las partes⁵²², lo cual no se entendería si vemos al distribuidor como un mero revendedor, pero sí se explica desde la óptica de una sociedad.

Otro ejemplo de lo que yo llamaría *control consensuado*, justamente porque sí son socios, lo tenemos en la opción comprendida en la cláusula 3.11 en caso de acordarse compras mínimas, de que el distribuidor someta al proveedor un reporte escrito especificando la cantidad total de mercancías que haya recibido de cualquier otro proveedor una vez terminado el plazo pactado para ello y que denota un alto grado de control por parte del proveedor.

Lo anterior revela un grado de intervención muy elevado por parte del proveedor y que no se entendería de no ser una sociedad si tomamos en cuenta la autonomía que caracteriza al distribuidor.

⁵²¹ Cfr. Hesselink, Martijn W., *et al.*, *op. cit.*, p. 270.

⁵²² Cfr. *Ibidem*, p. 268.

4. Es un contrato *intuitu personae*

Primero hay que señalar que la característica personalísima del contrato de distribución emana del hecho de que es una sociedad de personas, en oposición a las sociedades de capital, lo cual se traduce en que hay un motivo por el cual el proveedor elige a determinado distribuidor y no a otro, característica que está implícita desde la cláusula primera del contrato modelo al señalar que el nombramiento del distribuidor deviene de que el proveedor lo designa como el distribuidor del proveedor para la reventa de mercaderías en el territorio durante la vigencia del contrato.

Evidentemente lo elige por encima de otros potenciales distribuidores, dadas las características que pueda tener en atención a la eventual comercialización que llevará a cabo de su territorio.

Es decir, la elección se da “*con base en el factor subjetivo de consideración personal*”⁵²³ que reside en el hecho de que el distribuidor elegido conoce el territorio comercial al que quiere llegar el proveedor, además de que ejerce actividades comerciales en tal territorio en el que tiene adicionalmente, a sus propios clientes, todo lo cual está implícito en esa relación de confianza que surge entre el proveedor y el distribuidor y que tanto se asemeja a la *affectio societatis*.

La similitud con la *affectio societatis* es clara pues lo esencial es justamente el consentimiento que se da entre proveedor y distribuidor dadas las características del distribuidor que resultan convenientes para el proveedor. Es el mismo consentimiento que en el contrato de sociedad genera ese vínculo constante y duradero a que hace referencia el lenguaje justiniano de la *affectio* o *animus*

⁵²³ Carvalho Betancur, Javier Alonso, *Patrimonio de las sociedades comerciales: tratamiento contable*, 2ª. Edición, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2013, p. 218. Sobre la diferencia entre sociedades de personas y sociedades de capital: *Idem*.

societatis o *contrahendae societatis* y de *habere tractatum*⁵²⁴. No por nada esta idea de *affectio*, que ha de entenderse como la confianza entre los socios, la vemos también presente en la *affectio maritalis* como el elemento subjetivo de esa otra sociedad que también es el matrimonio⁵²⁵.

Todas estas son características personalísimas que denotan la existencia de una sociedad de personas, tomando en consideración que tal forma de asociación –entendida aquí esta palabra en sus términos genéricos– no excluye la existencia de capital⁵²⁶ y, por lo tanto, de fines de lucro.

Es decir, toda vez que el proveedor elige al distribuidor por toda una serie de características personales que hacen que sea muy conveniente para sus intereses, pues el distribuidor ya cuenta con un mercado y clientes propios en el territorio, se le está dando mayor importancia al factor personal –sociedad de personas– por encima del aporte de capital –asociación de capital.

El distribuidor no aporta capital como en las asociaciones *intuitu rei*, sino una serie de características que pueden beneficiar al proveedor a la hora de posicionar sus marcas en un territorio comercial determinado, al tiempo que el distribuidor también se beneficia dada la sociedad existente, de precios de compra preferenciales a su favor, con lo que obtendrá su ganancia al comercializar después las mercancías entre sus clientes.

De todo lo señalado con anterioridad, se desprende que el contrato de distribución sí es una sociedad, característica reforzada por el hecho de que, como toda sociedad, es un contrato *intuitu personae* en el que el distribuidor es elegido por el proveedor precisamente por cumplir con una serie de características que le permitirán una distribución exitosa en un territorio.

⁵²⁴ Cfr. Iglesias, Juan, *op. cit.*, p. 449.

⁵²⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 567.

⁵²⁶ Cfr. Carvalho Betancur, Javier Alonso, *op. cit.*, pp. 219-220.

Asimismo, tal y como ya se señaló, es importante que se garantice al distribuidor una indemnización por clientela, pues ante la terminación del contrato es el distribuidor la parte que corre el riesgo de tener que asumir consecuencias mucho más onerosas por ser quien más inversiones realizó, motivo por el cual la doctrina habla de este resarcimiento por clientela, a pesar de lo cual lo común es que la única indemnización consista en la recompra por parte del proveedor.

Aunado a lo anterior, toda vez que se trata de una sociedad el contrato no ofrece posibilidad de cesión o subcontratación de derechos contractuales, aspecto que nos remite a la cláusula vigésima del contrato modelo que señala que no está permitido sin la autorización de la contraparte, hipotecar, gravar o de cualquier forma transferir, negociar o crear fideicomisos sobre cualquier de los derechos contractuales.

5. La supervisión que ejerce el proveedor

Si bien es cierto que el distribuidor actúa en general con bastante libertad pues es independiente y no está sujeto al rígido control del proveedor, al ser una sociedad tenemos que dentro de esa independencia sí existe el ya señalado nivel de supervisión por parte del proveedor y que no se entendería ni se justificaría de no tratarse de una sociedad en la que sus facultades sí pueden llegar al grado de indicarle al distribuidor cómo manejar su negocio, en beneficio de ambos.

Ya señalé que tal nivel de revisión por parte del proveedor lo encontramos presente a lo largo de todo el clausulado, y en ocasiones se presenta bajo la forma de sugerencias o consejos para que el distribuidor lleve a cabo su actividad de comercialización, como es el caso que se presenta cuando, en virtud de la cláusula 7.3.5, el distribuidor deba asegurar a su costa las mercancías que va a comercializar una vez que se encuentra en sus inventarios por un valor equivalente a por lo menos un reemplazo.

Esta obligación de asegurar la mercancía inventariada es más bien un consejo que el proveedor le da al distribuidor, y que se entiende desde la perspectiva de la obligación del distribuidor de comercializar las mercancías, lo cual pudiera verse afectado si se pierden y no estaban debidamente aseguradas.

A veces, en vez de consejos o sugerencias, el clausulado del contrato modelo permite llegar al común acuerdo, con lo que se ve reforzada mi teoría de que es una sociedad ya que en caso de no serlo serían verdaderas imposiciones sin la posibilidad de pacto en contrario.

Tal es el caso, por ejemplo, de la alternativa opcional contenida en la cláusula 1.6, que denota puro control por parte del proveedor al prohibírsele al distribuidor que venda ninguna de las mercancías a través de agentes de ventas o subdistribuidores sin contar para ello con el previo consentimiento por escrito del proveedor, quien dado el caso no podrá negar ni retrasar tal consentimiento.

Dicha cláusula confirma el carácter *intuitu personae* del contrato dado que es una sociedad pues se entiende que si se le prohíbe al distribuidor comercializar con sus respectivos intermediarios es porque se le eligió por sus respectivas características para hacerlo.

6. La prórroga del contrato

Ya se analizó también que, de conformidad con su cláusula décima segunda, el plazo del contrato modelo podrá ser determinado, usualmente cinco años, o indefinido pues admite la tácita reconducción en caso de que al finalizar el plazo previsto el proveedor y el distribuidor decidieren continuar con sus actividades a menos que se dé por terminado antes.

Con lo anterior se comprueba que se trata de un contrato de larga duración, característica propia de una sociedad en la que es común el hecho de no pactarse

una duración determinada y por lo tanto se pueda finalizar ante una justa causa de resolución mediante un preaviso previamente pactado en el contrato.

La temporalidad también indica una sociedad:

ASOCIACIÓN TEMPORAL: modalidad de cooperación entre empresas que tienen por objeto realizar una o varias operaciones determinadas. La constitución de una asociación de este tipo debe vincularse con la ejecución de un pedido concreto que puede ser un trabajo, un servicio o un suministro. Su duración dependerá de la ejecución de las tareas. Éstas deberán efectuarse en forma mancomunada; cada empresa aportará prestaciones. Es decir, no hay subcontratación. Aquí ninguna empresa trabaja por cuenta de la otra⁵²⁷.

La duración continuada apoya la hipótesis de que el contrato de distribución es en realidad una sociedad pues cuando tal existe, a los socios les interesa la consecución del fin que tienen en común en lugar de directamente abrir todo tipo de posibilidades para demandarse entre ellos.

La idea que prevalece a lo largo de todo el contrato modelo es a limitar, e incluso excluir, responsabilidades pues establece prácticamente a lo largo de todo su clausulado la tendencia a ofrecer a cualquiera de las partes que incurra en incumplimiento la oportunidad de enderezarlo antes de optar por la resolución.

Ya en caso de que el incumplimiento persista y no sea enmendado, se podrá rescindir; se puede entender que el contrato implica la posibilidad de una serie de incumplimientos no graves que de conformidad con los Principios de UNIDROIT se

⁵²⁷ Casado, María Laura, *op. cit.*, p. 50. Recordemos que la distribución, como sociedad que es, es también una forma asociativa en sentido amplio.

refieren a incumplimientos excusables o retrasados como, por ejemplo, la demora en un cumplimiento por causa de fuerza mayor:

En este sentido la redacción de los Principios de UNIDROIT (Art. 7.7.1), en donde se utiliza el término non-performance, puede ayudarnos, pues se refieren a estos dos tipos de incumplimiento como «incumplimiento esencial» por una parte e «incumplimiento excusable» o «incumplimiento retrasado», por otra⁵²⁸.

Brindar la oportunidad de corregir es prácticamente un sinónimo de sociedad, lo cual puede apreciarse en la cláusula 3.3 que señala que el incumplimiento por parte del proveedor a surtir alguna orden de mercaderías realizada por el distribuidor, se considera que no es un incumplimiento pues cada orden de mercancías es tomada como un contrato separado cuyo incumplimiento no da derecho a terminar la totalidad del contrato.

Al no permitir directamente al distribuidor rescindir el contrato, se está tomando el supuesto como una especie de incumplimiento menor, y ello es así porque se trata de una sociedad ya que en caso contrario muy seguramente sí sería una causa de terminación por causas imputables al proveedor.

7. La obligación del proveedor de responder por la calidad de las mercancías

Otro elemento que muestra que se trata de una sociedad, pues lo que ambas partes realicen repercute en la imagen de la empresa, aspecto que puede tanto beneficiar como perjudicar a ambos por igual.

⁵²⁸ Borja Albi, Anabel, *op. cit.*, p. 48. Incumplimiento retrasado es una mala traducción; me parece que hablar de retraso o demora en el cumplimiento sería más correcto.

Ya especifiqué en su momento, al tratar el tema de la obligación a cargo del proveedor de brindar al distribuidor apoyo y entrenamiento, el contenido de la cláusula octava del contrato modelo que ya quedó debidamente transcrita y analizada con anterioridad y que precisamente obliga al proveedor a apoyar al distribuidor en términos de cualquier mercancía defectuosa.

Si no fuera una sociedad, el proveedor no tendría por qué asumir tal obligación tomando en consideración que el distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia.

8. La exclusividad

El tema de la exclusividad, tema que también ya quedó debidamente desarrollado, debe retomarse de nuevo en este apartado sin que ello deba considerarse redundante pues viene a justificar mi hipótesis de que el contrato de distribución es una sociedad e incluso hasta se vuelve necesario verlo así por los motivos que expongo a continuación:

Las cláusulas de prohibición de competencia entre el proveedor y el distribuidor suelen verse como una posibilidad de abuso por parte del proveedor como parte dominante del contrato, por encima de un distribuidor que siendo independiente en realidad está sujeto a las instrucciones⁵²⁹ del proveedor, lo cual en cierta medida se justifica en todo contrato de sociedad en el que la actividad de las partes contratantes repercute en ambas; tenemos que entonces podemos

⁵²⁹ El distribuidor deberá seguir las instrucciones razonables del proveedor para asegurar la apropiada distribución de las mercancías y mantener la reputación de sus signos distintivos con lo que se busca balancear dos intereses: el del distribuidor por lograr sus metas a través de una política de independencia comercial y el del proveedor, que busca una presentación y distribución uniforme y profesional, de sus mercancías en el mercado. En los casos de distribución selectiva, dar instrucciones a los distribuidores autorizados no solo es un derecho del proveedor, sino también su obligación en aras de mantener la calidad. Sin embargo, esta cláusula también toma en cuenta los intereses de autonomía del distribuidor, aunado a que no obliga al distribuidor a seguir cualquier tipo de instrucciones del proveedor, sino solo aquellas que sean razonables y relevantes en relación con la operación del contrato y hasta donde sean razonables.

pensar en ambos como socios que se auxilian entre sí, de la misma manera en que un agente actúa como auxiliar.

Tan es así que en el comercio se conoce a estos contratos como distribución integrada, en los términos ya señalados en el primer capítulo. Xavier Ginebra lo reconoce cuando señala que en la distribución el distribuidor no es auxiliar *al menos en teoría*⁵³⁰. Considero que ese *al menos en teoría* que menciona Ginebra se debe a un detalle ineludible: a pesar de ser independientes sí hay interdependencia entre proveedor y distribuidor; a pesar de no ser auxiliares, son socios pues al unirse para comercializar mercancías en un territorio, se benefician de lo que de ello resulte.

Muy pertinente lo que en este sentido señalan Sanromán Aranda y Cruz Gregg al afirmar que son auxiliares mercantiles tanto aquellas personas que dependen directamente del comerciante, como aquellos que no dependen de él, pero cuya intervención en el comercio lo benefician⁵³¹, lugar en el cual debe ubicarse a los proveedores y a los distribuidores.

La exclusividad en el contrato de distribución no puede entonces verse como un indicio de posibles abusos pues en una sociedad no hay posiciones dominantes, sino que cada socio contribuye al fin común para lo cual es normal que se auxilien entre sí.

⁵³⁰ Me parece importante transcribir la cita completa para mayor claridad: *“En relación con el derecho de control de concentraciones, el problema de la validez de la cláusula de exclusividad, desde la óptica de los efectos de las concentraciones sobre la competencia, estriba en que mientras el agente es considerado como un auxiliar del empresario, y por tanto, como parte del mismo, en el contrato de distribución y el de franquicia no se da dicha situación –al menos en teoría– en virtud de que el distribuidor es un empresario independiente que asume por su cuenta y riesgo los resultados de las operaciones.”* Cfr. Ginebra, Xavier, *op. cit.*, p. 166.

⁵³¹ Cfr. Sanromán Aranda, Roberto y Cruz Gregg, Angélica, *Derecho corporativo y la empresa*, 2ª. Edición., México, Cengage Learning Editores, 2015, p. 44.

Ser una especie de auxiliar se traduce en cierto modo en ser parte de algo, y con ello, a la unidad económica. Ambos socios contribuyen al mismo fin del cual se benefician. Sigue diciendo Ginebra:

[s]in embargo en la medida en que existan disposiciones contractuales que limiten la autonomía comercial del distribuidor, se daría de facto, una situación muy similar a la existente en el caso del contrato de agencia, lo que colocaría en una situación de dependencia hacia el concesionario y que podría llegar a constituir un caso de concentración vertical de empresa⁵³².

Esta interdependencia se entiende muy bien entendiéndola como producto de una sociedad en la que ambas partes se auxilian entre sí para lograr el fin común, lo cual explica que sí existe una cierta unidad entre las partes pues efectivamente integran una sociedad; de hecho, el que el distribuidor tenga que seguir determinadas instrucciones del proveedor denota cierta unidad económica.

