

“EL CONFLICTO ENTRE LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA Y EL COMERCIO PARALELO”

Ana Felicitas Muñoz Pérez
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos

I. PLANTEAMIENTO.....	2
II. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA Y DELIMITACIÓN FRENTE A OTRAS FORMAS DE DISTRIBUCIÓN	4
III. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA Y EL COMERCIO PARALELO EN LAS NORMAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	7
1. Antecedentes en las decisiones de la Comisión sobre la política de competencia comunitaria.....	7
2. La distribución selectiva, los acuerdos colusorios y el Reglamento de exención. .	13
1. <i>Consideraciones previas</i>	13
2. <i>Acuerdos exentos por cuota de mercado</i>	16
3. <i>Restricciones no exentas por el Reglamento de exención.</i>	18
A). Restricciones especialmente graves.	19
B). Estipulaciones no cubiertas por el Reglamento de exención por categorías	22
4. <i>Retirada del beneficio de exención e inaplicación del Reglamento de exención.</i>	23
5. <i>Evaluación individual de las restricciones verticales</i>	24
3. Acuerdos verticales en la distribución de automóviles.	29
4. La distribución selectiva y el abuso de posición de dominio.	31
IV. LA TUTELA JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA FRENTE AL COMERCIO PARALELO EN OTROS ÁMBITOS NORMATIVOS....	32
1. En el régimen de la competencia desleal.....	32
1. <i>Planteamiento</i>	33
2. <i>Ilícitos concurrenciales del comerciante paralelo.</i>	33
2. En el derecho de marcas.	40
1. <i>Planteamiento del conflicto</i>	40
2. <i>El agotamiento del derecho de marca</i>	41
3. <i>Oponibilidad al licenciatarario de los límites de la licencia.</i>	46

I. PLANTEAMIENTO.

El estudio analiza las relaciones entre el sistema de distribución selectiva como organización singular de comercialización y el desarrollo de la actividad de comercio paralelo, actuaciones que entran en conflicto y necesitan armonizarse en el ámbito de aplicación de las normas que disciplinan sus actuaciones.

La distribución selectiva es un sistema de ventas que se reserva para ciertos productos, que se desarrolla a través de distribuidores que se seleccionan aplicando criterios cualitativos o cuantitativos. La selección de los distribuidores es fundamental para poder controlar la forma en la que se efectúa la comercialización de productos que suelen ser de lujo o especialmente complejos. La comercialización se garantiza creando sistemas de distribución, que permite mantener una reputación e imagen de marca y una prestación de servicios especiales adecuada a las exigencias que requiere la comercialización de los señalados productos o servicios. Las notas esenciales del sistema de distribución selectiva derivan pues de las exigencias impuestas a los distribuidores de respetar los criterios de selección establecidos por el fabricante y del carácter restringido de dicho sistema de distribución, que se concreta en la prohibición de suministrar los productos a comerciantes no autorizados.

El comercio paralelo o venta gris, gestionado por *free rider* o polizones, desarrolla actividades de distribución gestionadas por empresarios que, sin estar integrados en la red creada por el fabricante, consiguen los productos de distribuidores integrados en la red y los venden compitiendo agresivamente con comerciantes que pertenecen a ella. Este tipo de ventas genera un “mercado gris” al margen del mercado oficial cerrado por el fabricante, que amenaza al sistema de distribución selectiva ya que, los distribuidores grises no reúnen los requisitos que el fabricante exige a los distribuidores oficiales o no están dispuestos a realizar las prestaciones exigidas. Generan un problema de parasitismo ya que ofrecen los mismos productos a un precio menor a costa de aprovecharse del prestigio y la actividad de preventa y postventa desarrollada por los distribuidores integrados en la red oficial.

Dadas las notas que caracterizan al sistema de la distribución selectiva, y en particular, las exigencias de prestación de servicios adicionales por parte de los distribuidores relativas a los servicios postventa tales como la garantía o el mantenimiento, o de preventa, como la información o la asistencia técnica a posibles compradores que acompaña la comercialización de los productos o servicios, es posible apuntar la existencia de dos problemas característicos, los problemas de “apropiación” y de “freeriding”, inconvenientes que suelen eludirse a través de cláusulas en los contratos de los distribuidores que suelen ser constitutivas de restricciones verticales¹.

¹ Estos problemas vienen contemplados en El Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la política de competencia comunitaria, en <http://europa.eu.int/comm/dg04/dg4home.htm>, cit. pág. 18, donde se identifica como problemas de apropiación el que afecta a un distribuidor que invierte en información preventa a los consumidores o en mejorar sus instalaciones, dado que la demanda de su producto se incrementará y ello redundará en su propio beneficio, pero también saldrá beneficiado el fabricante que suministra los productos que él venderá posteriormente, ya que, a su vez, podrá vender más productos al distribuidor. El problema de "free-riding" se describe como el problema que surge entre los

Atendiendo a la dimensión nacional o internacional, se distinguen entre las ventas paralelas y las importaciones o exportaciones paralelas². Las primeras denominadas como comercio gris engloban todas las reventas efectuadas por comerciantes no autorizados. Las segundas añaden el requisito de que los mercados de origen y de destino se encuentran en países distintos, es decir, cuando la venta gris viene precedida de importaciones paralelas, cuando se adquieren los productos originales en un Estado Miembro de la CEE donde previamente se han comercializado sea por el titular o con su consentimiento.

La protección del comercio paralelo, se justifica principalmente en el marco de las normas comunitarias de competencia como instrumento para promover la integración de las economías nacionales con vistas al establecimiento de un mercado comunitario³. El fabricante lucha contra las ventas grises tanto de forma preventiva como represiva. Preventivamente mediante el clausulado del contrato, estableciendo restricciones verticales que son eficaces para mantener la eficiencia económica del sistema diseñado. De forma represiva poniendo en práctica mecanismos del derecho de la competencia y de la propiedad industrial⁴.

