



Roj: **AAP B 1323/2018 - ECLI:ES:APB:2018:1323A**

Id Cendoj: **08019370012018200099**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **16/04/2018**

Nº de Recurso: **1055/2017**

Nº de Resolución: **102/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA TERESA MARTIN DE LA SIERRA GARCIA-FOGEDA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120170004622

Recurso de apelación 1055/2017 -A

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 49/2017

Parte recurrente/Solicitante: Encarna , Teodoro

Procurador/a: Elena Lleal Barriga, Elena Lleal Barriga

Abogado/a: Daniel Solsona Hollenstein

Parte recurrida: POLIMARK SRL

Procurador/a: Alberto Inguanzo Tena

Abogado/a: Enrico Brusaterra Albarelli

AUTO Nº 102/2018

Barcelona, 16 de abril de 2018

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, formada por las Magistradas Dña. M^a Dolors PORTELLA LLUCH, Dña. Amelia MATEO MARCO y Dña. M^a Teresa MARTIN DE LA SIERRA GARCIA FOGEDA, actuando la primera de ellas como Presidenta del Tribunal , ha visto el recurso de apelación nº **1055/17** interpuesto contra el auto dictado el día 24 de julio de 2017 en el procedimiento nº 49/17, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona en el que es recurrente Encarna y apelado **POLIMARK SRL** previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto antes señalado, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: " **Que debo estimar y estimo la declinatoria por falta de jurisdicción planteada por el Procurador Sr. Inguazo Tena en nombre y representación de Polimark SRL abteniendome de conocer la**



causa por considerar que el conocimiento de la causa corresponde a los tribunales de Milan Italia en base a sumisión expresa y archivando el procedimiento. Se imponen las costas a la demandante ."

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. M^a Teresa MARTIN DE LA SIERRA GARCIA FOGEDA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio en primera instancia y en apelación.

Los demandantes, Don Teodoro y Doña Encarna , presentaron demanda de juicio ordinario contra la mercantil POLIMARK S.R.L., en la que solicitaban (a) la resolución del contrato verbal de distribución que vinculaba a la demandada con PAYMATE S.C.P. con efectos a 15/12/15, y (b) la condena a la demandada al pago a los actores de la suma de 162.766,77 ? por los conceptos de compensación por clientela, indemnización por falta de preaviso e indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante, más los intereses previstos en la Ley 3/2004 y las costas del procedimiento.

La parte demandada, formuló declinatoria por falta de competencia internacional, de la que se dio traslado a la parte actora, con suspensión del plazo de contestación a la demanda, que se opuso a dicha cuestión. Mediante auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n° 48 de Barcelona, en fecha 24 de julio de 2017 , se acordó estimar la declinatoria y declarar la falta de competencia del Juzgado para conocer del asunto correspondiendo el conocimiento a los Tribunales de Milán.

Contra este auto interpuso la parte demandante recurso de apelación formulando, en síntesis, las siguientes alegaciones: 1º Error en la calificación de los contratos al no haberse diferenciado la existencia de dos contratos distintos entre las partes, uno de agencia, el suscrito el 21/6/10, y otro verbal de distribución, objeto de la demanda; 2º La sumisión expresa a los Tribunales de Milán contenida en el contrato de agencia no es de aplicación al contrato de distribución verbal, salvo que exista acuerdo al respecto, de manera que a falta de pacto expreso, los Tribunales competentes son los de Barcelona, por cuando, conforme con lo dispuesto en el art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012 , cuando se trate de una prestación de servicios como lo es el contrato de distribución, una persona domiciliada en un estado miembro podrá ser demandada en el Estado en que el distribuidor prestó sus servicios, siendo, además, conforme con el art. 4.1.f) del Reglamento 593/2008 , la ley aplicable al contrato verbal de distribución, la ley española, ley del país donde el distribuidor tiene su residencia habitual, no siendo tampoco aplicable la elección de la ley italiana realizada en la cláusula 16 del documento de colaboración de 21/6/10; y 3º En todo caso, la cláusula de sumisión no sería aplicable al presente supuesto en el que se discute sobre la resolución contractual y sus efectos, ya que en la demanda no se discute sobre la vigencia, ni sobre la validez ni sobre la eficacia del contrato de agencia.

La parte demandada se opuso al recurso.

SEGUNDO.- Hechos relevantes. Planteamiento de las pases y resolución del Tribunal de primera instancia.

La parte demandada sostiene en el planteamiento de la declinatoria de jurisdicción que, en virtud del contrato de distribución firmado por las partes en el año 2010 (21/6/10), las partes se sometieron a los Tribunales de Milán (Italia) para cualquier disputa sobre la existencia, validez, y eficacia relativa a dicho acuerdo, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 25 del Reglamento CE 1215/2012, los Tribunales de Barcelona carecen de jurisdicción por corresponder el conocimiento a los Tribunales de otro Estado.