Así como por una parte existe una independencia que caracteriza al distribuidor, por otra parte, también existe una dependencia propia de un socio por parte del proveedor hacia el distribuidor y que vemos actualizada en la obligación del proveedor de asistirlo y de ayudarlo en la comercialización.

Es común encontrar en la doctrina la expresión de una independencia jurídica pero no económica⁵³³, o independencia económica o fáctica o interdependencia, y esa interdependencia es la manera correcta de entender la relación entre proveedor y distribuidor pues permite entonces que el pacto de exclusividad no genere problemas de competencia pues deriva de una sociedad, detalle que concede una

⁵³² Ginebra, Xavier, *op. cit.*, pp. 166-167.

⁵³³ Aunque cabe señalar que hay distribuidores que llegan a ser vitales para un proveedor, como por ejemplo un distribuidor de cervezas mexicanas en el mercado de Estados Unidos. En tal caso sí vemos una dependencia económica del proveedor hacia el distribuidor.

cierta unidad entre el proveedor y un distribuidor independiente, o lo que Galgano identifica como unidad combinada con pluralidad⁵³⁴:

Me doy cuenta de la dificultad conceptual al enfrentar el tema de los grupos, que consiste en comprender cómo la unidad puede, en esta materia, coexistir con la pluralidad, cómo la unidad del grupo puede combinarse con la pluralidad de las sociedades que lo componen. A esta dificultad se substraía buena parte de la doctrina anterior a la reforma rechazando, pura y simplemente, el primer término del dilema. Negaba relevancia jurídica a la relación de grupo entre varias sociedades. Por otra parte, no veía en el grupo más que una pluralidad de sociedades, cada una ejerciendo una propia y distinta empresa, de ningún modo reconstituibles [sic] en unidad. Lo que concedía, como mucho, era que el grupo fuera una unidad en sentido económico; advertía, sin embargo, que desde el punto de vista jurídico no había ninguna unidad⁵³⁵.

Sobre la exclusividad cabe señalar que cuando corre a cargo del proveedor en favor de sus distribuidores, no incluye el comercio electrónico ya que dentro de las jurisdicciones comerciales de los que integran la red sí puede publicitar y vender sus mercancías a través de Internet a cambio de cubrir a sus distribuidores una especie de compensación del diez por ciento llamada comisión; mi sugerencia sería llamarla compensación para no caer en confusiones con el contrato de comisión, además de que el distribuidor no es un representante:

1.4 El Proveedor se reserva el derecho de publicitar y vender sus mercancías (incluyendo las Mercancías a través de su página de Internet (actualmente www [especificar nombre de dominio]) a clientes en el Territorio [pero el

⁵³⁴ Si bien es cierto que con ello el autor hace referencia a grupos empresariales como los *holdings*, el paralelismo me parece muy justificado y pertinente.

⁵³⁵ Galgano, Francesco, *Los grupos societarios: dirección y coordinación de sociedades*, 2a. Edición, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012, p. 45.

Proveedor pagará al Distribuidor una comisión del [diez (10) % – especificar cualquier otra suma] sobre el valor neto de las ventas recibido por el Proveedor por cualquier venta de las Mercancías vendidas a través de su página de Internet a clientes dentro del Territorio [– a suprimirse si no es apropiada]⁵³⁶.

Si bien es cierto que la cláusula anteriormente transcrita es opcional en el contrato, en mi opinión es un supuesto que debería ser eliminado porque en caso de incluirse eventualmente puede generar graves desequilibrios entre las partes.

Toda vez que considero que la exclusividad es un elemento esencial del contrato –que puede admitir pactos a favor del proveedor tal y como ya señalé en el capítulo segundo–no debe haber excepciones a tal exclusividad, salvo que se pacten expresamente para el caso de que el proveedor pueda hacer ventas por internet.

El mencionado texto de Jarne Muñoz identifica muy bien el potencial problema inequitativo que esto representa⁵³⁷, sin embargo, difiero con el autor pues según él el espíritu del contrato es una distribución indirecta y yo defendiendo la postura opuesta, tal y como ya especifiqué con anterioridad. No hay ni distribución ni venta indirecta del proveedor a los clientes finales pues el proveedor realiza una venta en firme al distribuidor y este último comercializa esa propiedad adquirida, entre sus

⁵³⁶ *Idem.*

⁵³⁷ “Si atendemos a la realidad de las redes de distribución integradas resulta habitual que el cabeza de red se reserve la facultad de aprovisionar de modo directo a determinados clientes. A pesar de que este proceder parece contradecir el espíritu de la distribución indirecta [...]” Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 152. El autor identifica el supuesto de que el proveedor venda por internet dentro del área del distribuidor como una excepción a la exclusiva territorial a la que se obliga el proveedor –que aclara, es un supuesto que obedece a una realidad que efectivamente sí se da en el comercio con las llamadas cláusulas de reserva de clientes, pero que yo considero que no debe darse pues ya expuse en líneas anteriores que el surtido directo del proveedor a los clientes finales, esto es, realizado sin la intervención del distribuidor, es completamente contrario a ese espíritu de la distribución.

propios clientes. Hay una venta directa del proveedor al distribuidor y las ventas del distribuidor a sus clientes, nada más.

Darle al distribuidor una compensación, que además es meramente un diez por ciento, definitivamente no elimina todas las contingencias a las que se le expone con este tipo de cláusulas, ya que se desequilibra la balanza con excepciones en favor del proveedor sin tomar en consideración que muy probablemente repercutirán de manera negativa en la actividad del distribuidor al dificultarle el cumplimiento de unos objetivos de los que no queda relevado.

Entonces, la exclusividad no debe admitir en el contrato ningún tipo de excepciones porque permitirlo está generando desequilibrios en la práctica y porque es contrario a la esencia del contrato de distribución. Además, la exclusividad es un elemento bilateral y ha de favorecer tanto al distribuidor con un abastecimiento exclusivo dentro de su área comercial, como al proveedor con la exclusiva de tal abastecimiento.

9. El precio de comercialización

El precio de comercialización apoya mi posición con respecto a que el precio final al que venderá el distribuidor a sus clientes –que identifico como precio de comercialización para diferenciarlo del precio de compra al que adquiere los productos del proveedor– puede estar definido en el contrato, o bien, dejado de común acuerdo a la libre decisión del distribuidor, para lo cual cabe señalar que solo el proveedor conoce los costos involucrados en sus productos y solo el distribuidor conoce todos los factores que influyen a la hora de determinar los precios en el mercado, tales como modas, presiones políticas, conflictos bélicos, especulación, fenómenos naturales, desequilibrio de mercados financieros, cambios tecnológicos, competencia de sectores y productos⁵³⁸.

⁵³⁸ Cfr. Casanova Montero, Alfonso Rafael y Zuaznábar Morales, Ismael Ricardo, *op. cit.*, p. 97.

Por tales motivos, y porque se trata de una sociedad, el distribuidor, dentro de su independencia, podrá tomar en cuenta para tal efecto las indicaciones adicionales que le brinde el proveedor.

La falta de libertad que tienen ambas partes para fijar cada una por sí sola el precio final al que se venderán las mercancías en el territorio se debe a que como sí hay una sociedad, a ambas partes les conviene fijar un precio de venta al público que sea competitivo⁵³⁹ y esa característica requiere la aprobación de ambos ya que el proveedor conoce bien la calidad y costo de su mercancía y el distribuidor conoce bien el mercado donde la va a vender.

Entonces, el distribuidor es independiente; independencia que no excluye la validez de un cierto nivel de supervisión por parte del proveedor, como ya se analizó, y que indica una sociedad.

El precio de comercialización es un indicativo de sociedad pues su correcta fijación está directamente relacionada con la calidad de las mercancías, calidad que depende del proveedor pues tener precios competitivos debe complementarse con la calidad para lograr la fidelidad de la clientela y de esa manera ampliar el mercado sobre la base de la satisfacción⁵⁴⁰. Es sin lugar a duda, un aspecto más que denota que la actividad de uno depende de la actividad del otro, además de beneficiarse mutuamente.

Por tales motivos, y porque se trata de una sociedad, el distribuidor, dentro de su independencia, podrá tomar en cuenta para tal efecto las indicaciones adicionales que le brinde el proveedor a la hora de fijar los precios de comercialización, en el entendido de que, ya sea que ambas partes fijen el precio

⁵³⁹ Palabra importante porque marca la naturaleza de ese precio, misma que es esencial en este contrato y que tomo prestada de: Cfr. Ladrón de Guevara, Miguel Ángel, *op. cit.*, p.137.

⁵⁴⁰ Cfr. Pérez León, Eva María (coord.), *Atención al cliente en el proceso comercial: operaciones administrativas comerciales*, Bogotá, Ediciones de la U, 2019, p. 35.

de venta final o que ambas partes tomen el acuerdo de que lo fije el distribuidor, hay un acuerdo tomado por ambos socios al respecto.

10. La publicidad y promoción

Otra característica de una sociedad la encontramos con relación a las mercancías ya que el distribuidor solamente tiene permitido usar la publicidad, material de marketing y promocionales previamente aprobados por escrito por el proveedor. Nuevamente, esto no sería comprensible de no tratarse de una sociedad, dada la autonomía del distribuidor.

Asimismo, el proveedor se obliga a asistir al distribuidor en este rubro. El alcance que debería tener esta obligación de asistencia a cargo del proveedor, entendida en un sentido tan amplio como el que quedó señalado con tan solo el ejemplo de las ferias comerciales internacionales, quedaría mejor justificado si la distribución internacional se entendiera como un contrato de sociedad, pues en buena medida, el éxito que tenga el distribuidor en sus respectivas ventas dependerá de qué tan eficiente sea la promoción dentro del territorio, actividad que no solamente beneficia también al proveedor sino que se obliga a apoyar.

Otro detalle derivado de este rubro, indicativo de una sociedad entre proveedor y distribuidor, lo encontramos en que los gastos que esta actividad implica son compartidos entre ambas partes: *“[e]n el contrato de distribución se establece que los costos de publicidad o promoción sean compartidos por las partes en los términos y condiciones que para cada caso se establezcan.”*⁵⁴¹ Y sigue señalando la tratadista que el proveedor está obligado a brindar apoyo: *“El distribuidor [sic] debe participar con el distribuidor en los apoyos de tipo promocional y publicitario, de conformidad con las condiciones que se pacten al establecer las*

⁵⁴¹ León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 369.

*modalidades de las políticas de ventas.*⁵⁴² Este detalle sería en mi opinión incomprensible si no existiera una sociedad entre ambos.

11. El plan de negocios

Por último, con relación al contrato modelo analizado, el hecho de que gire en torno a un eje central identificado como “plan de negocios” en el que las partes contemplan pactos que abarcan toda una serie de cuestiones que van más allá de las compraventas que celebran, es un indicativo muy claro de la existencia de una sociedad y considero que de hecho el plan de negocios tiene mucha similitud con el objeto social.

El distribuidor se obliga a comercializar y promover las mercancías de acuerdo con un plan de negocios aprobado por ambas partes que contiene una serie de acuerdos relacionados con los precios y las condiciones a las que se sujetará el distribuidor para vender las mercancías a sus propios clientes. Esto supone diversas obligaciones de hacer, como organizar eventos, hacer propaganda y presentaciones.

El hecho de que el distribuidor, a pesar de ser independiente deba seguir un plan trazado consensuadamente con el proveedor, habla de que ello es así toda vez que el distribuidor debe actuar también en beneficio del proveedor, un detalle más que indica que se trata de una sociedad.

Me parece muy destacable mencionar que en mi investigación en fuentes jurídicas no encontré ninguna en apoyo, ni siquiera veladamente, de la existencia de una sociedad en el contrato de distribución a pesar de las evidencias anteriores que denotan la existencia de una sociedad en las actividades entre proveedores y distribuidores, lo cual acredita que es una realidad que efectivamente sí se está

⁵⁴² *Ibidem*, p. 371.

presentando en el ámbito mercantil a pesar de lo cual el Derecho se resiste a contemplarla.

Pienso que quizá se deba a que no se desea crear vínculos laborales de ningún tipo entre proveedor y distribuidor; o tal vez, porque como señala Jarne Muñoz:

*[...] la realidad muestra que son muchos los obstáculos a los que han de hacer frente los textos prelegislativos en la materia. La fuerte oposición de intereses que encontramos entre fabricantes y distribuidores y el notable poder de presión que sus asociaciones han demostrado tener dificultan una y otra vez cualquier intento de alcanzar el consenso en cuestiones claves como la fijación de los objetivos comerciales o la problemática del stock sobrante tras la extinción del contrato, por citar algunos puntos de fricción clásicos [...]*⁵⁴³.

Pero cualquiera que sea el motivo, lo cierto es que el Derecho a nivel internacional está ignorando tal realidad contribuyendo a que tan generalizada práctica comercial genere confusiones y, por lo tanto, inseguridad jurídica.

El texto de comercio que con mayor claridad denota la existencia de la mencionada sociedad es el siguiente:

Los acuerdos entre empresa e intermediarios suponen de por sí una motivación para estos últimos. Sin embargo, puesto que la empresa no vende únicamente a través de los intermediarios, sino que además les vende a ellos, ésta deberá estimularles. En este sentido, las empresas en las relaciones con sus intermediarios pueden optar ante dos posturas: una en la que consideran

⁵⁴³ Jarne Muñoz, Pablo, *Algunas consideraciones...*, cit., p. 76.

a sus intermediarios como meros clientes y otra que implicaría tener una relación de «socios»⁵⁴⁴.

De conformidad con el párrafo transcrito, la evidencia de una sociedad es más que notoria pues el distribuidor no es un mero cliente para el proveedor ya que su interés en la labor que este último lleva a cabo trasciende por mucho ese tipo de relación, llegando a ejercer un nivel de revisión que se equilibra por otro lado en favor del distribuidor al recibir del proveedor asesoría y apoyo, factores que no existen en relación con meros clientes.

Tal vez este tipo de contratos denotan que el Derecho, y gravemente a nivel internacional, ha perdido en una muy buena medida su principal finalidad: observar la vida y reflejarla en soluciones prácticas, justas y sencillas.

El texto de De Juan Vigaray es, en líneas posteriores, aún más explícito en cuanto a la existencia de una sociedad, y a pesar de que no es un texto jurídico, creo pertinente citarlo porque refleja la realidad que se presenta en la actualidad en torno a este tipo de contrato:

En cuanto al segundo enfoque, las empresas deberían considerar a sus intermediarios como «socios» con los que interactúan con el fin de alcanzar objetivos comunes, en lugar de considerarles como entidades independientes⁵⁴⁵. Como punto de partida, al igual que la empresa hace con su público objetivo, deberá comprender cuáles son los deseos, las necesidades, los problemas y las debilidades y fortalezas de sus intermediarios para estimularlos convenientemente y poder alcanzar una relación de largo plazo con ellos, esto es, convertirlos en «socios». Esta

⁵⁴⁴ De Juan Vigaray, María Dolores, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁴⁵ Aquí hay una imprecisión ya que los socios sí pueden ser entidades independientes, aunque vinculadas por el contrato de asociación, lo cual no es obstáculo a la hora de acreditar la existencia de una sociedad.

*postura de continuidad implica llevar a cabo las supervisiones correspondientes y, en el caso de considerarlo necesario, ofrecerles la formación complementaria precisa. [...] Todo ello buscando la consecución de unos objetivos comunes y coherentes con los de la empresa; por ejemplo, imagen y posicionamiento o de cobertura de mercado*⁵⁴⁶.

Esta postura de continuidad que implica llevar a cabo las supervisiones que correspondan, es un punto que precisamente acredita que, aunque los socios pueden ser independientes, ello no es obstáculo para que estén vinculados por el contrato de sociedad.

Si la práctica comercial sugiere que sí son socios, y se hace patente al suscribir un plan de negocios que se asemeja mucho al objeto social en una sociedad, y al cual habrán de apegarse mucho después de realizadas las compraventas, es inconcebible que el Derecho no tome en cuenta esta realidad y prefiera perderse en abstraccionismos.