En efecto, el equilibrio entre la defensa de los intereses del fabricante en mantener redes cerradas de distribución selectiva y los de los oferentes de las ventas grises en romper esta dinámica requiere el estudio de distintos ámbitos normativos, en particular, de ciertos mecanismos propios del derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Para resolver el conflicto que plantean las ventas grises frente a la eficacia de los sistemas de distribución selectiva será necesario analizar, en primer lugar, la licitud de los sistemas de distribución selectiva en las normas del régimen de la competencia, en segundo lugar, la lealtad o deslealtad de la actuación del importador paralelo en las normas de la competencia desleal, y en último lugar, las normas del derecho de propiedad industrial, particularmente del derecho sobre la marca que ofrece al fabricante preservar el uso exclusivo de un signo distintivo como contenido del derecho, limitado por la figura del agotamiento del derecho sobre dicho signo distintivo.

minoristas que venden la misma marca de un determinado producto en una zona determinada, ya que todos se benefician cuando las actividades para el fomento de las ventas se realizan sólo por uno de ellos.

² Especificando las definiciones de ventas grises y describiendo la evolución de su desarrollo, vid., FERNANDEZ FERNANDEZ, en *Los motivos legítimos que impiden el agotamiento del derecho de marca*, Granada 2005, pág. 21.

³ Debe señalarse que en *El Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la política de competencia comunitaria*, en <http://europa.eu.int/comm/dg04/dg4home.htm>, la Comisión ha insistido siempre en la libertad de los intermediarios para reaccionar ante las diferencias de precios entre Estados miembros y llevar a cabo un comercio paralelo como fundamento de su política de garantizar que los acuerdos de distribución suponen una integración del mercado y no tienen un efecto de compartimentación.

⁴ MASSAGUER, en- “La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises”, Homenaje a Baylos. *Estudios sobre Derecho Industrial*, Barcelona, 1992, págs. 455 y 466, considerando que el free rider no está tan interesado en ofrecer productos originales por sus características intrínsecas, cuanto por la propia existencia de la red de distribución oficial, ya que sólo si existe ésta tiene el producto imagen de marca y permite al *free rider* la comercialización con pingües beneficios.

II. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA Y DELIMITACIÓN FRENTE A OTRAS FORMAS DE DISTRIBUCIÓN

La distribución selectiva se contempla en el contexto de las normas de competencia en los Reglamentos de la Comisión 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del art. 3 del art. 81 de TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y el Reglamento 1400/2002, de 31 de Julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos a motor.

Según el art. 1 d) del Reglamento de la Comisión 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, se entenderá por “Sistema de distribución selectiva”, un sistema de distribución por el cual el proveedor se comprometa a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo 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”. La definición se contempla en iguales términos en el Proyecto de Reglamento de Restricciones verticales publicado frente a la expiración prevista del actual Reglamento el 31 de mayo de 2010⁵.

La distribución selectiva viene también regulada en el Reglamento 1400/2002, de 31 de Julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos a motor, disponiendo el art. 1.1. f) que se considera “Sistema de distribución selectiva”, un sistema de distribución en el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores o talleres de reparación seleccionados a partir de criterios definidos, y en el cual estos distribuidores o talleres de reparación se comprometen a no vender estos bienes o servicios a distribuidores o talleres de reparación independientes, sin perjuicio de la posibilidad de vender recambios a talleres de reparación independientes y de la obligación de facilitar a los operadores independientes toda la información técnica, todos los equipos de diagnóstico, todas las herramientas y toda la formación necesaria para la reparación y el mantenimiento de los vehículos de motor o para la aplicación de medidas de protección del medio ambiente.

Según la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución, por el contrato de distribución selectiva el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revenderlos a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando en su caso asistencia técnica a los compradores.

De las expresadas definiciones recogidas en los Reglamentos comunitarios y la Propuesta de anteproyecto puede concluirse que los contratos de distribución selectiva presentan tres notas características⁶. En primer lugar, los distribuidores selectivos son

⁵ Proyecto de Reglamento (CE) Nº .../... De la Comisión de (...) relativo a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

empresarios independientes que asumen los riesgos de reventa de los productos, en segundo lugar, esta forma de distribución suele vincularse a productos de alta tecnología o de lujo, y en tercer lugar, se excluye de la comercialización de los productos a los revendedores que no reúnan los requisitos para pertenecer al sistema o que no deseen realizar servicios de preventa o postventa que exige el fabricante⁷. Solamente de esta forma es posible garantizar la calidad y la imagen deseada y la prestación de los servicios que acompañan la comercialización.

Las mencionadas características permiten deslindar este contrato de distribución de otras formas de colaboración entre empresarios. Es posible diferenciar la distribución selectiva de la agencia. Según al art 1 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo sobre contrato de agencia, el contrato de agencia es aquél por el que “una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otro de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”. El agente se dedica a promover y, en su caso, contratar en nombre y por cuenta del comitente, mientras que el distribuidor adquiere y revende los productos en nombre y por cuenta propio. El agente percibe una comisión que se calcula en función de las operaciones realizadas, sin embargo, los ingresos los distribuidores suelen consistir en un margen entre el precio de compra y venta.

Los contratos no reciben el mismo tratamiento en el ámbito del derecho de la competencia, así, el contrato de agencia genuino no está sujeto a la prohibición de las reglas de competencia del art. 1 LDC, de forma que los acuerdos entre el agente y el principal no entran en el ámbito de la prohibición al actuar el agente como representante del comitente. La Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a las restricciones verticales⁸, recoge en el C II, los acuerdos de agencia entre los acuerdos verticales que por lo general quedan excluidos del ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 TCE⁹. El factor determinante en la evaluación de la aplicabilidad del apartado 1 del art. 81 es el riesgo financiero y comercial que asume el agente en relación con las actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal. Los pactos del resto de los contratos de distribución cuando contemplen restricciones de competencia tienen que estar contenidos en el ámbito de las exenciones para que no estén afectados por la norma que los prohíbe.