La parte actora razona que la sumisión expresa contenida en el acuerdo de colaboración suscrito el 21/6/10, que denomina contrato de agencia (no de distribución, como afirma la parte demandada), no es aplicable al caso porque las partes suscribieron dos contratos, uno, el de agencia mencionado (21/6/10), y otro verbal de distribución, único objeto del procedimiento para el que no existe pacto de sumisión expresa.

El auto del Juzgado por el que se resuelve la declinatoria, estimándola, razona que siendo el contrato de colaboración suscrito por las partes en 2010 el único documento escrito que rige las relaciones comerciales entre las partes, la sumisión invocada es de aplicación a dichas relaciones, y derivando la reclamación litigiosa de esas relaciones comerciales, le sería igualmente aplicable la cláusula de sumisión invocada.

TERCERO. - Competencia judicial internacional.



Con carácter previo a la resolución de la cuestión planteada en este incidente conviene aclarar, porque a ello alude la parte recurrente, que no se trata en el presente incidente de determinar, conforme con el Reglamento 593/2008, qué ley es la aplicable al caso, sino, con carácter previo, conforme con la normativa europea, cuales son los Tribunales competentes para conocer del procedimiento.

La competencia judicial internacional, cuando está en juego un litigio con elemento extranjero domiciliado en otro estado miembro de la Unión Europea, está regulada, con carácter general, por el Reglamento nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 20 de diciembre de 2012 (que derogó el anterior, el Reglamento 44/2001), cuyo artículo 66 dispuso que " *Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha* ", por lo que habiéndose presentado la demanda de autos el 9/1/17, es de plena aplicación dicha norma.

El artículo 4.1 de dicho Reglamento dispone que " *Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su **nacionalidad**, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado* ". Por otro lado, el artículo 5.1 establece que " *Las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo* ".

Y la Sección 2 contempla como " *Competencias especiales* " las aludidas en el artículo 7, que dispone lo siguiente: " *Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:*

1) a) *en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda;*

b) *a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:*

- *cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías;*

- *cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios;*

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

La Sección 7, referida a la " *Prórroga de la competencia* ", en el artículo 25 establece que " *1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:*

por escrito o verbalmente con confirmación escrita;

en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o

en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

5. Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato.

La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato ".

Por otro lado, en lo que se refiere a la invocada prórroga de competencia que autorizaría el principio de autonomía de la voluntad, como resulta del décimo quinto considerando del Reglamento, (15) " *Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos*



de jurisdicción". Según razona el considerando décimo noveno (19) *"Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los de trabajo, en los que solo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia exclusiva establecidos en el presente Reglamento"*. Y según el considerando vigésimo (20) *"La cuestión de si un acuerdo atributivo de competencia en favor de un órgano jurisdiccional determinado de un Estado miembro o de sus órganos jurisdiccionales en general es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material debe decidirse con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales designados en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro"*.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 enero 1990, razonó que los foros de competencia especial *«están fundados sobre la existencia de un nexo particularmente estrecho entre el litigio y otras jurisdicciones distintas a las del domicilio del demandado, que justifican la atribución de competencia a las mismas por razones de buena administración de Justicia y de organización útil del proceso»*.

En el caso de autos demandante y demandado están domiciliados en un Estado miembro de la Unión Europea y la prórroga de competencia se atribuiría a los tribunales de un Estado miembro. Consta también que la relación jurídica controvertida tiene carácter internacional, teniendo la parte demandada domicilio en Italia, la actora, en España, y desarrollándose la actividad de ésta en el territorio de España y Portugal.

En el presente caso, la propia parte actora aporta junto con la demanda el denominado " *acuerdo de Colaboración* " (documento nº 5) que, ciertamente, por las expresiones que utiliza, " *red de distribución* ", " *actividad de distribución y venta* ", " *las Partes tienen la intención de constituir una relación de colaboración, a fin de organizar la distribución y venta de todos los productos de Polimark s.r.l. en el territorio portugués y español* ", " *Teodoro promoverá y distribuirá, en plena autonomía y con sus propios medios*", " *A la finalización de la relación...el distribuidor quedará obligado a no comercializar ni promover productos del mismo tipo ...*", y también por el contenido del contrato, difícilmente puede deducirse que se trata de un contrato de agencia, sino que, por el contrario, todo parece conducir a la catalogación de dicho contrato como de distribución y no de agencia.

Si recordamos la clásica diferencia entre uno y otro contrato, mientras el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión.