Por último, con la finalidad de brindar congruencia y consistencia a mi hipótesis de que el distribuidor no es un mero revendedor del proveedor, sino su socio, y que por lo tanto realiza ventas en nombre propio y por cuenta propia y no necesariamente meras reventas, pasemos entonces a analizar a fondo el concepto de reventa, primero en un sentido literal, y luego con el respectivo aparato crítico doctrinal.

Si bien es cierto que, de conformidad con el *Diccionario de la Real Academia Española de la lengua*⁵⁴⁷, la reventa es la acción de “*volver a vender lo que se ha comprado con ese intento o al poco tiempo de haberlo comprado*”, cabe señalar que

⁵⁴⁶ De Juan Vigaray, María Dolores, *op. cit.*, p. 51. De hecho, la autora ilustra estos párrafos con el caso real de un fabricante sueco de maquinaria que premió a su distribuidor que más contribuyó en la comercialización de sus productos y con ello al fortalecimiento y expansión de su marca.

⁵⁴⁷ Que para efecto de esta investigación fue consultado con fecha 27 de febrero de 2022 en la siguiente liga: <https://dle.rae.es/reventa>.

en materia jurídica en ocasiones los conceptos pueden tener diversas –e incluso contradictorias– acepciones. Tal es el caso de palabras como, por ejemplo, sanción, cuyo significado en Derecho abarca tanto la acción de autorizar como la de sancionar indistintamente.

Lo anterior pone en evidencia que en materia jurídica el análisis de las palabras efectivamente sí puede arrojar mucha luz sobre la naturaleza y contenido de las instituciones, y por ello, con mayor razón, ante determinadas figuras jurídicas es conveniente analizar el significado textual a partir de diccionarios especializados, esto es, en materia de Derecho.

Lo anterior, dadas las diferentes acepciones que las palabras pueden tener tanto en un contexto generalizado –en cuyo caso se puede consultar a la Real Academia Española de la lengua– como en un contexto especializado como lo es el Derecho.

Siguiendo esta lógica, tenemos que para una enciclopedia jurídica una reventa es una *“nueva enajenación, sin larga espera y con apreciable ganancia, por el antes comprador y vendedor luego.”*⁵⁴⁸

De lo anteriormente señalado se desprende que la diferencia entre la definición de reventa que arroja la Real Academia Española de la lengua y la definición técnica que de reventa proporcionan los diccionarios especializados en materia jurídica⁵⁴⁹, está en que la nueva enajenación –que en el caso que nos ocupa, es la que lleva a cabo el distribuidor entre sus clientes–, para la primera tiene

⁵⁴⁸ <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/reventa/reventa.htm> enlace consultado con fecha 27 de febrero de 2022.

⁵⁴⁹ “[...] Nueva enajenación, casi siempre cercana en el tiempo, por quien ha adquirido algo, y con la finalidad de obtener una apreciable ganancia. Tal acaece en el comercio como característica. [...] (Cabanellas) Nueva enajenación, sin larga espera y con apreciable ganancia, por el antes comprador y vendedor luego.” https://www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Reventa&hasta=Riesgo%20social&lang=es#dic17324 enlace consultado con fecha 27 de febrero de 2022.

verificativo ya sea al poco tiempo de haberse comprado, o bien simplemente habiendo comprado con la intención de volver a vender, mientras que en materia jurídica la reventa tiene verificativo simplemente cuando se realiza *sin una larga espera y con una apreciable ganancia*.

Para los diccionarios jurídicos la intención de volver a vender no define a la reventa; solo la define el hecho de volver a vender *sin que transcurra largo tiempo* desde que se compró y *se obtenga una apreciable ganancia*, y recordemos que, aunque el proveedor no fija los precios, con la finalidad de proteger la imagen de sus marcas sí podría estar capacitado para fijar límites máximos⁵⁵⁰, con lo cual esa *apreciable* ganancia tal vez no sea la propia de una labor de distribución que de cara a los clientes finales debe mantener estables los precios al consumidor.

La ganancia que realmente obtiene el distribuidor no necesariamente radica en lo que obtenga al vender las mercancías entre sus clientes, sino que radica más bien en el descuento que le haga el proveedor al venderle las mercancías, descuento que tiene su origen en la relación de proximidad que une al proveedor con el distribuidor. Ahí está el verdadero margen de ganancia del distribuidor, en tener la oportunidad de comprar al proveedor con descuentos considerables dada la proximidad que los une su tan *sui generis* relación de socios, y no tanto en los precios de venta a sus clientes en el territorio.

Pensemos por otra parte en una figura que sí se identifica con una reventa, tal es el caso de los boletos de espectáculos, en cuya reventa el precio se torna elevadísimo y las personas interesadas en asistir a determinado espectáculo, en la reventa lo pagan hasta en tres, cuatro, cinco o cualquier múltiplo excedente de su precio real. Esta apreciable ganancia que de conformidad con la definición jurídica que de reventa se acaba de transcribir con anterioridad, no es propia de un contrato

⁵⁵⁰ “La fijación de precios máximos y la recomendación de precios por parte del cabeza de red se considera que no suponen una amenaza para la competencia como norma general.” Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 98.

de distribución en el que está en juego la imagen del proveedor, quien justo por eso podría estar capacitado para fijar límites máximos en cuanto a los precios de venta final.

Este margen de precio en cierto modo limitado en el que debe moverse el distribuidor a la hora de vender entre sus clientes, bajo el riesgo de afectar la imagen del proveedor y sus respectivas marcas, denota entonces que el distribuidor es algo más que un simple revendedor, esto es, se trata más bien de un verdadero socio del proveedor que no obstante conserva su independencia dentro de una actividad independiente que ha de buscar no perjudicar la imagen marcaria del proveedor al cual estratégicamente se encuentra tan próximo dada su relación de sociedad.

El otro elemento que debe ser muy tomado en cuenta con respecto a la reventa es el factor temporal, pues para que haya reventa se requiere que ésta se lleve a cabo *sin una larga espera*, lo cual definitivamente bien puede no ser una característica del contrato de distribución pues precisamente uno de los grandes riesgos que corre el distribuidor dada su naturaleza de comerciante independiente que actúa por su propia cuenta y riesgo, es tener que asumir la posibilidad de no lograr vender las mercancías y encima tener que mantenerlas por largos periodos de tiempo almacenadas con todos los costos que eso implica, tema que sobradamente toca Jarne Muñoz al hablar de los “[...] *gastos de almacenamiento, que atendiendo al sector considerado pueden llegar a ser cuantiosos, pero no son los únicos. Los gastos de transporte deberán ser tenidos en cuenta, [...]*”⁵⁵¹ y continúa el autor con que tal:

[...] almacenamiento de mercancías conlleva una serie de riesgos, riesgos que exigirán en ocasiones implementar mecanismos tendentes a la conservación que necesiten los productos o a la aseguración de los mismos,

⁵⁵¹ *Ibidem* p. 76.

*pues de lo contrario el paso del tiempo y/o la producción de eventos desafortunados pueden suponer un riesgo*⁵⁵².

Sigue señalando Jarne Muñoz:

*[...] un nivel de stock excesivo hará incurrir a los distribuidores en unos gastos de almacenamiento innecesarios, aumentando al tiempo el riesgo de que el distribuidor no consiga dar salida a los mismos [...] las consecuencias que la mayor o menor amplitud y profundidad del surtido tendrá sobre la actividad de gestión y comercialización del distribuidor, sino que afecta indirectamente a un buen número de cuestiones, desde los costes de almacenamiento al incumplimiento de objetivos*⁵⁵³.

Por tal motivo no estoy de acuerdo con que toda vez que, por definición, la distribución implica comprar para vender, entonces el tipo de actividad que lleva a cabo el distribuidor deba identificarse como una reventa y por consiguiente el distribuidor sea entendido como un mero revendedor, pues los revendedores no asumen todas las actividades de comercialización que sí asume el distribuidor.

Sostengo que la reventa no es la causa eficiente del contrato de distribución, sino que su causa eficiente es la *comercialización*, actividad que abarca muchas acciones diferentes por parte del distribuidor⁵⁵⁴ y sobre eso ya se abundó sobradamente.

La siguiente autora coincide con mi punto de vista, en cuanto señala lo siguiente con relación a las obligaciones propias del distribuidor: *“El distribuidor promoverá, **venderá**, arrendará, alquilará y dará servicio de manera agresiva los*

⁵⁵² Ferrier, Didier, citado en Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 76.

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 174-175.

⁵⁵⁴ Es importante señalar que, al igual que como realicé el análisis de la palabra reventa, misma lógica sigue a la palabra *comercialización*, actividad que merece la pena revisar a profundidad y se realizó con anterioridad, en el inciso correspondiente.

*productos que compre del fabricante a los clientes en el territorio.*⁵⁵⁵ Pudiera parecer que la autora en realidad usa indistintamente los términos tal y como ocurre con muchos otros autores⁵⁵⁶, que en un mismo texto usan indistintamente las palabras venta y reventa para referirse a la actividad del distribuidor –lo cual considero sumamente confuso, además de que pone en cuestionamiento tanto en qué consiste la labor de un distribuidor, como el tipo de relación que tienen el proveedor y el distribuidor entre sí–, pero no es así ya que la autora mantiene esa misma nomenclatura a lo largo de todo su texto y no hace uso de la palabra *reventa* cuando habla de la actividad del distribuidor.

Esa claridad no es usual encontrarla en los textos sobre la materia y a manera de ejemplo podemos citar a Visser, quien usa la palabra venta, al afirmar que en términos generales un distribuidor es un independiente que vende los productos de su proveedor en su propio nombre y para su propio beneficio⁵⁵⁷.

Y sigue diciendo Visser:

*La esencia de una distribución **no es la mera repetición de la compra y venta de los productos del principal**, sino más bien una exclusiva al distribuidor por parte del principal del derecho a vender los productos del proveedor y un suministro continuo al distribuidor por parte del proveedor de sus productos para efectuar tal derecho de venta. Es muy difícil descubrir una definición breve y clara de un acuerdo de distribución en materia legal*

⁵⁵⁵ La traducción y el énfasis es mío, el texto original es el siguiente: “*The Distributor will aggressively promote, **sell**, lease, rent, and service the Products that it purchases from the Manufacturer to customers in the Territory.*” Shippey, Karla C., *Short Course in International Contracts*, Novato, World Trade Press, 2002, p. 151.

⁵⁵⁶ Cfr. Visser 'T Hooft, Willem M., *Japanese Contract and Anti-Trust Law: A Sociological and Comparative Study*, Londres, Taylor & Francis Group, 2002, p. 4. Traducción propia, la cita original es la siguiente: “*A distributor is an independent who sells the products of his supplier in his own name and for his own profit.*”

⁵⁵⁷ Cfr. *Idem*.

japonesa. La mayoría de los juristas japoneses solo describen las características de este acuerdo sin proporcionar una definición breve⁵⁵⁸.

Este uso indiscriminado e indistinto de terminología técnica me parece un error muy criticable que podría evitarse precisamente definiendo con toda claridad y de manera homologada a nivel internacional, qué tipo de relación existe entre proveedor y distribuidor; esto es así pues cuando dicha relación es comprendida en términos de una sociedad, las confusiones desaparecen pues independientemente de que el distribuidor sea mayorista o minorista⁵⁵⁹ –en cuyo caso sí podría identificarse con un revendedor además de distribuidor–, lo que lo vuelve en realidad un vendedor y no un revendedor son diversos factores como el almacenaje, los servicios de posventa, el tiempo que puede tener detenidos sus inventarios sin poder venderlos por la causa que sea, etc., todo lo cual, dado que sí existe una sociedad, por supuesto que afectará también al proveedor por ser su socio.

En resumen, considero que afirmar una reventa no debería ser la opinión preponderante pues la labor del distribuidor es tan *sui generis* que tal figura no es ni precisa ni adecuada para definirla, sino todo lo contrario, es limitada y errónea.

Ahora bien, con la finalidad de profundizar aún más en la cuestión, investigué cómo es entendida la reventa en el derecho comparado y al respecto encontré

⁵⁵⁸ Traducción propia con énfasis añadido por mí. La cita original es la siguiente: “*The essence of a distributorship is not the mere repetition of purchase and sale of the principal’s products, but rather a grant to the distributor by the principal of the right to sell the products of the supplier and a continuous supply to the distributor by the supplier of its products to effectuate such a sales right. It is very difficult to discover a brief and clear definition of a distribution agreement in Japanese legal material. Most Japanese legal scholars only describe the characteristics of this agreement without providing any brief definition.*” *Idem*.

⁵⁵⁹ Los textos jurídicos de habla inglesa son más explícitos que los de idioma español al momento de reconocer la posible calidad de minorista en los distribuidores: “*Los contratos de distribución son acuerdos celebrados entre un proveedor (que también puede ser el fabricante de los productos) y un distribuidor (que puede ser mayorista o minorista)*”. La traducción es mía. El texto original en inglés es el siguiente: “*Distribution contracts are agreements concluded between a supplier (which may also be the manufacturer of the products) and a distributor (which may either be a wholesaler or a retailer.*” Hesselink, Martijn W., *op. cit.*, p. 257.

mucha información que coincide en que no son dos figuras iguales sino todo lo contrario.

Para empezar, el diccionario jurídico Black señala a la letra lo siguiente: *“Distribuidor. (1884) Un mayorista, intermediario u otro fabricante o proveedor que vende principalmente a minoristas u otros usuarios comerciales.”*⁵⁶⁰

Esta información me parece muy pertinente a la hora de establecer que el distribuidor puede ser un mayorista que, por lo tanto, en tal calidad lleva a cabo reventas, pues la reventa es una actividad más bien propia de los comerciantes mayoristas y minoristas, pero en realidad no se limita a eso pues los mayoristas y minoristas no se encuentran vinculados al proveedor a través de un contrato de distribución.

Además, el hecho de que el distribuidor deba prestar servicios de posventa es lo que precisamente lo define como un vendedor y no un revendedor pues este último no tiene esa carga, misma que más bien puede considerarse como propia de un socio.

La independencia jurídica del distribuidor es *sui generis* porque el contrato mismo es *sui generis*. Tan es así, que la gran variedad de escenarios que puede comprender implica que conceptos diferentes, se estén usando en la práctica de manera indistinta para referirse a figuras que no son iguales.

Tal es el caso de la venta y la reventa, términos diferentes pero que se usan indistintamente para referirse a la actividad del distribuidor. La independencia

⁵⁶⁰ Traducción mía con énfasis añadido y el texto original es el siguiente: *“distributor. (1884) A wholesaler, jobber, or other manufacturer or supplier that sells chiefly to retailers and commercial users.”* Garner, Bryan A., (editor), *Black’s Law Dictionary*, 9ª. Edición, Minneapolis, Thomson Reuters, 2009, p. 544.

jurídica del distribuidor es la propia de un socio. De hecho, el diccionario Black lo considera como un socio tal y como ya señalé, al señalar al respecto lo siguiente:

*Alianza estratégica. Una coalición formada por dos o más personas en el mismo negocio o en negocios complementarios, para obtener ventajas financieras, operativas o de marketing a largo plazo **sin poner en peligro la independencia competitiva** <a través de su alianza estratégica, el fabricante y el distribuidor de un producto co-desarrollado comparten los costos de desarrollo>Cf. ALLIANZA (1); JOINT VENTURE; **SOCIEDAD**.*⁵⁶¹

La diferencia entre un distribuidor y un revendedor para el derecho anglosajón está en el hecho de que el distribuidor está unido al proveedor por una sociedad, mientras que el revendedor –mayorista o minorista– no es un socio del proveedor, a partir de lo cual infiero que el derecho anglosajón es mucho más claro y específico en cuanto a la terminología que usa alrededor del contrato, a pesar de lo cual, a mi juicio confunde al distribuidor con un mayorista pues en realidad puede ser tanto mayorista como minorista que vende a clientes finales.