En el contexto de las relaciones verticales es posible señalar otros sistemas de distribución de venta y compra exclusiva que presentan notas diferenciadoras respecto de la distribución selectiva. Los contratos de venta exclusiva son contratos de distribución en los que se otorga un territorio en exclusiva al distribuidor, de forma que

⁶ Describiendo estas características GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva...*, cit. pág. 36; ALONSO SOTO, “Los contratos de distribución comercial”, URÍA/MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil II*, Madrid 2001, pág. 189.

⁷ En este sentido, GÓRRITZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Navarra, 2007, pág. 53.

⁸ Comunicación, 2000/C 291/01, DO C 291/1

⁹ La Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C 291/01), DO C 291/1.

el distribuidor tiene prohibido suministrar de forma activa productos fuera del territorio atribuido. En la distribución selectiva no existe la delimitación territorial, sino que se seleccionan a los distribuidores en virtud de criterios cualitativos para comercializar productos de lujo o alto desarrollo tecnológico, de forma que pueden concurrir varios distribuidores en el mismo ámbito geográfico. Es característico de la distribución selectiva una prohibición que no es propia de la distribución exclusiva, a través de la misma se trata de impedir que suministren a comerciantes no integrados en la red. No obstante, aunque con base en distintas razones, en ambas formas de distribución puede establecerse la prohibición de que actúen desde un establecimiento distinto al contractual¹⁰. Es característico del contrato de compra exclusiva que el distribuidor se comprometa a adquirir productos para su reventa únicamente al proveedor, a empresas vinculadas a él o a terceras empresas que tengan encargada la distribución de los productos, sin embargo, dicha imposición no es característica de la distribución selectiva, ya que normalmente en ésta última se comercializan productos de empresarios competidores.

La distribución selectiva en términos económicos es muy similar a la franquicia¹¹. La franquicia es un sistema de explotación empresarial en la que el franquiciante cede al franquiciado la utilización de un conjunto de derechos de propiedad industrial e intelectual para la comercialización de determinados tipos de bienes y servicios a cambio de una contraprestación¹². Lo esencial en la franquicia viene a ser la cesión de signos distintivos y de Know-how y la asistencia técnica y comercial por parte del franquiciante a favor del franquiciado durante la vigencia del contrato¹³. Presenta notas similares a la distribución selectiva en cuanto a la selección cualificada de los distribuidores, ya que los franquiciados se eligen en virtud de características singulares, como criterios económicos, preparación del personal y ubicación del local de negocios, criterios de selección que pueden concurrir con un sistema de distribución selectiva. En la distribución selectiva también se puede ceder la utilización de los signos distintivos, pero se trata de un contrato puro de distribución donde el proveedor no trata de configurar el modo de organizar la empresa del distribuidor como en la franquicia, cuya nota esencial radica en la pretensión de transmitir una forma de organizar la explotación de una empresa y que por este motivo adquiere la naturaleza de contrato sobre bienes inmateriales¹⁴.

¹⁰ Así, GÓRRITZ LÓPEZ, *Distribución selectiva...*, cit. pág. 47 señala que en la distribución exclusiva no se admite el segundo establecimiento ya que en caso contrario se puede violar la exclusiva territorial y en el caso de la distribución selectiva el segundo establecimiento puede no tener las condiciones exigidas en el establecimiento principal.

¹¹ Subraya esta similitud, BALLAMY/CHILD, en *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, cit. pág. 377, relacionando el caso *Pronuptia*, DOCE 1987 L13/39..

¹² En nuestro derecho viene contemplado en el art. 62 de la Ley 771996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y en el derecho comunitario se contemplaba en el Reglamento 4087/88 de 30 de noviembre de 1988, derogado por el Reglamento 2790/1999.

¹³ Destaca la doctrina, vid. RUIZ PERIS, *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de competencia*, Madrid, 2001, estos tres elementos como característicos de la franquicia. Subraya AROSEMENA, "El contrato de franquicia de distribución exclusiva: el análisis desde una perspectiva del comercio internacional y de la libre competencia en la Unión europea", <http://www.revistajuridicaonline.com>, pág. 268, que la franquicia es una alternativa a las sucursales.

III. LA DISTRIBUCIÓN SELECTIVA Y EL COMERCIO PARALELO EN LAS NORMAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Los sistemas de distribución selectiva se establecen mediante acuerdos verticales que se examinan en el contexto de la aplicación del art. 81 TCE, como eventuales acuerdos restrictivos colusorios, así como en el art. 82 TCE que prohíbe los abusos en empresas que están en posición de dominio.

El Libro Verde sobre restricciones verticales en la política de competencia comunitaria, recogía los principios de aplicación de las normas de competencia a los sistemas de distribución selectiva y sentaba las bases para el nuevo régimen dispuesto por el Reglamento 2790/1999 de la Comisión de exención de determinadas categorías de acuerdos verticales donde se contempla el régimen de las restricciones verticales incluidos en los sistemas de la distribución selectiva.

1. Antecedentes en las decisiones de la Comisión sobre la política de competencia comunitaria.

El *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria* resumía una panorámica general del sector de la distribución previa a la promulgación del Reglamento n.2790/1999 de la Comisión relativo a la aplicación del art. 81 del TCE sobre acuerdos verticales y prácticas concertadas¹⁴. El informe delimitaba la distribución selectiva como modalidad de distribución y el juego del comercio paralelo como instituto de equilibrio de los intereses contemplados en el régimen de la competencia. El documento describía la política llevada por la Comisión y anunciaba el propósito de emprender una revisión fundamental de la política aplicada a las restricciones verticales señalando los cambios y tendencias estructurales que podían revestir interés en relación con la política de competencia sobre restricciones verticales en la Unión Europea.