Pretende la parte recurrente (hecho segundo de la demanda) que poco después de iniciarse la relación, y a solicitud de la propia demandada, la parte actora comenzó a colaborar bajo el formato de contrato de distribución, por lo que a finales de 2010 (no concreta fechas) se configuró un nuevo contrato verbal de distribución entre POLIMARK y PAYMATE (la sociedad civil con la que operaban los actores).

Como decimos, y abundando en la terminología empleada en el contrato, denominado de colaboración, suscrito el 21/6/10, que claramente se refiere a una relación de distribución, de haberse tratado de un contrato de agencia se habría hecho referencia a " *contratto di agenzia* ", y no a una " *attività di distribuzione e vendita* ", o al " *agente* " y no al " *distributore* ".

Por otro lado, a la comunicación de resolución contractual efectuada (doc.21 acompañado a la demanda) mediante carta fechada el 24/11/15 remitida por la parte demandada invocando incumplimiento de la cláusula 9 y 14 del contrato (no haber alcanzado volumen mínimo anual de ventas), la actora contesta con otra fechada el 24/12/15, en la que rechaza la concurrencia de incumplimiento alguno por su parte del contrato que se pretende resolver (21/6/10) pero nada alega acerca de la existencia de dos contratos. Es después en la comunicación que remite el Sr. Teodoro de Paymate SCP a la demandada el 19/2/16, cuando el actor alude por primera vez a dos contratos, uno de agencia, el de 21/6/10, respecto del que alega que está obligada la demandada a indemnizar por clientela, por falta de preaviso y por cualquier otro importe que legalmente proceda, y otro contrato verbal de distribución, en relación con el cual ni indica fecha (dice que les une desde el año 2010) y alude a que se le han originado importantes daños y perjuicios por falta de suministro de productos sin preaviso, indicando que conforme a Derecho español viene obligada la demandada a compensar por clientela, siendo aplicable, dice, la ley española al contrato verbal de distribución (documento nº 40 acompañado a la demanda).

El contrato dice claramente que el Sr. Teodoro " *promoverá y distribuirá, en plena autonomía y con sus propios medios, la venta de productos de Polimark s.r.l.* ", comprometiéndose a no promover ni comercializar productos iguales o similares o de la misma categoría de los distribuidos. Se pactaron unos volúmenes anuales de negocio (cláusula 9). Ciertamente es que quedaban excluidos del acuerdo el grupo ADEO pero según la demanda no son objeto del pleito de autos dichas relaciones. Se pactó a favor del Sr. Teodoro una suma, en concepto de comisión, equivalente al 10% del total facturado en el mercado español y portugués, con carácter trimestral



(cláusula 3). Esa comisión, dice la actora en la demanda, se pactó después convertirla en descuento comercial o rappel. Pero es evidente que la parte actora facturaba a terceros (revendía) lo que compraba a la demandada, pues esa facturación le sirve a la parte actora para calcular la indemnización por clientela, lo que encaja perfectamente en la actividad que caracteriza a la relación de distribución.

No resulta probada, por tanto, la existencia de otro contrato diferente al de distribución de 21/6/10.

En este contrato se pactó la siguiente cláusula con el número 16: "*El presente acuerdo se rige por la ley italiana. Cualquier disputa sobre su vigencia, validez, eficacia, será sometida exclusivamente a la competencia de la Autoridad Judicial del Foro de Milán*".

De la lectura del pacto resulta que lo que someten las partes a "*la competencia de la Autoridad Judicial del Foro de Milán*", es "*Cualquier disputa sobre su vigencia, validez, eficacia*", donde deben entenderse incluidas demandas como la de autos en la que se discuten las consecuencias de la resolución contractual.

La parte recurrente alega infracción del derecho a la tutela judicial efectiva porque entiende que al no prever la ley ni la jurisprudencia italiana indemnizaciones para el distribuidor en caso de resolución contractual, de aceptarse la tesis de la demandada se estaría privando a la actora del legítimo derecho a percibir una compensación por clientela. No se trata de aceptar la tesis de la parte demandada, sino de aplicar la norma sobre competencia internacional que corresponda, aplicación normativa de la que en ningún caso puede derivarse infracción a la tutela efectiva. A lo que tiene derecho la parte actora es a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española, que es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, e implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Ni siquiera incluye el derecho a la tutela judicial efectiva un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 213/2003, 196/2003, 82/2001, 256/2000, 87/2000, 25/2000, 147/1999, 58/1997 y 112/1996) y menos aún la selección de la norma que favorece al actor (y correlativamente perjudica al demandado).

Por todo lo cual procede desestimar el recurso.

CUARTO.- Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede condenar en costas a la parte apelante.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Teodoro y Doña Encarna contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona, en fecha 24 de julio de 2017 que confirmamos.

Procede condenar en costas a la parte apelante.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se declara la pérdida del depósito consignado por la parte apelante.

La presente resolución es firme. Devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman este auto los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.