Para profundizar mi investigación sobre este último aspecto, busqué en Internet cómo es considerado esto por la práctica comercial y en estos tiempos tecnológicos, la red es por excelencia el principal lugar donde se dan cita muchas de las relaciones comerciales de la actualidad.

Páginas electrónicas muy serias de derecho comercial, tales como Lexology⁵⁶², que ofrece una “fuente muy completa de información, análisis y

⁵⁶¹ La traducción y el énfasis son míos y el texto original en inglés es el siguiente: “Strategic alliance. (1983) A coalition formed by two or more persons in the same or complementary businesses to gain long-term financial, operational, or marketing advantages without jeopardizing competitive Independence <through their strategic alliance, the manufacturer and distributor of a codeveloped product shared development costs>. Cf. ALLIANCE (1); JOINT VENTURE; PARTNERSHIP.” Garner, Bryan A., *op. cit.*, p. 1585.

⁵⁶² <https://www.lexology.com/>. Enlace consultado con fecha 27 de febrero de 2022.

actualizaciones legales internacionales” y que publica “más de quinientos artículos todos los días de más de novecientas firmas de abogados y proveedores de servicios líderes en todo el mundo en cincuenta áreas de trabajo y en veinticinco idiomas”, en relación a la diferencia existente entre un distribuidor y un revendedor, menciona a través de la voz de Rahul Kapoor y Shokoh H. Yaghoubi, abogados de Morgan, Lewis & Bockius LLP⁵⁶³ que:

[...] los términos revendedor y distribuidor con frecuencia se usan indistintamente para describir entidades que compran bienes o servicios de un fabricante y luego distribuyen o revenden dichos bienes o servicios a minoristas y consumidores.

Sin embargo, señalan que:

[e]xisten algunas diferencias entre un distribuidor y un revendedor. Un distribuidor a menudo actúa como socio del fabricante, generalmente es el primero en la fila en el canal de distribución y está más estrechamente asociado con el fabricante. Una relación sólida con el distribuidor puede ser excelente para una empresa nueva que no ha establecido un reconocimiento de marca en un mercado nuevo o existente. El distribuidor generalmente compra directamente al fabricante, mantiene un inventario del producto, brinda servicios posventa [...] debido a que los distribuidores generalmente asumen responsabilidades de marketing para el producto, o la obligación de obtener aprobaciones regulatorias o gubernamentales [...] la relación fabricante-distribuidor es a menudo una relación exclusiva. Por lo tanto, un acuerdo de distribución exclusiva debe tener en cuenta los umbrales mínimos de venta o regalías mínimas para que el distribuidor mantenga su exclusividad. Además, debido a que un distribuidor puede ser la primera línea

⁵⁶³ Firma de abogados multinacional estadounidense que puede ubicarse en línea en el siguiente enlace consultado con fecha 26 de febrero de 2022: <https://www.morganlewis.com>.

de introducción de una empresa en un mercado nuevo o existente, es importante encontrar un distribuidor que comercialice diligentemente sus productos, tenga las conexiones adecuadas en nuevos territorios para obtener aprobaciones regulatorias o gubernamentales para sus productos, e incluya un compromiso explícito del distribuidor de no vender productos de la competencia. Un revendedor generalmente está menos asociado con el fabricante y, a veces, no tiene una relación directa con el fabricante, ya que generalmente compra productos a distribuidores. Los revendedores generalmente no mantienen un inventario de productos ni brindan servicios posventa. Los revendedores generalmente solo venden a usuarios finales o mayoristas. Para un fabricante con un producto establecido y bien reconocido, la relación con un revendedor puede ser la más rentable porque los revendedores invierten menos en desarrollar el mercado para el producto y, por lo tanto, brindan mayores márgenes de beneficio para el fabricante⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ La traducción y el énfasis son míos y el texto original en inglés es el siguiente: “The terms “reseller” and “distributor” are often used interchangeably to describe entities that purchase goods or services from a manufacturer and then distribute or resell such goods or services to retailers and consumers. However, there are some key differences between a distributor and a reseller and important issues to consider in agreements with resellers and distributors. A distributor often acts as partner with the manufacturer, is generally first in line in the distribution channel, and is more closely associated with the manufacturer. A strong distributor relationship can be great for a new company that does not have established brand recognition in a new or existing market. The distributor usually buys directly from the manufacturer, holds inventory of the product, provides after-sale services, and resells the product to resellers and sometimes directly to end users. Because distributors generally take on marketing responsibilities for the product, or the obligation to obtain regulatory or government approvals for resale of the product, the manufacturer-distributor relationship is often an exclusive relationship. Therefore, an exclusive distribution agreement must account for minimum sale thresholds or minimum royalties in order for the distributor to maintain its exclusivity. Further, because a distributor may be a company’s first line of introduction into a new or existing market, it is important to find a distributor that will diligently market your products, have the right connections in new territories to obtain regulatory or government approvals for your products, and include an explicit commitment from the distributor to not sell competing products. A reseller is generally less closely associated with the manufacturer, and sometimes does not have a direct relationship with the manufacturer as it generally buys products from distributors. Resellers usually do not keep inventory of product or provide after-sale services. Resellers generally only sell to end users or wholesalers. For a manufacturer with an established and well-recognized product, a reseller relationship may be the most profitable because resellers are less invested in developing the market for the product and therefore provide higher profit margins for the manufacturer.” Esta consulta está disponible en línea en el siguiente enlace consultado con fecha 26 de febrero de 2022: <https://www.morganlewis.com/blogs/sourcingatmorganlewis/2020/01/reseller-versus-distributor-issues-to-consider-in-both-relationships>.

Entonces, mientras más proximidad haya con el proveedor, tenemos a los distribuidores y mientras más lejos se esté del proveedor, tendremos simples revendedores mayoristas o minoristas que no son distribuidores, afirmación que sustento además con la siguiente entrada del diccionario Black: *“Reventa [...] 2. La venta de bienes por parte de un minorista, previamente comprados a un fabricante o mayorista, usualmente. A los consumidores o a alguien más abajo en la cadena de distribución.”*⁵⁶⁵

Y es que, precisamente tal y como ya se trató con anterioridad, esto sirve para reforzar que el contrato de distribución es bilateral entre el proveedor y el distribuidor, que entonces es un vendedor, ya que mientras más nos alejemos del proveedor dentro de la cadena de distribución, esos eslabones adicionales ya no forman parte del contrato de distribución y ya no tenemos entonces distribuidores vendedores vinculados al proveedor, sino revendedores que a pesar de ser intermediarios también, no están vinculados al proveedor por un contrato de distribución ni asumen ninguna obligación de marketing a diferencia del distribuidor.

Esta distancia a la que hago referencia entre distribuidor y proveedor y proveedor y minorista de la cadena distributiva, la vemos reflejada con toda claridad en la siguiente entrada del diccionario jurídico Black:

Descuento funcional. 1. El descuento de precio de un proveedor otorgado a un comprador basado en el rol del comprador (como almacenamiento o publicidad) en el sistema de distribución del proveedor. Este tipo de descuento típicamente refleja el valor de los servicios prestados por el comprador para el proveedor. Si un descuento funcional constituye un reembolso razonable por las funciones de marketing reales del comprador, no constituye discriminación de precios ilegal y no viola las leyes antimonopolio. 2. El descuento de precio de un proveedor basado en la

⁵⁶⁵ Garner, Bryan A., *op. cit.*, p. 1420.

*distancia relativa del comprador al proveedor en la cadena de distribución. Por ejemplo, un mayorista o distribuidor usualmente recibe un descuento mayor que un minorista*⁵⁶⁶.

El párrafo anterior se refiere al descuento que el proveedor le otorga al distribuidor cuando éste le compra las mercancías que posteriormente habrá de vender entre sus clientes.

Justamente lo que menciona es que, dada su cercanía con el proveedor, el distribuidor –a quien el derecho anglosajón parece identificar todo el tiempo con un mayorista– obtendrá mayor descuento que el que se le dará a un minorista que no entra en el contrato de distribución que une solamente al distribuidor con el proveedor.

La importancia de señalar con toda claridad si el distribuidor es un revendedor o no, resulta más evidente cuando analizamos su figura bajo la lupa del derecho anglosajón, pues ya vimos que en ese sistema hay una tendencia a ver al distribuidor más bien como un mayorista identificado entonces como un vendedor, mientras que los minoristas son identificados con los revendedores.

Reitero la confusión que esto puede ocasionar pues tal y como ya se analizó, el distribuidor en la práctica puede ser tanto mayorista como minorista, aunque me parece completamente rescatable la distinción tan clara que en derecho anglosajón se establece entre un distribuidor y un revendedor.

⁵⁶⁶ “La traducción es mía; el texto original en inglés es el siguiente: *“functional discount. 1. A supplier's price discount given to a purchaser based on the purchaser's role (such as warehousing or advertising) in the supplier's distributive system .• This type of discount typically reflects the value of services performed by the purchaser for the supplier. If a functional discount constitutes a reasonable reimbursement for the purchaser's actual marketing functions, it does not constitute unlawful price discrimination and does not violate antitrust laws. 2. A supplier's price discount based on the purchaser's relative distance from the supplier in the chain of distribution. • For example, a wholesaler or distributor usu. receives a greater discount than a retailer.”* Ibidem, p. 532. El énfasis es mío.

Por tal motivo, y por todos los anteriormente señalados, considero que el distribuidor no es un mero revendedor sino un socio del proveedor al amparo de un contrato de distribución. Dependen factores como, sobre todo, el grado de cercanía que tenga con el proveedor.

Esto, unido a que es un comerciante independiente que debe almacenar inventario, que no puede pasar los límites máximos de precios que en su caso pueda fijar el proveedor, o que deba prestar servicios de posventa, hacen que su actividad no deba identificarse con una reventa y hacerlo, considero que es un error que ocasiona confusiones innecesarias y falta de armonización en el derecho internacional pues ya vimos la manera indistinta con que se hace uso de estos conceptos.

Pasando ahora a otro punto estrechamente relacionado con los párrafos inmediatos anteriores, todo lo señalado repercute en la cuestión de si el proveedor comercializa o no, indirectamente en el territorio a través del distribuidor.

Con todo lo que quedó expuesto bajo el análisis de la venta y reventa, mi postura es que el proveedor no actúa indirectamente a través del distribuidor, sino que el distribuidor actúa directamente a su propio nombre y riesgo, pero como es socio del proveedor, todo lo que haga podrá afectar positiva o negativamente al proveedor.

Al respecto, y con la finalidad de evidenciar que en el derecho anglosajón también hay confusiones terminológicas dada la falta de homologación internacional en torno a la naturaleza jurídica de un contrato tan *sui generis* y de las relaciones que del mismo emanan, tenemos que el diccionario Black señala:

*Proveedor. Persona involucrada, **directa o indirectamente**, en el negocio de poner un producto a disposición de los consumidores. “El proveedor puede ser el vendedor, el fabricante o cualquier otra persona en la cadena que pone*

el producto a disposición del consumidor.” 1 Julian B. McDonnell & Elizabeth J. Coleman, *Commercial and Consumer Warranties* ~ 6.06[2], at 6-33 (1991)⁵⁶⁷.

Entonces, aquí vemos que, para el derecho anglosajón, el proveedor sí puede actuar tanto directa como indirectamente. Admite ambas posibilidades, sin embargo, mi postura es que, de conformidad con lo analizado, no hay distribución indirecta por parte del proveedor, toda vez que el distribuidor es un comerciante independiente y cuya actividad no es una reventa sino una labor de comercialización que implica muchas otras actividades y que es realizada en nombre propio y por cuenta propia.

La cuestión aquí, y esto es parte importante de la hipótesis planteada en la presente investigación, es que no hay que confundir la sociedad que efectivamente sí existe entre proveedor y distribuidor, con una supuesta distribución indirecta por parte del proveedor.

Es decir, no hay distribución indirecta, sino que lo que hay es una sociedad en los términos que ya quedaron asentados en párrafos anteriores, figura que no existe con los revendedores sino solamente con el distribuidor en su calidad de vendedor estratégico que dentro de una cadena de distribución es la figura de intermediación más cercana al proveedor, siendo ellos dos las únicas partes que integran el contrato internacional de distribución de mercancías.

Al respecto, el siguiente texto sirve de apoyo a mi hipótesis, además de que retrata entonces muy bien la contradicción que existe entre los autores de habla

⁵⁶⁷ *La traducción y el énfasis son míos y el texto original en inglés es el siguiente: “supplier, n. 1. A person engaged, directly or indirectly, in the business of making a product available to consumers. “The supplier may be the seller, the manufacturer. Or anyone else in the chain who makes the product available to the consumer.” Ibidem, p. 1577.*

inglesa: “Distribuidor. Un agente **que vende directamente** por un proveedor y mantiene un inventario de los productos del proveedor.”⁵⁶⁸

Esto, desde luego, no excluye la posibilidad de que la cadena distributiva pueda ser muy larga, como cuando el distribuidor firma sus propios contratos de distribución con mayoristas o minoristas, en cuyo caso estará actuando como proveedor de esos mayoristas o minoristas bajo los consiguientes contratos de distribución.

Otro motivo para concluir que no hay una distribución indirecta realizada por el proveedor a través del distribuidor, es que en caso de haberla entonces las instalaciones del distribuidor deberían considerarse como un establecimiento secundario del proveedor, y no es así pues: “una característica esencial de un establecimiento secundario es que debe estar sujeto a la dirección y control del organismo matriz, de modo que un distribuidor exclusivo de mercancías no es un establecimiento secundario del fabricante.”⁵⁶⁹

En toda esta dinámica reside precisamente la complejidad del contrato, por lo que definitivamente es una figura *sui generis* que no ha acabado de integrarse a nivel internacional:

Lo cierto es que la integración se ha logrado de manera parcial, pues ha mostrado grandes avances especialmente en países cercanos territorialmente, los cuales, mediante acuerdos, han logrado consolidarse

⁵⁶⁸ La traducción y el énfasis son míos. El texto original es el siguiente: “[...] distributor An agent who sells **directly** for a supplier and maintains an inventory of the supplier’s products.” Hinkelman, Edward G.. *Glossary of International Trade: Transaction, Banking, Shipping, Legal and Other Terms Used in International Trade*, Petaluma, World Trade Press, 2008, p 57.

⁵⁶⁹ La traducción es mía, el texto original es el siguiente: “[...] an essential characteristic of a secondary establishment is that it must be subject to the direction and control of the parent body, so that an independently-owned exclusive distributor of a manufacturer’s products is not a secondary establishment of the manufacturer.” Carr, Indira y Stone, Peter, *International trade law*, 6ª. Edición, Nueva York, Routledge, 2018, p. 510.

como bloques fuertes, productivos y dinámicos. Sin embargo, hacia el exterior imponen grandes barreras a todos aquellos que no hacen parte de esos grupos, lo que dificulta el comercio sin discriminaciones y, por supuesto, el principio de nación más favorecida (NMF). Uno de los pilares básicos de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) permite aseverar que continuamos en una clara economía mundial fragmentada y regionalizada⁵⁷⁰.

Esta falta de integración, a la que no contribuye a solucionar la falta de legislación al respecto, la contemplamos en aspectos tales como el hecho de que para el derecho anglosajón el distribuidor se identifica más bien solamente con la figura de un mayorista, mientras que en la práctica continuamente se aprecia que el distribuidor puede ser mayorista o minorista y considero que el hecho de que lo sea no lo convierte en revendedor pues su labor es la comercialización y se caracteriza por una posición de cercanía con el proveedor, cercanía que no tienen otros intermediarios mayoristas o minoristas desde el momento en que no tengan celebrado con él un contrato de distribución.