La Comisión menciona en el *Libro Verde* la evolución y el debate en los criterios de aplicación de las reglas de competencia sobre el régimen de las restricciones

¹⁴ La franquicia llega a considerarse más como una licencia sobre un bien inmaterial –el modelo de empresa- que comprende accesoriamente otras licencias sobre bienes inmateriales, adquiriendo por este motivo más bien la naturaleza de contrato sobre bienes inmateriales que contrato de distribución, vid. RUIZ PERIS, en -“El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *RGD*, 1995, pág. 11257.

¹⁵ Para una perspectiva general vid. ECHEBARRÍA SÁENZ, en “Acuerdos verticales”, en *Derecho Comunitario de la Competencia*, pág. 105 y ss

verticales, controversia de la que también se hace eco la doctrina y respecto de la cual es posible apreciar una evolución en los criterios de aplicación del art. 81 CE a las restricciones verticales¹⁶.

En un primer periodo la preocupación inicial de la Comunidad Europea era evitar que las empresas construyeran fronteras mediante acuerdos de distribución restringida, impidiendo el principio de la libre circulación de mercancías, por lo que se propugnaba un criterio amplio para la aplicación del art. 81 CE. Por influencia de las corrientes anglosajonas, durante los años ochenta las autoridades de competencia comunitaria flexibilizaron el criterio de definición de la prohibición mediante la aplicación de la regla de la razón, *rule of reason*, criterio que cerraba el ámbito de delimitación de los acuerdos prohibidos, lo que suponía que la concepción europea cedía ante la concepción anglosajona del Derecho *antitrust*¹⁷. A principios de los años 80, se pasó de considerar las restricciones verticales como una amenaza para la competencia a la opinión generalizada de que eran inocuas según los principios interpretativos de la Escuela de Chicago¹⁸. Bajo los principios interpretativos inspirados en esta regla, la *rule of reason*, la Comisión consideraba que los acuerdos de distribución selectiva no vulneran el art. 81.1 TCE cuando en el mercado relevante existía una intensa competencia entre fabricantes –*interbrand competition*– y una difundida competencia entre los sistemas de distribución –*intertype competition*–, ya que si bien reducían la vertiente intramarca de la competencia, fortalecían la intermarca. Según esta interpretación, los sistemas de distribución selectiva no infringen el art. 81.1 TCE cuando la empresa fabricante carece de poder en el mercado y el mercado no se encuentre saturado de sistemas de distribución que incorporen reglas de conductas análogas de las partes¹⁹. Esta interpretación fomentaba las estrategias de los empresarios que se dirigían a tutelar al fabricante y a los distribuidores oficiales frente al *free rider*, incluso cuando consistían en implantar restricciones verticales de la competencia que contenían limitaciones que versaran sobre el territorio, el precio o las categorías comerciales. Estas corrientes interpretativas que flexibilizan el ámbito de aplicación del art. 81.1 CE tienen reflejo en cierto sector de nuestra doctrina²⁰.

¹⁶ ZURIMENDI ISLA, en *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Navarra 2007, pág. 98 y ss; GINER PARREÑO, “La distribución selectiva ante el derecho comunitario de la libre competencia”, *Derecho de los Negocios*, Año 5, n.49, pág. 18; ALFARO AGUILA-REAL, en “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *InDret*, 253, 2004, pág. 10 y ss.

¹⁷ Sobre la evolución en la década de los sesenta, vid. ZURIMENDI ISLA, en *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 98 y ss.

¹⁸ Sobre la evolución de la política comunitaria de la competencia, ZURIMENDI ISLA, en *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 98 y ss. Y en “El modelo más eficiente...”, loc.cit. pág. 9; ECHEBARRÍA SÁENZ, “Acuerdos verticales”..., cit. pág. 110;

¹⁹ Describe esta interpretación del ámbito de la prohibición GINER PARREÑO, en “La distribución selectiva...”, loc. cit. pág. 18, valorando que la presente interpretación supone un triunfo de las concepciones anglosajonas en el ámbito de las políticas de competencia comunitarias.

²⁰ Cierta doctrina propugna la exigencia de seguir los principios de la doctrina de los *ancillary restraints*, por la eficacia protectora de la libertad contractual frente al derecho de la competencia. En este sentido, vid., GINER PARREÑO, en “La distribución selectiva...”, loc.cit. pág. 22 y ss.; Propugna esta misma interpretación sobre la base de la defensa de la licitud de los pactos restrictivos incluidos en “contratos con causa legítima”, ALFARO AGUILA-REAL, en “La prohibición...”, loc.cit. pág. 10 y ss, defendiendo la inaplicación del art. 81.1 CE a las restricciones inmanentes a un tipo contractual, *ancillary restraint*, de forma que, no es necesario ponderar los efectos

El modelo liberal de interpretación de las restricciones verticales quedaba superado por la reforma del sistema comunitario emprendido en *El libro verde sobre restricciones verticales en la política de competencia comunitaria*²¹, que se propuso una revisión fundamental de la política aplicada a las restricciones verticales.

El libro Verde publicado como documento previo a la aprobación del Reglamento n. 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, ofrecía un estudio sobre el criterio desarrollado hasta entonces por la Comisión en la evaluación de la aplicación de determinadas restricciones verticales, en general, sobre las diferentes formas de distribución y, en particular, de la distribución selectiva.

La Comisión clasificó en cuatro grupos los tipos de sistemas de distribución y, de acuerdo con las competencias conferidas por el Reglamento 19/65 del Consejo, aprobó exenciones por categorías para tres de ellos, sin incluir entre éstos a la distribución selectiva²². La distribución selectiva se definía por la Comisión como un tipo de distribución en la que los distribuidores son escogidos en función de los criterios objetivos que impone una distribución eficaz de los productos de que se trate y los distribuidores seleccionados prestan una serie de servicios pre o posventa y únicamente pueden vender los productos a consumidores finales o a otros distribuidores designados²³. Dado que este sistema de distribución no planteaba ningún problema de multiplicidad de notificaciones, la política de la Comisión al respecto se estableció en

procompetitivos o anticompetitivos de un acuerdo, ni la “eficiencia” o “ineficiencia” de un sistema de distribución selectiva, sino “solo hay que comprobar que las cláusulas con efectos restrictivos son coherentes con la finalidad (causa) legítima del contrato” – passim loc.cit. pág. 15- y que “se celebra entre sujetos que no son competidores entre sí”, reservando la aplicación del art. 81.1 CE a los contratos que tienen por objeto restringir la competencia, es decir, a aquellos “en los que la finalidad *principalmente* perseguida por las partes al celebrarlo es eliminar o reducir la rivalidad que existiría en otro caso entre ellos”- passim, loc.cit. pág. 22-..

²¹ Siguiendo el contenido de las propuestas del Libro Verde, ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 100 y ss, señala que el modelo post-Chicago llega a la conclusión de que las restricciones verticales no pueden ser ni universalmente aceptadas, ni universalmente condenadas, porque hay casos en los que resulta beneficiosos para la competencia y casos en los que resulta perjudiciales, por lo que habrá de ser examinadas caso por caso y no establecer una idea predeterminada sobre la licitud de las mismas.

²² A los acuerdos de distribución en exclusiva, con arreglo a los cuales un productor se compromete a recurrir a un solo distribuidor en una determinada zona se aplica el Reglamento 1983/83; Los acuerdos de compra en exclusiva, con disposiciones específicas para la cerveza y la gasolina, en los cuales el distribuidor se compromete a adquirir los productos en cuestión a un solo productor se contemplan en el Reglamento 1984/83; Los acuerdos de franquicia, en los que se atribuye al franquiciado un determinado territorio en el que podrá explotar los conocimientos técnicos y los derechos de propiedad intelectual del franquiciador y comercializar el producto o servicio de forma normalizada se contemplan en el Reglamento 4087/88.

²³ La definición que contempla *El libro verde...* loc.cit. pág. 39, p. 127, contempla la distribución selectiva como aquel sistema que esta relacionado con la naturaleza del producto e incluyen generalmente un compromiso recíproco de las partes, en virtud del cual el fabricante se compromete a abastecer únicamente a revendedores que reúnan una serie de requisitos profesionales o técnicos y los distribuidores autorizados, por su parte, se comprometen a no vender o adquirir los productos a mayoristas o minoristas no integrados en la red oficial.

decisiones individuales conforme al procedimiento del Reglamento 17/62, en la declaración de principios publicadas en los Informes anuales de competencia de la Comisión y en *sentencias* de los tribunales comunitarios²⁴.

Con la finalidad de exponer los criterios que se seguían por las autoridades de competencia para la aplicación de las normas recogidas en el art. 81 CE relativas a la prohibición y las excepciones de las restricciones verticales a la distribución selectiva, conviene precisar, en primer lugar, ciertas consideraciones generales sobre las restricciones verticales, para en segundo lugar, delimitar los criterios que de forma concreta se vienen aplicando para la distribución selectiva.

En este sentido, en primer lugar, como criterio general para el examen de las restricciones verticales se propugnaba la exigencia del examen particular del acuerdo en cuestión desde un punto de vista económico para realizar una evaluación completa de las ventajas de los acuerdos. En el plano económico se subraya la eficacia de las restricciones verticales para mejorar la eficiencia económica de los sistemas de distribución a través de una mayor coordinación entre fabricantes y distribuidores, ya que los acuerdos en dicha cadena de distribución reducen los costes de las operaciones, pudiendo materializar la eficiencia potencial existente en el sector de la distribución. Los *efectos anticompetitivos* sólo se producirían cuando la competencia entre marcas fuese débil y existieran barreras de acceso en los sectores de la producción o la distribución, ya que las restricciones verticales crean barreras de acceso u obstaculizan la competencia horizontal en mercados oligopolísticos²⁵.

Siguiendo estos principios generales de análisis, para una correcta aplicación de las reglas de competencia, se hacía necesario ponderar en forma particularizada los efectos económicos derivados de la eficacia del acuerdo, distinguiendo entre los casos en los cuales las restricciones verticales tienen un efecto absoluto positivo de aquellos casos en los cuales el efecto es negativo. Las restricciones verticales tienen normalmente un efecto positivo sin ambigüedades cuando son propiamente introducidos para resolver problemas de coordinación, mientras que los efectos negativos prevalecen cuando la competencia es débil en el segmento anterior y/o posterior del mercado.