El contrato de distribución contempla las relaciones entre dos eslabones de una cadena distributiva que en la práctica puede ser muy larga, pero en cuyo caso, incluirá los respectivos contratos de distribución que unan a los diversos eslabones de la cadena:

Canal de distribución. Una de las varias rutas a través de las cuales se comercializan los productos de un fabricante o distribuidor. En el derecho de marcas, marcas idénticas o similares que se utilizan en el mismo canal

⁵⁷⁰ García Gómez, Laura Andrea, et al., *Aproximación a la teoría del comercio internacional desde el enfoque de la integración*, Bogotá, Universidad Piloto de Colombia, 2020, p. 18.

*pueden generar confusión en el consumidor. También denominado canal de comercio; canal de distribución*⁵⁷¹.

Entiendo la confusión entre venta y reventa, sin embargo, tal y como ya señalé, la cuestión de si el distribuidor vende o revende tiene que ver más bien con la proximidad que tenga con el proveedor y que queda amparada bajo la firma de un contrato de distribución.

La autora Soyla H. León Tovar dice al respecto algo que merece analizarse:

*“[...] si bien es verdad que el distribuidor adquiere, en nombre y cuenta propios, mercancías del fabricante para revenderlas y obtener por ello una ganancia, **ello no supone que deba tener un trato igual que el de un comprador aislado o asiduo de mercancías para su reventa**; el contrato de distribución, como se dijo, es un contrato de colaboración, de ayuda mutua.”*⁵⁷²

Es decir, el distribuidor, tal y como ya analicé, puede ser que sí lleve a cabo reventas, siempre que no transcurra mucho tiempo desde que adquirió del proveedor, pero no por ser un mero revendedor como es el caso de un intermediario mayorista, sino porque comercializa y dentro de esa amplísima actividad puede estar comprendida la reventa sin que por ello deba considerarse únicamente revendedor. Tan es así que la indemnización por clientela y la indemnización por confidencialidad son cláusulas propias de este tipo de contratos, mientras que a un revendedor no se le indemniza por tal motivo. En lo que no coincido con la autora, es en que no es un revendedor por tratarse de un contrato de colaboración y ayuda

⁵⁷¹ La traducción es mía, el texto original en inglés es el siguiente: “*Distribution channel. One of several routes through which a manufacturer's or distributor's goods are marketed. _ In trademark law, identical or similar marks that are used in the same channel may lead to consumer confusion. Also termed channel of trade; channel of distribution.*” Garner, Bryan A., *op. cit.*, p. 544.

⁵⁷² León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, *cit.*, p. 373.

mutua. Sí hay una ayuda mutua, pero no por ser un contrato de colaboración, sino por tratarse de una sociedad.

Tal y como ya señalé, la cuestión de la reventa me parece muy clara en los textos de *common law* y, por ejemplo, en tal sentido sirve de apoyo lo siguiente:

*En términos generales, un acuerdo de distribución brinda una oportunidad para que ambas partes ganen dinero y una relación equilibrada será aquella en la que el fabricante y el distribuidor obtengan ganancias monetarias. En la mayoría de los casos, el fabricante “venderá” lo que sea que fabrique al distribuidor, **quien luego “venderá” el producto a un precio más alto.** A menudo ocurre que el fabricante gana menos dinero, pero, no obstante, debería estar bien compensado por los productos que se distribuyen⁵⁷³.*

Lo que considero que debe entenderse con toda claridad es que la figura del distribuidor puede a veces coincidir con la de un mayorista o minorista, dependiendo de la cantidad de eslabones que haya en la cadena de distribución, pero eso no hace que pierda su calidad de distribuidor y socio bajo el amparo del contrato correspondiente.

Es decir, no todo mayorista o minorista es distribuidor, aunque pueden serlo; dicho de otra forma, el distribuidor, sin perder tal calidad, puede actuar también como mayorista o minorista y es este detalle el que determina que no sea un simple revendedor del proveedor, sino mucho más.

⁵⁷³ La traducción y el énfasis son míos. El texto original es el siguiente: “*Generally speaking, a distribution arrangement provides an opportunity for both sides to make money and a balanced relationship will be one where the manufacturer and the distributor both make monetary gains. In most cases, the manufacturer will “sell” whatever it is that it manufactures to the distributor, who will then “sell” the product for a higher price. It is often the case that the manufacturer makes the least money, but it should, nonetheless, be well compensated for the products being distributed.*” Overly, Michael R., y Karlyn, Matthew A., *A Guide to IT Contracting: Checklists, Tools, and Techniques*, Londres, Auerbach Publishers, 2012, pp. 284-285.

En tal sentido difiero con la doctrina que reduce la naturaleza jurídica del distribuidor a la de un mero revendedor⁵⁷⁴, pues es una figura muchísimo más amplia; toda vez que estas cuestiones sobre la venta o reventa y sobre la independencia del distribuidor y la supuesta distribución indirecta –que sostengo que no existe– son clave para respaldar mi hipótesis sobre la existencia de una sociedad entre proveedor y distribuidor, a continuación elaboré la siguiente tabla:

	DISTRIBUIDOR	MAYORISTA	MINORISTA
Es un intermediario dentro de la cadena de suministro del fabricante/proveedor.	✓ Es un intermediario entre fabricante/proveedor, por un lado, y mayoristas y minoristas, por otro lado.	✓	✓
Como intermediario, está estrechamente afiliado al fabricante/proveedor, con quien forma una alianza estratégica.	✓	X	X
Rango de actividad.	Muy amplio. Venden a mayoristas, minoristas y	Limitado. Solo venden a minoristas.	Limitado. Solo vende a

⁵⁷⁴ Son muchos los textos que así lo conciben, pero por citar un ejemplo: *“El distribuidor concesionario (que es una figura muy usual en la práctica mercantil mexicana en materia de ventas de automóviles, cervezas, refrescos y otros productos industriales) no es un mandatario, sino un revendedor.”* Cervantes Ahumada, Raúl, *op. cit.*, p. 549.

	consumidores finales.		consumidores finales.
De conformidad con el punto anterior, manejan entonces un modelo de negocio B2B.	✓	✓	X
De conformidad con los dos puntos anteriores, manejan entonces un modelo de negocio B2C.	✓	X	✓
Celebran un contrato con el fabricante/proveedor.	✓ Si el distribuidor vende directamente a un minorista, lo hace bajo su calidad de distribuidor mayorista al amparo de un contrato de distribución.	X Ahora bien, pueden celebrar un contrato de distribución con un distribuidor, que, en tal caso, actuaría como proveedor del mayorista y el mayorista actuaría como su distribuidor.	X
Son socios	✓	X	X
Son responsables de almacenar las mercaderías	✓	Pueden almacenar, pero no siempre es así (y si	X

(una de las responsabilidades derivadas del contrato de distribución).		almacenan, no lo hacen al amparo de un contrato).	
Llevar a cabo actividades promocionales.	✓	X	X
Compran las mercaderías directamente del fabricante/proveedor.	✓	Pueden hacerlo, pero no siempre es así, ya que también pueden comprar a los distribuidores del fabricante/proveedor.	X
Pueden comprar y vender mercancía que compita con la del fabricante/proveedor.	X En la presente investigación sostengo que la exclusividad debe entenderse como un elemento esencial del contrato ⁵⁷⁵ .	✓	✓
A quién venden.	A mayoristas, minoristas y clientes finales.	A minoristas.	Al consumidor final.

⁵⁷⁵ Nótese que la exclusividad que por lo general se pacta en un contrato de distribución, refuerza mi hipótesis de una relación estratégica asociativa entre el proveedor y el distribuidor. Al respecto: *“Estos contratos también pueden incluir cláusulas de no competencia y cláusulas de territorio de venta que hacen que los contratos sean exclusivos. **Cuanto más exclusiva sea la transacción, más interdependientes serán las partes.**”* Visser 'T Hooft, Willem M., *op. cit.*, p.5. La traducción y el énfasis son míos. El texto original en inglés es el siguiente: *“These contracts may also include non-competition clauses and sales territory clauses which make the contracts exclusive. The more exclusive the transaction the more interdependent the parties will be.”*

Sobre las mercancías que compran y el control de precios al que venden.

- | | | |
|--|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Las mercancías que compra son las especificadas en el plan de negocios del contrato. | <ul style="list-style-type: none"> • Pueden elegir qué mercancías comprar (a menos que el mayorista sea distribuidor). | <ul style="list-style-type: none"> • Pueden elegir qué mercancías comprar. |
| <ul style="list-style-type: none"> • Si se pacta la exclusividad, solo pueden comprar al fabricante/proveedor. | <ul style="list-style-type: none"> • Pueden elegir a quién comprar (a menos que el mayorista sea distribuidor). | <ul style="list-style-type: none"> • Pueden elegir a quién comprar. |
| <ul style="list-style-type: none"> • No pueden decidir el precio de venta final. | <ul style="list-style-type: none"> • Pueden decidir a qué precio vender a los minoristas (a menos que el mayorista sea distribuidor). | <ul style="list-style-type: none"> • Pueden cambiar libremente de mercaderías según las necesidades del mercado (esto lo facilita el hecho de que no manejan inventario ni almacenamiento). |
| <ul style="list-style-type: none"> • Su margen de ganancia radica en la diferencia | <ul style="list-style-type: none"> • Su margen de ganancia | <ul style="list-style-type: none"> • Su margen de ganancia puede ser |

entre el precio al que compra al fabricante/proveedor y al que vende (dentro de los límites máximos que el fabricante/proveedor sí puede señalar).

puede ser muy elevado pues puede decidir el precio de venta (a menos que el mayorista sea distribuidor, en cuyo caso no puede fijar unilateralmente el precio de venta).

muy elevado pues puede decidir el precio de venta (a menos que el minorista sea distribuidor, en cuyo caso no puede fijar unilateralmente el precio de venta).

Aspecto que indica que es un vendedor.

Aspecto que indica que es un revendedor

Aspecto que indica que es un revendedor.

Brindan servicios adicionales de posventa.

✓

Por lo tanto, son vendedores.

X

Por lo tanto, son revendedores (a pesar de que hay textos que los identifican como vendedores).

X

Por lo tanto, son revendedores.

		Los consumidores finales, deben acudir directamente con el fabricante/proveedor en caso de que requiera servicios de posventa.	Los consumidores finales, deben acudir directamente con el fabricante/proveedor en caso de que requiera servicios de posventa.
Hacen estudios de mercado.	✓	X	X
Clasifican y empaquetan mercancías antes de venderlas.	✓	X Lo usual es que desempaqueten lo que compran a granel y luego vendan.	X
Interactúan con los consumidores finales.	✓	Rara vez lo hacen.	X
En qué consiste la causa eficiente de su actividad comercial.	En la comercialización.	En la reventa.	En la reventa.
Debe obtener aprobaciones regulatorias o gubernamentales para la comercialización de las mercancías.	✓	X	X

La tabla anterior también sirve para esclarecer el tema de la exclusividad. A lo largo de esta investigación he sostenido que, a pesar de que para el contrato modelo que analicé la exclusividad es accesoria y se puede pactar libremente entre las partes, yo afirmo que se trata de un elemento no negociable y que, por lo tanto, debería ser esencial en todo contrato de distribución.

Sostengo lo anterior, de conformidad con la afirmación que ya realicé de que las compras mínimas sin exclusividad no son equitativas, y justo de lo que se trata es de establecer una naturaleza jurídica del contrato que permita mantener el equilibrio entre proveedores y distribuidores.

Al analizar la tabla anterior, podemos inferir que el origen de la confusión con respecto a la exclusividad –que, para muchos autores, e incluso según el contrato modelo que sirvió de análisis en esta investigación, es un elemento accesorio del contrato⁵⁷⁶– deriva de que el distribuidor en ocasiones puede coincidir con la figura de un mayorista o un minorista y con estos intermediarios no existen vínculos de exclusividad, pero lo importante es señalar que no por ello *deja de ser distribuidor exclusivo* por ser distribuidor. Esto es, mayoristas y minoristas no gozarán de exclusividad *cuando no sean distribuidores*.

Es decir, si el proveedor opta de conformidad con su modelo de negocio por venderle directamente a un mayorista y prescindir de un distribuidor, la confusión está en ver a ese mayorista como un distribuidor, pero debe entenderse que no lo es mientras el proveedor no firme con ese mayorista un contrato de distribución.

⁵⁷⁶ Por citar tan solo unos ejemplos de la doctrina: “[...] considero un error concebir la exclusiva en tanto elemento esencial de los contratos de distribución. Todo lo más, constituirá en mi opinión un elemento natural de aquellas figuras más estrechamente vinculadas a dicho pacto, como sucede en el caso de la concesión mercantil.” Jarne Muñoz, Pablo, *Aprovisionamiento y stock...*, cit., p. 139. En el mismo sentido, suscribe tal criterio Soyla H. León Tovar: “La exclusividad es una cláusula accidental y no esencial a la distribución, salvo que la ley lo señale.” León Tovar, Soyla H., *Contratos...*, cit., p. 368.

Este detalle es de vital importancia, porque si ese contrato no se firma, el mayorista entonces no es un distribuidor y por consiguiente no está obligado a la exclusividad. Estimo que, por tal motivo, hay textos que afirman que la cláusula de exclusividad es accesoria y hay otros que afirman lo contrario, con lo cual, añadimos al contrato más factores que contribuyen a ocasionar confusiones que, de conformidad con mi hipótesis, podría evitarse.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE MERCADERÍAS

Una vez que ya quedó debidamente acreditada la existencia de una relación de sociedad entre proveedor y distribuidor, razonada también a partir de establecer la diferencia entre revendedor y distribuidor y de aclarar en qué consiste la independencia jurídica del distribuidor dentro de esta relación, en este punto, para empezar, quiero señalar que la manera correcta de referirse al contrato no es “contrato de distribución internacional de mercaderías”⁵⁷⁷, sino “contrato internacional de distribución de mercaderías”⁵⁷⁸.

Esto pudiera parecer un detalle aparentemente insignificante a simple vista, pero no lo es si tomamos en consideración que lo internacional no es la distribución, pues ordinariamente el distribuidor vende en su propio territorio, sino que lo internacional es el contrato por el hecho de que las partes están asentadas en estados diferentes y es por tal motivo que considero que es mejor hablar de contrato internacional de distribución de mercancías.

⁵⁷⁷ Autores como Marzorati así lo identifican, a mi juicio, erróneamente. Cfr. Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios...*, cit., p. 560.

⁵⁷⁸ Entre los autores que así lo identifican, correctamente, puede consultarse a Carrascosa. Cfr. Carrascosa González, Javier, *op. cit.*, pp. 359 y siguientes.

Coincido entonces con Durán Ayago, por ser de las pocas autoras que así correctamente lo identifica⁵⁷⁹.

Definir correctamente el contrato es importante para clarificar su esencia y naturaleza jurídica, tomando en consideración que las teorías que lo conciben meramente como un contrato innominado así como la multiplicidad de tan heterogéneos puntos de vista doctrinales, no permiten esclarecer su naturaleza jurídica, sino enrarecerla.

Después de todo lo anteriormente señalado, y tomando en cuenta tanto el clausulado del contrato modelo analizado como sus antecedentes en el derecho romano, mi definición del contrato internacional de distribución de mercaderías persigue la sencillez y la claridad, ya que quedó fehacientemente comprobado a lo largo de la presente investigación que el Derecho es perfectamente capaz de dar soluciones propias a los problemas de los tiempos cambiantes sin necesidad de tener que complicar sus soluciones ni de acudir para ello a otras disciplinas.

Toda vez que prácticamente no hay una legislación internacional que lo contemple, el contrato es el elemento fundamental para que las partes resuelvan sus conflictos, de manera tal que es fundamental identificar debidamente a las partes que intervienen así como el objeto del contrato. En este sentido, se trata de una definición jurídica a la que llegué a partir del análisis de las obligaciones que se generan a cargo de ambas partes y no a partir de analizar meramente la actividad económica que realizan.