²⁴ Entre los asuntos más destacables en los que se han pronunciado el Tribunal *de Justicia* y el TPI *son los siguientes*: Metro I, de 25.10.1977, as. 26/76, Rec. 1977, p. 1875; *L'Oréal*, de 11.12.1980, as. 31/80, Rec. 1980, p. 3775; *Lancôme*, de 10.7.1980, as. 99/79, Rec. 1980, p. 2511; *Salonia*, de 16.6.1981, as. 126/80, Rec. 1981, p. 1574; *Demo-Studio Schmidt*, de 11.10.1983, as. 210/81, Rec. 1983, p. 3045; *AEG/Telefunken*, de 25.10.1983, as. 107/82, Rec. 1983, p. 3151; *Binon*, de 3.7.1985, as. 243/83, Rec. 1985, p. 2034; *Ford Werke II*, de 17.9.1985, as. 25 y 26/84, Rec. 1985, p. 2725; *ETA/DK Investment*, de 10.12.1985, as. 31/85, Rec. 1985, p. 3933; Metro II, de 22.10.1986, as. 75/84, Rec. 1986, p. 3076; *Vichy*, de 27.2.1992, as. T-19/91. En cuanto a las *decisiones de la Comisión*, véase *Kodak*, DO L 147 de 7.7.1970, p. 24; *Omega*, DO L 242 de 5.11.1970, p. 22; *Bayerische Motoren Werke*, DO L 29 de 3.2.1975, p. 1; *SABA I*, DO L 29 de 3.2.1976, p. 19; *Junghans*, DO L 30 de 2.2.1977, p. 10; *Krups*, DO L 120 de 13.5.1980, p. 26; *Hasselblad*, DO L 161 de 12.6.1982, p. 18; *AEG/Telefunken*, DO L 117 de 30.4.1982, p. 15; *Ford Werke*, DO L 327 de 24.11.1983, p. 31; *Murat*, DO L 348 de 10.12.1983, p. 15; *SABA II*, DO L 376 de 31.12.1983, p. 41; *IBM Personal Computer*, DO L 118 de 5.4.1984, p. 24; *Grohe*, DO L 19 de 23.1.1985, p. 17; *Ideal Standard*, DO L 20 de 24.1.1985, p. 38; *Grundig*, DO L 233 de 30.8.1985, p. 1; *Ivoclar*, DO L 369 de 31.12.1985, p. 1; *Villeroy & Boch*, DO L 376 de 31.12.1985, p. 15; *Vichy*, DO L 75 de 21.3.1991, p. 57; *Yves Saint Laurent Parfums*, DO L 12 de 18.1.1992, p. 24; *Givenchy*, DO L 236 de 19.8.1992, p. 11.

²⁵ El *Libro verde*..., loc.cit. punto 10. pág. iii y ss

Como puede apreciarse, se subrayaba la importancia de la estructura del mercado en la determinación del impacto de las restricciones verticales. Cuanto mayor era la competencia entre marcas, mayor era la posibilidad de que los efectos positivos para la competencia y de eficiencia compensaran los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales.

No obstante, en este mismo contexto general, se advertía que el art. 81.1 CE se aplicaba prácticamente de *forma automática* a determinados acuerdos verticales que por su propia naturaleza no pueden sino falsear la competencia, entre los cuales se citaba, los acuerdos que restringen la libertad de los distribuidores para *fixar sus precios de venta* (fijación de los precios de reventa) y los acuerdos que establecen una *protección territorial absoluta* para los distribuidores en exclusiva, concluyendo que es improbable que se conceda una exención respecto de dicho acuerdos.

En segundo lugar, la práctica administrativa de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal distinguía tres tipos de distribución selectiva, cada uno de ellos caracterizado por la naturaleza más o menos restrictiva de los criterios de autorización aplicados.

El primer tipo se refiere a las redes basadas únicamente en la aplicación de criterios *cualitativos*. Este tipo de selección parte de criterios objetivos, mediante los cuales se definen el nivel de capacitación profesional que el distribuidor o su personal de venta han de poseer, así como las condiciones técnicas y funcionales que todo punto de venta autorizado debe reunir. En el plano jurídico, la Comisión venía recurriendo, desde sus primeras decisiones en la materia, a la "regla de la razón" "rule of reason", con arreglo a la cual la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 81 no afecta, en principio, a tales sistemas de distribución cuando la selección de los revendedores se atenga a los tres requisitos siguientes. En primer lugar, los criterios objetivos de carácter cualitativo deben responder a la naturaleza de los productos considerados (*principio de necesidad*). En segundo lugar, no deben imponer exigencias desproporcionadas con respecto al objetivo perseguido, esto es, el mantenimiento de un comercio especializado que pueda garantizar la venta, en condiciones óptimas, de los productos contractuales (*principio de proporcionalidad*). En tercer lugar, los criterios de selección cualitativos han de ser iguales para todos los revendedores y aplicarse sin discriminaciones (*principio de no discriminación*). Sin embargo, aún en este contexto se especificaba que esta conclusión general debía matizarse en ciertos casos particulares en que el mercado afectado es tan rígido y está tan estructurado, debido al efecto acumulativo de las múltiples redes de distribución selectiva, que el elemento de competencia inherente a tales sistemas resulta insuficiente para mantener una competencia efectiva. En tales casos, el sistema de que se trate podría entrar en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 TCE por lo que habría de examinarse a la luz de lo previsto en el apartado 3 del mismo artículo.

El segundo tipo de distribución selectiva, se basaba en aquellas redes a las que sólo pueden acceder los revendedores que, además de cumplir ciertos criterios cualitativos, están dispuestos a adquirir compromisos adicionales, *de carácter promocional*, motivo por el que escapaban a la "regla de la razón" y quedan sujetas a la prohibición del apartado 1 del artículo 81. No obstante, como estas obligaciones complementarias permitían concentrar la distribución en los puntos de venta más eficaces, mediante un reparto más racional de los costes ligados a la difusión de los

productos y la asistencia a los centros de venta autorizados, tales redes podían, en general, acogerse a una exención en virtud del apartado 3 del artículo 81.

Como tercer tipo se contemplaban aquellas redes en las que el fabricante limita el número de revendedores en función de criterios puramente *cuantitativos* (basados, por ejemplo, en el potencial de compra de una región) respecto de los cuales se afirmaba que en principio, entraban en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo. La Comisión sólo admitía la posibilidad de conceder una exención en casos sumamente excepcionales.