Sí es válido contemplar el aspecto económico que sin duda está involucrado en el contrato, pero dicha visión no constituye su naturaleza jurídica sino que esta última reside en el acuerdo de voluntades que genera obligaciones. Es algo tan

⁵⁷⁹ Pocos son los doctrinarios que así lo designan, y entre los que me parece que lo denominan correctamente como contrato internacional de distribución: Cfr. Antonia Durán Ayago, Antonia, *op. cit.*, p. 414.

sencillo como lo que ocurre en la compraventa, en que una parte se obliga a entregar y la otra a pagar, con lo que a partir de definiciones jurídicas sencillas, se recupera la perdida labor del Derecho, a saber, simplificar:

El contrato internacional de distribución de mercaderías es la sociedad por virtud de la cual un proveedor se obliga a vender y a apoyar al distribuidor en la comercialización de las mercancías que le vende, en otro territorio distinto al del proveedor, quedando el distribuidor a su vez obligado a comprar y comercializar dichas mercancías.

Ahora bien, más que una definición, que es una fórmula breve de un concepto, debe hacerse una explicación de su naturaleza jurídica a partir de las obligaciones que genera, con lo que podemos concluir que su naturaleza jurídica es la de una sociedad privada que no crea personalidad jurídica, por la que un proveedor –fabricante o importador– se une con un distribuidor –empresa o persona independiente– para comercializar ciertas mercancías en un territorio determinado y repartirse los beneficios que de ello resultan.

En virtud de lo anterior, el contrato de distribución genera obligaciones inherentes, a saber: i) la obligación del proveedor de vender una cantidad mínima, y la obligación del distribuidor de adquirir esa cantidad mínima; ii) la obligación de ambas partes de poner los recursos y mecanismos necesarios a su alcance, siempre en concordancia con lo pactado, para comercializar las mercancías en la circunscripción, es decir, para promover por diferentes medios su respectiva venta; iii) La obligación de ambas partes de informarse recíprocamente sobre sus actividades que estén relacionadas con la citada comercialización.

Hacer estas precisiones es importante para confirmar fehacientemente que el distribuidor y el proveedor son socios porque el distribuidor no es un mero revendedor del proveedor –no es ni un simple mayorista ni un simple minorista, pues aunque pueda actuar en tal sentido, no pierde su calidad de distribuidor al amparo

de un contrato de distribución que organiza su sociedad con el proveedor– ni es una manera de vender indirectamente –porque vende en su propio nombre y por su propia cuenta sin que ello sea óbice para que el proveedor se beneficie de tal comercialización pues en una sociedad no hay actuar directo o indirecto sino participación de los socios en las ganancias y pérdidas–, con lo que queda confirmado fehacientemente que el distribuidor y el proveedor son socios.

Con tal finalidad, cabe señalar también, a pesar de que el tema ya fue mencionado, lo importante que es precisar el concepto de comercialización, pues no significa simplemente vender, en términos de la definición de la RAE. La comercialización es una actividad especializada que debe analizarse en el ámbito en el que surge. Así, tenemos que es una *“actividad empresarial que dirige el flujo de mercaderías y servicios desde el productor hasta el consumidor o usuario con la finalidad de satisfacer a los clientes y cumplir los objetivos de la empresa”*⁵⁸⁰ y que se identifica estrechamente con la mercadotecnia y el marketing⁵⁸¹, y no con la mera venta.

Entonces, tenemos que comercializar es una actividad de *mercandising* y a la luz de este último concepto, vemos que va mucho más allá de la simple venta pues es:

[...] un sistema de técnicas de ventas cuyos ejes principales son la presentación, la rotación y el beneficio de los productos. La Academia Francesa de Ciencias Comerciales lo define como «una parte del marketing que engloba las técnicas comerciales que permiten presentar al posible comprador el producto en las mejores condiciones materiales y psicológicas. El merchandising tiende a sustituir la presentación pasiva del producto por una presentación activa, apelando a todo lo que puede hacerlo más atractivo:

⁵⁸⁰ Casado, María Laura, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁸¹ *Idem.*

colocación, funcionamiento, envase y presentación, exhibición, instalación, etcétera». El merchandising es el marketing del punto de venta⁵⁸².

En apoyo de lo anterior, la Secretaría de Economía también consideró importante definir con toda precisión lo que implica la comercialización:

La comercialización es el conjunto de acciones y procedimientos para introducir eficazmente los productos en el sistema de distribución. Considera planear y organizar las actividades necesarias para posicionar una mercancía o servicio logrando que los consumidores lo conozcan y lo consuman. Comercializar un producto consiste en encontrar para él la presentación y el acondicionamiento que lo vuelvan atractivo en el mercado; propiciar la red más apropiada de distribución y generar las condiciones de venta que habrán de dinamizar a los distribuidores sobre cada canal. La Secretaría de Economía apoya la inserción de las empresas nacionales a los mercados mediante estrategias que les permiten identificar oportunidades potenciales, ingresar y competir en ellos, al tiempo que desarrollan sus productos para cumplir con estándares cada vez más altos de calidad. De lo anterior se desprende que, a diferencia de un mayorista o un minorista, que son simples revendedores cuya actividad se limita a vender, el distribuidor no es un mero vendedor pasivo de las mercancías, sino un comerciante activo que participa en la exhibición, envase, colocación, funcionamiento, servicios de posventa y demás actividades⁵⁸³.

La comercialización no se limita a venderle productos a los consumidores, sino que se enfoca en cambiar las tendencias de compra para lo cual es necesario

⁵⁸² *Ibidem*, p. 295.

⁵⁸³ La Secretaría de Economía define la comercialización en su portal de Internet, el cual fue consultado con fecha 26 de febrero de 2022 en el siguiente enlace: <http://www.2006-2012.economia.gob.mx/mexico-emprende/productos-servicios/comercializacion>.

no nada más vender, sino conocer profundamente el mercado y llamar la atención de los consumidores para lograr modificar sus hábitos de consumo.

Podría afirmarse que es lo que lleva a que los consumidores tengan preferencia por unas marcas sobre otras. A diferencia de una mera venta, la comercialización implica la posibilidad de que dependiendo del territorio y el tipo de mercado que lo caracterice, se requieran estrategias de venta diferentes, que deben además quedar claramente identificadas en el contrato de distribución –cosa que no ocurre en una simple venta– pues las diferencias culturales y de gustos de los consumidores pueden requerir productos cuya manufactura y empaque sean distintos⁵⁸⁴, lo cual justifica que el proveedor necesite mucho más que un simple vendedor en el territorio y que necesite más bien un distribuidor que además le asesore e informe sobre el tipo de mercados que le gustaría explorar pues algunos gobiernos imponen restricciones a cierto tipo de productos extranjeros⁵⁸⁵.

Queda claro entonces que comercializar es una actividad mucho más amplia que la simple venta: ***“Las actividades comerciales incluyen no solo ventas, sino otras relaciones comerciales, tales como factoring, contratos de agencia, contratos de distribución, arrendamientos, cooperación industrial y transporte de mercancías por vía aérea, marítima, ferroviaria o terrestre.”***⁵⁸⁶

El distribuidor está obligado a comercializar, actividad que abarca, además de la venta, todo lo que ya se dijo, y no está obligado a vender pues el contrato de distribución lo obliga tan solo a poner su mejor esfuerzo en la comercialización de las mercancías que le compra al proveedor. Si su labor fuera una mera reventa, no

⁵⁸⁴ Cfr. Chatterjee, C., *Negotiating Techniques in International Commercial Contracts*, Nueva York, Routledge, 2018, p. 21.

⁵⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 22.

⁵⁸⁶ Carr, Indira y Stone, Peter, *op. cit.*, p. 108. La traducción y el énfasis son míos. El énfasis es mío y el texto original es el siguiente: “*Commercial activities include not just sales, but other commercial relationships, such as factoring, agency agreements, distribution agreements, leases, industrial co-operation and transportation of goods by air, sea, rail or road.*”

necesitaría asesoría alguna por parte del proveedor y ya se exploró que una de las obligaciones inherentes del contrato de distribución es precisamente la que recae sobre el proveedor, de asesorar y apoyar al distribuidor en la comercialización de las mercancías.

Además de tales obligaciones tan representativas de este contrato, otro elemento inherente lo encontramos en el hecho de que las utilidades generadas por la comercialización de las mercancías en el territorio quedan repartidas entre proveedor y distribuidor bajo un esquema por virtud del cual el proveedor se beneficia de la utilidad que le reporta la compra que le realiza el distribuidor y este último, a su vez, obtiene la utilidad derivada de la venta que realice de tales mercancías entre sus propios clientes.

Este esquema no se presenta en el ámbito de una nueva empresa o sociedad con personalidad jurídica propia ni tampoco al amparo de un contrato de trabajo subordinado pues no es un contrato de representación desde el momento en que tanto el proveedor como el distribuidor actúan por sí mismos y ninguno representa al otro, de manera tal que tampoco es un simple contrato marco que regule otros contratos, sin generar obligaciones peculiares y propias, sino todo lo contrario.

Así, tenemos que las obligaciones que engendra su clausulado son obligaciones de hacer, no de dar, por lo que su cumplimiento radica en que cada parte queda comprometida a realizar lo indispensable para acceder al resultado, a pesar de lo cual puede ocurrir el imprevisto de que no se logre, aunque sin el advenimiento de responsabilidad alguna por tal motivo; tal sería el caso en el que el proveedor no logre vender al distribuidor la cantidad mínima o que el distribuidor no logre comprar al proveedor dicha cantidad mínima.

En ninguno de los dos supuestos existe un incumplimiento del contrato, con lo cual se demuestra el contenido inconfundible de esta figura que resalta por incluir

en su clausulado el marco regulatorio para las compraventas futuras que se den entre proveedor y distribuidor.

Asimismo, otra peculiaridad distintiva reside en entender que el distribuidor, dentro de sus actividades de comercialización, no está obligado a vender las mercancías pues precisamente actúa en conveniencia propia a pesar de que sí está obligado, junto con el proveedor, a ejecutar todo lo posible por procurar su comercialización al tratarse de algo que beneficia a ambos; en el entendido de que, a pesar de que el hecho de no lograr los objetivos en común no puede estimarse como un incumplimiento, sí podría considerarse como incumplimiento del distribuidor si por su culpa o negligencia se obtiene una escasa venta de las mercancías.

Otro motivo por el cual el distribuidor no contrae la obligación de vender entre sus clientes, es que el contrato de distribución no es una prestación de servicios y por lo tanto el proveedor no le puede exigir al distribuidor tal resultado, en el entendido de que además, se trata de un contrato preparatorio que fija todas las condiciones de las compraventas futuras que habrán de realizarse para que ambos logren beneficios, y como tal, el distribuidor solamente habrá de obligarse a realizar lo que esté a su alcance.

Es decir, el distribuidor no está obligado a vender, pero sí está obligado a actuar con diligencia en unas labores de comercialización que repercuten en el interés de ambas partes contratantes.

Una vez que quedó clara la naturaleza jurídica del contrato de distribución en la presente investigación, podrán entonces formularse propuestas de regulación que en caso de realizarse, tal vez ahora sí serán exitosas, ya que tantos intentos

por hacerlo han fracasado⁵⁸⁷ precisamente porque tal y como ya quedó debidamente acreditado, la confusión reinante en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato no ha permitido que ello sea posible pues antes de regular una institución jurídica, ha de ofrecerse una conclusión sobre su naturaleza jurídica pues conforme a esta perspectiva romanista la doctrina debe ir siempre antes que la ley.

El propósito de esta investigación no es proponer la regulación del contrato internacional de distribución de mercancías sino establecer un régimen jurídico que le sea aplicable; lo que sí puede señalarse que dada la multiplicidad de escenarios que se dan cita en el marco de esta actividad comercial es un hecho que falta seguridad jurídica y las consecuencias de tal carencia derivan en desequilibrios contractuales que favorecen generalmente al proveedor por tratarse de la parte más fuerte del contrato y deja a los distribuidores a tener que sujetarse en muchas ocasiones a un clausulado que es visto como de adhesión por cierto sector de la doctrina.

Ante tal realidad, no es de extrañar que la atipicidad favorezca el elevado nivel de litigiosidad que caracteriza a estos contratos:

La extraordinaria relevancia que el sector despliega en nuestro país casa mal con la atipicidad en la que se ven envueltas las modalidades contractuales que integran la categoría. La litigiosidad asociada al sector y el desequilibrio que indudablemente encontramos entre los operadores que componen las redes de distribución modernas aconsejan, en opinión de buena parte de la doctrina, proceder a dotar al sector de un régimen sustantivo propio, de una Ley de Contratos de Distribución Comercial⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Ya quedó claro que el contrato internacional de distribución de mercaderías no está regulado a nivel internacional.

⁵⁸⁸ Jarne Muñoz, Pablo, *Algunas consideraciones...*, cit., p. 76.

Pertinente es el ejemplo de España, donde se conocen hasta cuatro propuestas normativas en tan solo una década⁵⁸⁹, intentos legislativos que hemos tenido también en México:

En el año de 1987, la Secretaría de Gobernación preparó un anteproyecto de Código de Comercio que incluía un Título Quinto en el que se regulaban los contratos de compraventa mercantil, suministro, distribución, préstamo, estimatorio, mediación, comisión y transporte. [...] Este anteproyecto, al parecer, no se presentó a las Cámaras del Congreso de la Unión. La regulación de estos contratos se contenía en pocas disposiciones, siguiendo la temática del Código de Comercio, con normas supletorias de la voluntad de las partes⁵⁹⁰.

Los contratos de distribución internacional son la prueba de que el marco jurídico privado debe actualizarse con un alto sentido pragmático que permita hacer frente a los nuevos problemas que surgen alrededor del intercambio de bienes en el mercado actual, siendo ello una labor que compete tanto a académicos como a jueces y abogados y que tal vez debería implicar una cierta unificación de la dualidad civil-comercial y del régimen de las obligaciones y de los contratos⁵⁹¹.

Los posibles abusos y asimetrías que sí pueden surgir del contrato al no estar regulado pueden prevenirse sin necesidad de tener que sujetarlo a la tutela del derecho de la competencia como ocurre en la actualidad, o sin necesidad de tener que aplicar la analogía con el contrato de agencia simplemente por ser otra de las formas contractuales más usadas para organizar la distribución de mercaderías en un país extranjero, lo cual me parece incorrecto tal y como ya expuse.

⁵⁸⁹ *Idem.*

⁵⁹⁰ Arce Gargollo, Javier, "Los contratos de agencia...", *cit.*

⁵⁹¹ Cfr. Castro de Cifuentes, Marcela, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2a. Edición, Bogotá, Universidad de los Andes, p. 447.

CONCLUSIONES

Primera. El contrato internacional de distribución de mercaderías pretende cubrir una multiplicidad de escenarios que vienen definidos por las muy diversas y heterogéneas estrategias de distribución que la costumbre comercial está generando ante fenómenos como por ejemplo la globalización, que provoca la celebración cada vez más frecuente de contratos internacionales de distribución, esto es, de contratos en los que el proveedor tiene su establecimiento en un Estado y el distribuidor lo tiene en otro.

Dada la falta de regulación sustantiva, se llega a un heterogéneo panorama de confusiones caracterizado, como en todo fenómeno de vulgarización del Derecho, por el uso indiscriminado de terminología propia de la economía u otras disciplinas por encima de la propia terminología jurídica, además de que no se resuelven los problemas surgidos de la interpretación o de la ejecución del contrato.

Ante la cuestión de qué ley aplicar al contrato, lo más frecuente es que el documento contractual disponga que se aplicará la ley del país del proveedor, que ordinariamente es la parte económica más fuerte.

Esto genera una asimetría, pues resulta que la parte económica más fuerte tiene además la ventaja de que su propia ley rige el contrato. Al nivel del intercambio comercial internacional, este desequilibrio acentúa las asimetrías entre países con alto grado de desarrollo económico y, sobre todo, tecnológico, que son donde están establecidos los proveedores y fabricantes, y los países de menor desarrollo, en donde están por lo general establecidos los distribuidores.