Por último, de forma particular, *El Libro Verde de Restricciones Verticales* clasificaba y examinaba con relación a cada tipo de acuerdo de distribución las principales restricciones verticales. El estudio es de enorme interés ya que ofrecía consideraciones que ayudaban a concluir decisiones acerca de la licitud de ciertas restricciones verticales en el contexto de los diferentes modos de distribución, cuyos argumentos explicarán la regulación que en adelante realizará por Reglamento 2790/1999 de restricciones verticales²⁶

Señala la doctrina más tradicional, entre los principios básicos de aplicación del art. 81.1 TCE a la distribución selectiva, que para que dicha disposición no se aplique al régimen de la distribución selectiva, el proveedor no debía adoptar ninguna medida dirigida a impedir las importaciones o exportaciones paralelas²⁷.

Para entender el marco del juego de las disposiciones relativas a la distribución selectiva con el comercio paralelo, se hace necesario contemplar el planteamiento, desde el estudio de las normas de competencia del Tratado CE en su contexto global. De acuerdo con una interpretación teleológica basada en los principios enunciados en el artículo 2 y la letra f) del artículo 3 del Tratado CE, las disposiciones comunitarias en materia de competencia no sólo están destinadas a proteger la eficacia del sistema económico, sino que representan además un instrumento para promover la integración de las economías nacionales, con vistas al establecimiento de un mercado único. Debido al objetivo de integración de los mercados, todo sistema de distribución en el que exista

²⁶ El Libro verde...,cit, pág. 48, p.152 y ss. siguiendo este criterio agrupaba en cinco grupos las restricciones que suelen acompañar los sistemas de distribución selectiva. El primer grupo agrupaba las cláusulas que conceden una *protección territorial* a las partes, se consideraba que son propias de las redes de distribución selectiva que se basan en criterios cuantitativos, respecto de las cuales, para obtener una declaración negativa o una exención, la Comisión venía exigiendo que no obstaculizasen las entregas cruzadas entre distribuidores autorizados, con independencia de que éstos estén establecidos en el mismo Estado miembro o en países comunitarios distintos. El segundo grupo se refería a las restricciones derivadas de las *obligaciones del distribuidor en materia de abastecimiento*, que se extiende a variantes como la imposición a los distribuidores autorizados de la obligación de comprar directamente al proveedor de cantidades mínimas de productos contractuales y al compromiso de almacenar surtidos representativos de la gama de productos contemplada en el contrato. En un tercer grupo se contemplaban las *obligaciones del distribuidor en materia de venta*, incluidas las cláusulas que afectase a su política de precios. Un cuarto grupo agrupaba las *cláusulas de no competencia* impuestas al revendedor. Un último grupo incluía las *cláusulas que restringen la clientela* a la que puede abastecer el distribuidor, cláusula que venía siendo típicamente contemplada en los sistemas de distribución selectiva, ya que es característico que los distribuidores autorizados se comprometan a vender los productos contractuales únicamente a los consumidores finales o a otros miembros de la red del proveedor.

²⁷ En este sentido, BALLAMY/CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Madrid 1992, cit, pág. 379, si bien conduce esta consideración a las limitaciones a los suministros cruzados entre comerciantes autorizados.

una protección territorial absoluta se consideraba, en principio, contrario a uno de los objetivos fundamentales del Tratado y, por tanto, incompatible con las normas de competencia comunitarias. Este principio es el fundamento último de la política de competencia de la Comisión para combatir las restricciones verticales y defender la ilicitud de aquellos acuerdos que puedan obstaculizar el comercio paralelo y las ventas pasivas fuera de los territorios concedidos.

La defensa del comercio paralelo sirve para combatir los efectos de aislamiento de los mercados nacionales. En este contexto se precisaba que mediante el desarrollo del comercio paralelo y el arbitraje los intermediarios y demás comerciantes deben tener la posibilidad de abastecerse en cualquier distribuidor y vender en cualquier mercado, atendiendo, en particular, a las diferencias significativas de precios entre Estados miembros.

No obstante, el instituto del comercio paralelo, como medio corrector, presenta limitaciones ya que se veía obstaculizado por medidas públicas (divisas, sistemas fiscales, normas técnicas y trámites administrativos diferentes), medidas privadas (acuerdos de no abastecimiento transfronterizo) y aspectos sociales (diferentes lenguas y culturas, y distintas preferencias de los consumidores), e incluso, en los casos en que, teóricamente, el comercio paralelo era posible, la naturaleza intrínseca de los modernos sistemas de distribución basados en la aplicación del sistema de la práctica comercial de gestión JIT, -“just in time”, es decir, de la práctica comercial de gestión que consiste en que las existencias no se producen ni almacenan sino que se proporcionan según la demanda- reducía el ámbito de aplicación del mecanismo del comercio paralelo. Desarrollando este último argumento la Comisión precisaba que aunque el precio sigue siendo un factor significativo, se incrementaba la importancia relativa de la certidumbre y la eficiencia en el suministro. Al sopesar la posibilidad de lanzarse al comercio paralelo, el mayorista o minorista integrado en una cadena de suministro eficaz no sólo deberá plantearse consideraciones financieras de tipo inmediato tales como el transporte, el almacenamiento, el capital y los costes administrativos, sino consideraciones a corto y medio plazo que tengan en cuenta el impacto que puede tener la operación en la cadena de suministro. Por ejemplo, las ventajas financieras obtenidas mediante una o varias operaciones de comercio paralelo, pueden desaparecer si el mayorista o minorista tiene que volver posteriormente al canal original de suministro (por ejemplo un importador o fabricante nacional) y experimenta retrasos en la reposición de existencias, retrasos que se derivan de la reducción de existencias en aplicación del sistema de la práctica comercial de gestión JIT²⁸.

2. La distribución selectiva, los acuerdos colusorios y el Reglamento de exención.

1. Consideraciones previas

²⁸ Conclusiones de *El Libro Verde...*, loc. cit. Pág. 12, punto 45 y ss.