Tal multiplicidad de escenarios está generando conceptos jurídicos inequívocos, lo cual no permite establecer una naturaleza jurídica propia y congruente, dada la abrumadora multiplicidad de abstracciones existentes que únicamente contribuyen a la inseguridad jurídica emanada de un contrato que de

por sí genera muchos desequilibrios entre las partes, pues una de ellas –el proveedor– suele ser la más fuerte.

La cuestión que planteo entonces es que estos múltiples escenarios que ya expuse pueden ser perfectamente contemplados por el contrato de distribución entendiéndolo como un contrato de sociedad entre un proveedor y un distribuidor.

Segunda. La manera correcta de entender la esencia de las relaciones que surgen entre proveedor y distribuidor es la de una sociedad. Proveedor y distribuidor son socios porque a pesar de ser comerciantes independientes, sí existe una cierta interdependencia bilateral puesto que las actividades de uno repercuten en el otro: el distribuidor ayuda al proveedor a vender al momento de comprarle y el proveedor le vende con descuento al distribuidor. Eso es una sociedad encaminada a un fin común que es la comercialización de las mercancías en un territorio determinado.

Una comercialización exitosa por parte del distribuidor favorece al proveedor y a sus marcas. Una asistencia efectiva por parte del proveedor facilita al distribuidor su labor de comercialización.

Tal interdependencia se aprecia en la práctica, traducida bajo la forma de ciertos niveles de supervisión por parte del proveedor, lógicos en una sociedad, además de apreciarse en otros aspectos del contrato como los deberes bilaterales de informar, cada uno, dentro de sus propias actividades.

Muchos otros elementos contribuyen a mi hipótesis sobre la existencia de una sociedad que no genera personalidad jurídica distinta de la de los socios, tales como la autonomía del distribuidor y el hecho de que actúe por su propia cuenta y riesgo, a pesar de lo cual ha de permitir ciertos niveles razonables de supervisión por parte del proveedor; o bien, el hecho de que el distribuidor se obligue a proteger las marcas del proveedor en el territorio; también es indicativo de una sociedad la

larga duración del contrato o la obligación de asistencia a cargo del proveedor. Lo cierto es que, como en toda sociedad, las partes cuidan sus mutuos intereses.

Como finalidad en común, la intención perseguida por el proveedor y el distribuidor con la celebración del contrato de distribución de mercancías es que el distribuidor a nombre propio y por consiguiente asumiendo los riesgos, comercialice o distribuya en un área comercial por él conocida y donde lleve cabo sus actividades con sus propios clientes, las mercancías cuya propiedad adquiere del proveedor, en el entendido de que no es un contrato que genere una personalidad jurídica distinta de las personas del distribuidor y del proveedor ni un contrato de agencia por el que pueda considerarse que el distribuidor es representante auxiliar del proveedor.

Al ser una sociedad, propongo que sea analizada por analogía, de conformidad con las reglas aplicables con la asociación en participación, por ser el contrato con el que guarda más similitud, y no así con la agencia.

Entre los factores que aproximan al contrato de distribución con la asociación en participación está el elemento de la sociedad pues sostengo que ambas figuras son sociedades que persiguen una finalidad en común.

En ambas figuras también el asociado y el proveedor le transmiten la propiedad al asociante y distribuidor respectivamente.

Mientras no se logre su regulación sustantiva, cualquier controversia que surja del contrato habrá de resolverse de conformidad con los principios generales de los contratos.

Tercera. Uno de los errores que vemos comúnmente en torno al contrato de distribución, es el de señalar que la exclusividad es un factor accidental del contrato.

La exclusividad debe entenderse como esencial en el contrato de distribución, o de lo contrario pueden surgir desequilibrios que dejen desprotegida a la parte más débil de contrato, la cual suele ser el distribuidor. No obstante, ello no es obstáculo para que las partes puedan incluir pactos que permitan flexibilizar este principio, dependiendo el tipo de mercancías a distribuir, tal y como lo señala el Código Civil argentino.

Cuarta. El tema de las compras mínimas es otro factor esencial que le brinda al contrato características muy propias y específicas que lo diferencian completamente de cualquier otro contrato de colaboración.

Hay un amplio sector de la doctrina que considera que las compras mínimas son un pacto opcional. Es decir, consideran que las partes tienen libertad de pactar compras mínimas a cargo del distribuidor, o no hacerlo. Es una postura incorrecta toda vez que contribuye a confundir el contrato con un suministro y tal vez sea este uno de los motivos por los cuales se da la tendencia tan difundida en la doctrina de concebir erróneamente al contrato como una compraventa.

Las compras mínimas a cargo del distribuidor no deben ser opcionales porque no es un contrato de suministro en el que la cantidad a suministrarse puede fijarse tomando en cuenta las necesidades del suministrado. Y con mayor motivo así debe ser, sobre todo cuando el contrato contiene pacto de exclusividad pues compras mínimas con exclusividad es equitativo, pero compras mínimas sin exclusividad, no lo es. Si se pacta una compra mínima podemos decir que es un contrato de distribución y si no es una especie de contrato preparatorio de ventas futuras. Las compras mínimas son un elemento esencial del contrato, en el entendido de que la exclusividad no excluye pluralidad de distribuidores adscritos a una misma red, siempre y cuando se respeten entre sí sus respectivas áreas de comercio.

Quinta. Otro error común es abrir la posibilidad de que el proveedor le otorgue al distribuidor una licencia para usar libremente sus marcas. Esta posición es también extremadamente incorrecta a pesar de estar contenida también en el contrato modelo que sirvió de base para la presente investigación.

Es incorrecto porque esta posición contribuye a confundir el contrato con una franquicia. Además, es absurdo otorgar licencias al distribuidor, toda vez que tiene expresamente prohibido fabricar las mercancías.

Usar una marca implica todas las actividades de comercialización que debe llevar a cabo el distribuidor, con la salvedad de que no puede registrar las marcas del proveedor a su nombre y tampoco puede fabricar las mercancías. Esto último deriva de la naturaleza tan propia del contrato, por virtud del cual el distribuidor se obliga a comprar en firme las mercaderías al proveedor, pues tiene prohibido fabricarlas.

Si no puede fabricarlas, no tiene justificación alguna el otorgarle licencias. La licencia es incompatible con la naturaleza jurídica del contrato de distribución, toda vez que, además, es innecesaria dada la esencia tan propia del contrato, pues sería imposible para el distribuidor cumplir con su obligación de comercializar las mercaderías si no pudiera usar las marcas.

Usar las marcas implica comercializarlas, con todo lo que ello implica y con las salvedades ya expuestas; para ello no se precisa licencia alguna, sino que está permitido por la naturaleza misma del contrato y de las obligaciones asumidas.

Usar una marca en un contrato de distribución ha de entenderse con la connotación no de una licencia, sino de un uso promocional, actividad muy amplia que puede implicar muchas cosas salvo la fabricación y el registro de las marcas a nombre del distribuidor. Es decir, ha de ser un uso lícito. El distribuidor no necesita licencia para, en los términos señalados, poder usar las marcas del proveedor.

Sexta. Uno de los mayores y más frecuentes errores en cuanto a una correcta comprensión del contrato de distribución se da en torno a la figura del distribuidor, figura clave en el contrato por ser la que precisamente lo dota de características tan propias a pesar de lo cual se suelen interpretar incorrectamente tanto sus funciones como su naturaleza.

El objeto del contrato no es llevar a cabo una distribución indirecta, ya que el objeto del contrato de distribución es muy claro en el sentido de que el distribuidor, *a nombre propio*, comercializa las mercancías que adquiere del proveedor en el área comercial donde desempeña sus actividades.

Ciertamente sí es una labor que aporta muchas ventajas para el proveedor, pero en virtud de que es socio del distribuidor.

Al actuar en nombre propio, el distribuidor comercializa directamente en su territorio, bajo su propia cuenta y riesgo, por lo que no debe considerarse que esa actividad tan propia y autónoma suya sea una actividad indirecta del proveedor.

Lo contrario es completamente opuesto a la naturaleza jurídica del contrato, que involucra a pesar del apoyo entre las partes, a dos comerciantes independientes, de ahí su naturaleza jurídica tan propia y característica.

El hecho de que en medio de este panorama de mutuo apoyo el proveedor se beneficie de la actividad del distribuidor, no significa en lo absoluto que el proveedor esté actuando indirectamente en las labores de comercialización que competen de manera autónoma al distribuidor.

El distribuidor es mucho más que un mero intermediario –con lo cual se identifica más bien a los mayoristas y minoristas– y las consecuencias que se derivan de verlo así contribuyen a confundir y a desvirtuar la naturaleza jurídica de todo el contrato.

Al verlo como un mero revendedor del proveedor, se está tergiversando el contrato puesto que proveedor y distribuidor son independientes entre sí, de manera tal que la comercialización de las mercaderías en el territorio la lleva a cabo única y exclusivamente el distribuidor. No por nada la característica que mejor lo define es precisamente su autonomía y su actuar por su propia cuenta y riesgo.

Es extremadamente incorrecto afirmar que el proveedor comercializa indirectamente en el territorio a través del distribuidor, pues este último es su intermediario. Esa es la consecuencia de no contemplar correctamente a la figura del distribuidor. Por eso el contrato se maneja confusamente, a veces como contrato de concesión exclusiva, tomando indebidamente prestado un término del derecho público, o también se ve como una simple compraventa, dejando afuera entonces la actividad de comercialización tan propia del contrato por contemplarlo de manera limitada y reduccionista a las compraventas celebradas entre el distribuidor y el proveedor.

De ahí la falta de homogeneidad a la hora de establecer la naturaleza jurídica del contrato y se manejen una injustificada multiplicidad de abstracciones y teorías sobre ese tema, que abarcan desde verlo como un contrato marco, a verlo como un mandato, un suministro, una compraventa, y demás figuras que definitivamente no definen la riqueza contractual tan propia que se deriva del contrato.

Es incorrecto ver en el contenido de la actividad del distribuidor una simple reventa de mercaderías. Tal error es completamente contrario a la esencia del contrato, donde la independencia del distribuidor es absolutamente incompatible con ello desde el momento en que el distribuidor compra en firme al proveedor, para luego comercializar en su territorio, en el entendido de que, dentro de esa labor de comercialización, el distribuidor lleva a cabo ventas de los bienes cuya propiedad adquirió del proveedor.

El distribuidor es un comerciante independiente que actúa bilateralmente con el proveedor en una relación de sociedad que persigue la comercialización de las mercaderías en un territorio.

En el mundo jurídico no hay consenso en la manera de designar a las partes contratantes. No se proporciona un término que por sí solo designe de manera inequívoca al proveedor y al distribuidor dentro de un panorama de distribución que puede ser muy variado.

Séptima. Mi propuesta de definición de contrato internacional de distribución de mercaderías persigue ser una definición jurídica y no económica como tantas que se están aportando por la doctrina, además de comprender, de manera sencilla, su tan característica naturaleza jurídica para entenderlo como una sociedad por virtud de la cual un proveedor se obliga a vender y a colaborar con el distribuidor en la comercialización de las mercancías que le vende, quedando el distribuidor a su vez obligado a comprar y comercializar dichas mercancías, sin que ello genere una personalidad jurídica distinta de la de los socios.

Se trata, en tal sentido, de una sociedad sin personalidad jurídica, identificada con la antigua sociedad privada romana.

A partir de la definición del contrato, podemos sacar conclusiones sólidas sobre su naturaleza jurídica, de conformidad con lo cual tenemos que se trata de una sociedad por la que un proveedor –fabricante o importador– se une con un distribuidor –empresa o persona independiente– para comercializar ciertas mercancías en un territorio y repartirse los beneficios que de ellos resultan, y asumiendo obligaciones esenciales del contrato como la del proveedor de vender una cantidad mínima, la obligación del distribuidor de comprar esa cantidad mínima, la obligación de ambas partes de poner los medios necesarios a su alcance de conformidad con lo convenido para comercializar las mercancías en el territorio y la

obligación de ambas partes de informarse recíprocamente sobre sus actividades relacionadas con la mencionada comercialización.

A dichas obligaciones tan propias y exclusivas del contrato de distribución, añadimos también como elemento esencial, el hecho de que las utilidades generadas por la comercialización de las mercancías en el territorio son compartidas entre proveedor y distribuidor bajo un esquema por virtud del cual el proveedor se beneficia de la utilidad que le procura la compra que le realiza el distribuidor y este último, a su vez, obtiene el aprovechamiento de la utilidad derivada de la venta que realice de tales mercaderías entre sus propios clientes dentro de la circunscripción territorial.

Tal esquema no se presenta en una nueva empresa o sociedad con personalidad jurídica propia ni tampoco al amparo de un contrato de trabajo subordinado pues no es un contrato de representación desde el momento en que tanto el proveedor como el distribuidor operan por sí mismos y ninguno representa al otro, de manera tal que tampoco es un simple contrato marco que regule otros contratos, sin generar obligaciones singulares y características, sino todo lo contrario.

Así, tenemos que las obligaciones emanadas de su clausulado son obligaciones de hacer, no de dar, por lo que su cumplimiento consiste en que cada parte deberá hacer todo lo indispensable para alcanzar el resultado a pesar de lo cual puede ocurrir la eventualidad de que no se alcance el resultado deseado sin que surja responsabilidad alguna por tal motivo; tal sería el caso en el que el proveedor no logre vender al distribuidor la cantidad mínima o que el distribuidor no logre comprar al proveedor dicha cantidad mínima. En ninguno de los dos casos existe un incumplimiento del contrato, con lo cual se acredita el contenido propio de esta figura y que se distingue por contener en su clausulado el marco regulatorio para las compraventas futuras que se den entre proveedor y distribuidor.

Asimismo, otra peculiaridad distintiva radica en entender que el distribuidor, dentro de sus actividades de comercialización, no está obligado a vender las mercancías pues precisamente actúa en provecho propio a pesar de que sí está obligado, junto con el proveedor, a hacer todo lo posible por procurar su comercialización por ser algo que beneficia a ambos; en el entendido de que, a pesar de que el hecho de no lograr los objetivos en común no puede considerarse como un incumplimiento, sí podría considerarse que hay un incumplimiento del distribuidor si por su culpa o negligencia se obtiene una escasa venta de las mercancías.

Es decir, el distribuidor no está obligado a vender, pero sí está obligado a actuar con diligencia en unas labores de comercialización que repercuten en el interés de ambas partes contratantes.

BIBLIOGRAFÍA

Obras

ADAME GODDARD, Jorge, *Curso de derecho romano clásico. Introducción e historia, acciones, bienes, familia, sucesiones, liberalidades, obligaciones y contratos*, 2ª. Edición, México, Porrúa, 2017.

ÁLVAREZ DIDYME-DÔME, Manuel José, *Contratos mercantiles*, Colombia, Universidad de Ibagué, 2012.

ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 3ª. Edición, México, Porrúa, 1996.

ARENAL LAZA, Carmen, *Información y gestión operativa de la compraventa internacional: UF1757*, Madrid, Editorial Tutor Formación, 2019.

ARROYO, Tatiana y **FELIU**, Jorge (coords.), *Estudios sobre el futuro código mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, Universidad Carlos III, 2015.

AZNAR SANTIAGO, Juan Antonio, *et al.*, *Negociación y contratación internacional: UF1784*, Madrid, CEP, 2017.

BARRERA GRAF, Jorge, *Las sociedades en derecho mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983.

BEATTY, Jeffrey F., *et al.*, *Business law and the legal environment*, 8ª. Edición, Boston, Cengage, 2019.

BORJA ALBI, Anabel, *La traducción de los contratos internacionales desde la perspectiva del derecho comparado y la traductología*, Granada, Editorial Comares, 2015.

BRAVO VALDÉS, Beatriz y **BRAVO GONZÁLEZ**, Agustín, *Segundo curso de derecho romano*, 10ª. Edición, México, Editorial Pax, 1989.

CABALLERO SÁNCHEZ DE PUERTA, Pilar, *Negociación y contratación internacional*, Málaga, IC Editorial, 2013.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y **AREAL LUDEÑA**, Santiago (directores), *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, España, Constitución y leyes COLEX, 2005.

CARR, Indira y **STONE**, Peter, *International trade law*, 6ª. Edición, Nueva York, Routledge, 2018.

CARVALHO BETANCUR, Javier Alonso, *Patrimonio de las sociedades comerciales: tratamiento contable*, 2ª. Edición, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2013.

CASADO, María Laura, *Diccionario de derecho comercial*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2010.

CASANOVA MONTERO, Alfonso Rafael y Zuaznábar Morales, Ismael Ricardo, *El comercio internacional: teorías y políticas*, Ecuador, Universo Sur, 2018.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2a. Edición, Bogotá, Universidad de los Andes Ediciones Uniandes: Temis, 2016.

CAVALIERI, Renzo Riccardo y **SALVATORE**, Vincenzo, *An Introduction to International Contract Law*, Turín, Giappichelli, 2018.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2000.

CERVIÑO, Julio, *Marketing internacional: nuevas perspectivas para un mercado globalizado*, Madrid, Difusora Larousse - Ediciones Pirámide, 2015.

COGORNO, Eduardo Guillermo, *Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales*, Buenos Aires, Ediciones MERU, 1979.

CROFT, Clide, et al., *A guide to the UNCITRAL arbitration rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

CHATTERJEE, C., *Negotiating Techniques in International Commercial Contracts*, Nueva York, Routledge, 2018.

CHOW, Daniel C.K., y **SCHOENBAUM**, Thomas J., *International business transactions*, 3ª. Edición, Nueva York, Wolters Kluwer, 2015.

DÁVALOS TORRES, María Susana, *Manual de introducción al derecho mercantil*, México, Nostra Ediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

DE JUAN VIGARAY, María Dolores, *Comercialización y retailing: distribución comercial aplicada*, Madrid, Pearson Educación, 2005.

DE LA FUENTE, Marta y **ECHARRI**, Alberto, *Modelos de contratos internacionales*, 3ª. Edición, Madrid, Fundación Confemetal, 1999.

DI SAINT ROBERT, Gian Battista, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª. Edición, Turín, Edizioni Accademia, 2000.

DÍAZ BRAVO, Arturo, *Contratos mercantiles*, 11a. Edición, México, IURE, 2017.

DIGESTA IUSTINIANI, edición de **GARCÍA DEL CORRAL**, Ildefonso Luis, en *Corpus Iuris Civilis*, I, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1988.

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10ª. Edición, Navarra, EUNSA, 2008.

FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999.

FOLSOM, Ralph H., et al., *International business transactions*, 10ª. Edición, Minnesota, West Academic Publishing, 2013.

FONTAINE, Marcel y **DE LY**, Filip, *Drafting international contracts. An analysis of contract clauses*, Nueva York, Transnational Publishers, 2006.

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 30ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1991.

GALÁN CORONA, Eduardo y **CARBAJO CASCÓN**, Fernando (coords.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011.

GALGANO, Francesco, *Los grupos societarios: dirección y coordinación de sociedades*, 2a. Edición, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2012.

GARCÍA GÓMEZ, Laura Andrea, et al., *Aproximación a la teoría del comercio internacional desde el enfoque de la integración*, Bogotá, Universidad Piloto de Colombia, 2020.

GARNER, Bryan A., (editor), *Black's Law Dictionary*, 9ª. Edición, Minneapolis, Thomson Reuters, 2009.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, *El soft law como fuente del derecho extranacional*, Madrid, Dykinson, 2017.

GIMÉNEZ MORERA, Antonio, *et al.*, *Organización y gestión del comercio internacional*, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, 2019.

GODÍNEZ MÉNDEZ, Wendy A. y **GARCÍA PEÑA**, José Heriberto (coords.), *Derecho económico y comercio exterior. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2015.

GÓMEZ DE SILVA, Guido, *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, 2ª. Edición, México, El Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, 2001.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Francisco y **GANAZA VARGAS**, Juan, *Fundamentos de la economía de la empresa*, 2a. Edición, Madrid, Difusora Larousse - Ediciones Pirámide, 2017.

GOODE, Roy, **KRONKE**, Herbert, *et al.* (editores), *Transnational Commercial Law Text, Cases and Materials*, 2ª. Edición, Oxford, Oxford University Press, 2015.

GRATH, Anders, *The handbook of international trade and finance. The complete guide for international sales, finance, shipping and administration*. 4ª. Edición, Londres, Kogan Page, 2016.

GRECO, Orlando, *Diccionario de comercio exterior*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2009.

HAILA, Izaías, *La aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías a los contratos de distribución*, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III, 2017.

HEIDEMANN, Maren y **LEE**, Joseph (editores), *The Future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform. European and comparative perspectives*, Suiza, Springer, 2018.

HESELINK, Martijn W., et al., *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2006.

HINKELMAN, Edward G., *Glossary of International Trade: Transaction, Banking, Shipping, Legal and Other Terms Used in International Trade*, Petaluma, World Trade Press, 2008.

HOCSMAN, Heriberto Simón, *Contratos modernos de distribución comercial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

HUBER OLEA, Francisco José, *Diccionario de derecho romano*, México, Editorial Porrúa, 2000.

IGLESIAS, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 9ª. Edición, Madrid, Editorial Ariel, 1988.

IZQUIERDO CARRASCO, Francisco Alfonso, *Atención al cliente en el proceso comercial*, Málaga, IC Editorial, 2019.

JARNE MUÑOZ, Pablo, *Aprovisionamiento y stock en los contratos de distribución integrada*, Madrid, Editorial Reus, 2016.

JIMÉNEZ SANCHEZ, Guillermo J. y **DÍAZ MORENO**, Alberto, *Lecciones de derecho mercantil*, 20ª. Edición, Madrid, Difusora Larousse - Editorial Tecnos, 2018.

KIM, Sang Man, *A Guide to Financing Mechanisms in International Business Transactions*, Newcastle-upon-Tyne, Cambridge Scholars Publisher, 2019.

KONO, Toshiyuku, **HISCOCK**, Mary, et al. (editores), *Transnational commercial and consumer law current trends in international business law*, Singapur, Springer, 2018.

LADRÓN DE GUEVARA, Miguel Ángel, *Negociación y contratación internacional. UF1784*, La Rioja, Tutor Formación, 2019.

LEÓN TOVAR, Soyla H., *Contratos mercantiles*, 2ª. Edición, México, Oxford University Press, 2015.

MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil. Introducción y conceptos fundamentales: sociedades*, 26ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1989.

MARRONE, Matteo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palermo, Palumbo, 1994.

MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997.

MARZORATI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial: agencia, distribución, concesión, franquicia*, 2ª. Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995.

MASEDA RODRÍGUEZ, Javier, *Aspectos internacionales de la concesión mercantil*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000.

MERTZ, Elizabeth, *The Language of Law School. Learning to “Think Like a Lawyer”*, New York, Oxford University Press, 2007.

NARAYANAN, Parameswaran, *Intellectual property law*, 3ª. Edición, Nueva Delhi, Kolkata, 2019.

OVERLY, Michael R., y **KARLYN**, Matthew A., *A Guide to IT Contracting: Checklists, Tools, and Techniques*, Londres, Auerbach Publishers, 2012.

OVIEDO ALBÁN, Jorge (coord.), *Derecho comercial en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad de La Sabana Editorial Temis, 2008.

PAREDES SÁNCHEZ, Luis y **MEADE HERVERT**, Oliver, *Derecho mercantil: parte general y sociedades*, Ciudad de México, Grupo Editorial Patria, 2015.

PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina, *Los contratos de distribución comercial: problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999.

PEÑA ANDRÉS, Cristina, *Cómo participar en ferias comerciales*, Barcelona, Marge Books, 2017.

PEÑA ANDRÉS, Cristina, *Negociación para el comercio internacional*, Barcelona, Marge Books, 2016.

PEÑA NOSSA, Lisandro, *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*, 5ª. Edición, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2014.

PÉREZ LEÓN, Eva María (coord.), *Atención al cliente en el proceso comercial: operaciones administrativas comerciales*, Bogotá, Ediciones de la U, 2019.

PÉREZ RODRÍGUEZ, María Dolores (coord.), *Implantación de espacios comerciales*, 2a. Edición, Málaga, Editorial ICB, 2014.

PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, Tomo I.

QUEVEDO CORONADO, Francisco Ignacio, *Derecho mercantil*, 3ª. Edición, México, Pearson Educación, 2008.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia (coord.), *Diccionario de derecho mercantil*, México, Porrúa-UNAM, 2001.

RIVERA CAMINO, Jaime, *Marketing internacional*, Lima, Pearson Educación, 2017.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 25ª. Edición, México, Porrúa, 2001.

ROSS, David Frederick, *Distribution planning and control. Managing in the era of supply chain management*, 3ª. Edición, Chicago, Springer, 2015.

RUBEIRO, Robert, *Commercial contracts, drafting techniques and precedents*, Londres, Thorogood Publishing, 2005.

SANDOVAL SHAIK, Darío A., *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2013.

SANROMÁN ARANDA, Roberto y **CRUZ GREGG**, Angélica, *Derecho corporativo y la empresa*, 2ª. Edición, México, Cengage Learning Editores, 2015.

SHIPPEY, Karla C., *Short Course in International Contracts*, 2ª. Edición, Novato, World Trade Press, 2002.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Contratos de comercio internacional*, 7ª. Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

SORIA, Alfredo y **OSTERLING**, Madeleine, *Contratos modernos: elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*, Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2014.

SORO RUSSELL, Olivier, *Los contratos como fuente de normas: contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración*, Madrid, Editorial Reus, 2014.

SRIVASTAVA, Ajendra, *Modern law of international trade. Comparative export trade and international harmonization*, Singapur, Springer, 2020.

VERGARA CORTINA, Néstor, *Marketing y comercialización internacional*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 2012.

VISSER 'T HOOFT, Willem M., *Japanese Contract and Anti-Trust Law: A Sociological and Comparative Study*, Londres, Taylor & Francis Group, 2002.

WEVERS, H., *A basic guide to international business law*, 5ª. Edición, Países Bajos, Noordhoff, 2021.

Revistas

ADAME GODDARD, Jorge, “Las obligaciones del comprador en la compraventa internacional”, *Revista de derecho privado*, Ciudad de México, Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Año 3, Número 9, septiembre-diciembre de 1992.

ADAME GODDARD, Jorge, “La responsabilidad del vendedor por la calidad de las Mercancías en la compraventa internacional. Una interpretación romanística”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Volumen 19, Número 55, 1986.

ARCE GARGOLLO, Javier, “Los contratos de agencia y distribución mercantil”, *Perspectiva jurídica UP*, Guadalajara, Año 2, Número 4, Semestre I, enero-junio 2015. <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/ediciones/los-contratos-de-agencia-y-distribucion-mercantil>.

CARBAJO CASCÓN, Fernando, “La distribución comercial. Aspectos contractuales”, *Iustitia* Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, No. 9, diciembre de 2011.

CASTAÑEDA, Gabriel, *et al.*, “Antecedentes económicos para una ley federal de competencia económica”, *El Trimestre Económico*, México, Fondo de Cultura Económica, Volumen 60, Número 237(1), 1993.

CEBRIÁN SALVAT, María Asunción, “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”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Volumen 5, Número 1, 2013.

CERVANTES, Manuel, “Disertaciones sobre el contrato de sociedad y la personalidad moral en el derecho romano. Parte I”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Números 21 y 22, 1944.

CERVANTES, Manuel, “Disertaciones sobre el contrato de sociedad y la personalidad moral en el derecho romano. Parte II”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Números 23 y 24, 1944.

DURÁN AYAGO, Antonia, “Contratos internacionales de distribución”, *Curso de contratación internacional*, España, Editorial Constitución y Leyes COLEX, 2006.

ESTRADA GONZÁLEZ, Ernesto, “Distribución exclusiva y competencia”, *El trimestre económico*, Ciudad de México, vol. LXXXII (2), Número 326, abril-junio de 2015.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, “La nueva jurisprudencia francesa sobre exigencia de determinación del precio en los contratos de distribución”, *Anuario de derecho civil*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Volumen 50, Número 4, 1997.

FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos, *et al.*, “Derecho de los negocios internacionales”, *Relaciones Internacionales UNAM*, México, Número 107, mayo de 2010.

GINEBRA, Xavier, “Los contratos de distribución comercial en la Ley Federal de Competencia Económica”, *Revista de Derecho Privado*, Ciudad de México, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Año 9, Número 27, septiembre-diciembre 1998.

GÓMEZ POMAR, Fernando y **GILI SALDAÑA**, Marian, “Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, *InDret: revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, enero 2010.

IGLESIAS, Daniel Oscar, “Aspectos básicos de los contratos de distribución internacional y la normativa antimonopolio de la C.E.E.”, *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Depalma, Año 26, julio-diciembre de 1993.

JARNE MUÑOZ, Pablo, “Algunas consideraciones sobre la problemática regulación de los contratos de distribución comercial”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, Volumen 4 (2), diciembre de 2016.

LEÓN TOVAR, Soyla H., “La asociación en participación y otras figuras jurídicas afines”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Año XX, Número 58, enero-abril de 1987.

MARTÍNEZ OCHOA, Santiago, “Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, Número 35, diciembre de 2005.

MONCAYO RODRÍGUEZ, Socorro, “El contrato de sociedad en el derecho romano”, *Revista Letras Jurídicas*, Xalapa, Universidad Veracruzana, Número 20, julio de 2009.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “El contrato de concesión o distribución comercial internacional”, *vLex International*, núm. 4, enero de 2009.

PULIAFITO, Gladys J. y **COLL**, Oswaldo W., “El contrato de distribución y la comercialización de vinos”, *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, Argentina, Ediciones Depalma, Año 26, Número 154-156, julio-diciembre de 1993.

SALINAS, Gabriel, “The distribution agreement in Mexico”, *Law and business review of the Americas*, Dallas, Número 4, 2008.

Contratos modelo

CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI), *Contratos modelo para la pequeña empresa. Guía legal para hacer negocios internacionales*, Ginebra, Naciones Unidas, 2010.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC), *The ICC Short Form Model Contracts. International Commercial Agency. International Distributorship*, ICC Publishing, Paris, 2003.

INTERNATIONAL TRADE CENTRE (ITC), *Model contracts for small firms. Legal guidance for doing international business*, Ginebra, Naciones Unidas, 2010.

Diccionarios

Diccionario jurídico mexicano, México, Porrúa-UNAM, 1989.

Leyes y Tratados Internacionales

Código Civil Federal.

Código Civil y Comercial de la Nación argentina.

Código Fiscal de la Federación.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Conferencia de La Haya y Unidroit, guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales con énfasis en la compraventa*, Viena, 2021.
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/20-04610_ebook_spanish.pdf.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa). <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf>.

International Chamber of Commerce, *Incoterms 2020. ICC rules for the use of domestic and international trade terms*, ICC Services Publications Department, Paris, 2019.

Ley española 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

Ley española 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas.

Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Ley Federal de Competencia Económica.

La Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley de protección al representante de casas de extranjeras No. 6209 del 9 de marzo de 1978 de Costa Rica y sus reformas.

Nuevo Código Civil y Comercial argentino.

Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016.
<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016-blackletter-s.pdf>.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), *Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006,* Viena, 2008.
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), *Conciliation Rules* o reglas de conciliación de UNCITRAL.

Jurisprudencias y precedentes judiciales

Tesis registro digital 240611, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, vol. 151-156 cuarta parte, s/f, p. 75.
<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/240611>.

Sitios de internet

<https://www.boe.es>

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<https://dle.rae.es>

<http://www.encyclopedia-juridica.com>

<http://www.intracen.org>

<https://www.lexivox.org>

<https://www.lexology.com/>

<https://www.morganlewis.com>

<https://www.uncitral.org/>