Las propuestas del Libro Verde se concretaron en el Reglamento n. 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. En efecto, la experiencia adquirida antes de 2000 permitió definir una categoría de acuerdos verticales que a juicio de la Comisión cumplieran normalmente las condiciones previstas en el artículo 81, apartado 3, y que la Comisión incluyó en el Reglamento (CE) n° 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999 sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. La eficacia de dicha regulación se completó con lo previsto en el Reglamento 1/2003 de la CE²⁹, en el que el modelo de prohibición con autorización previa se sustituye por el de prohibición con excepción legal y se acompañó de un sistema de autoevaluación³⁰. Este sistema es de aplicación directa tal como confirma la Ley 15/2007, de 3 de Julio de Defensa de la competencia, y el Reglamento aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Un acuerdo vertical es aquel en el cual se pactan unas determinadas condiciones entre los distintos eslabones de la cadena de distribución de un bien o servicio, y por el que se establece un sistema de comercialización alternativo a la venta directa del bien en el establecimiento del proveedor, o a la creación de una red de distribución propia³¹.

La distribución selectiva venía mencionándose como uno de los cuatro tipos básicos de acuerdos verticales, junto a la distribución exclusiva, la compra exclusiva y

²⁹ El Reglamento instauro el sistema recogido en el Libro Blanco sobre modernización de las normas de aplicación del art. 85 y 86 del TCE que se proponía para descargar de trabajo a la Comisión, permitiéndole que se encargue de los casos más relevantes, descentralizando en Autoridades y Tribunales de los Estado Miembros la aplicación del art. 81.3 TCE.

³⁰ Según el apartado 1 y 2 del Reglamento 1/2003, establece que quedan prohibidos sin necesidad de declaración previa los acuerdos o prácticas incluidos en el art. 81.3 TCE que no cumplan los requisitos del art. 81.3 TCE, y que son válidos sin declaración previa al respecto, los que se incluyan en el art. 81.1 TCE pero que cumplan con los requisitos del art. 81.3 TCE. Este nuevo enfoque, según ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 169, es perfectamente compatible con la teoría más moderna del sistema de la escuela de post-Chicago, ya que el resultado será la ilicitud de los acuerdos con más efectos anticompetitivos que procompetitivos, porque caerán en la prohibición del 81.1 TCE y no cumplirán los requisitos del art. 81.3 TCE; y la validez de los que generen más ventajas que desventajas para la competencia, ya que pese a que entran en el ámbito del art. 81.1, cumplirán los requisitos del art. 81.3 y por tanto serán lícitos desde el principio sin necesidad de esperar a autorización alguna, habiendo ya desaparecido esta figura del sistema.

³¹ En este sentido, CALVIÑO SANTAMARÍA, “Acuerdos y prácticas restrictivas en el Derecho Comunitario y español de la Competencia: Acuerdos verticales”, en *Curso de Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. I pág. 1999. FERNANDEZ LERGA GARRALDA, en *Derecho de la Competencia*, Pamplona 1994, pág. 115. Los incluye ECHEBARRÍA SÁENZ, en la voz “Distribución comercial”, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Madrid 2006, pág. 329. Señala ECHEBARRÍA SÁENZ, en “Acuerdos verticales”, en *Derecho Europeo de la Competencia*, pág. 106, que mediante un “acuerdo vertical”, frente a la “distribución directa” o “los acuerdos de agencia”, un productor de bienes o servicios utiliza distribuidores especializados e independientes que adquieren mercancías, establecen sus propios medios para acceder a los consumidores y las revenden (comerciantes minoristas o detallistas) o bien actúan como comerciantes mayoristas intermediando entre los productores y los comerciantes minoristas.

los acuerdos de franquicia³². Según el art. 1 d) del Reglamento 2790/1999, se entenderá por “Sistema de distribución selectiva”, un sistema de distribución por el cual el proveedor se comprometa a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados. Se trata de un acuerdo vertical en el ámbito de los que define el Reglamento de exención 2790/1999 en el art. 2.1 del Reglamento como los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.

La conclusión de dicho acuerdo se acompaña del pacto de determinadas restricciones³³. Según el Reglamento 2790/1999, la exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado. Las restricciones verticales suelen caer en el ámbito de la prohibición del art. 81 TCE, art. 1 LDC, por la amplitud de su tenor, pero por aplicación del art. 81.3. CE, art. 1.3 LDC, y por el derecho derivado, la aplicación del Reglamento 2.790/1999 de exención por categorías, se exime y declara lícitos una gran parte de dichas restricciones verticales³⁴.

Según los criterios sentados por la normativa comunitaria, expresados en la Comunicación de la Comisión sobre la Directrices relativas a las restricciones verticales³⁵, el art. 81 CE ofrece un marco adecuado para la evaluación equilibrada de las restricciones verticales, reconociendo la distinción entre efectos contrarios a la competencia y efectos beneficiosos para la misma. El análisis del contenido del contrato de distribución selectiva puede concluir bien, que el acuerdo sea compatible con lo dispuesto en el art. 1 LDC, 81 TCE, bien, que sea incompatible pero se presuma válido por aplicación del Reglamento de exención 2790/1999 de acuerdos verticales, o bien, que no cumpla los requisitos para aplicarle el reglamento de exención, aún así, no habrá presunción de ilegalidad fuera de dicho Reglamento de exención por categorías, sino que será necesario un examen de autoevaluación individual respecto de tales acuerdos.

En efecto, el art. 81.1 CE prohíbe los acuerdos que restringen o falsean la competencia de forma significativa, mientras que el apartado 3 del mismo permite conceder una exención. Deben analizarse los efectos procompetitivos y anticompetitivos en cada caso concreto, si bien, como dicho análisis es complejo y costoso, el derecho se vale de los Reglamentos de exención como instrumentos de prueba, ya que en las normas establecen la presunción de legalidad respecto de ciertas conductas respecto de las cuales invierten la carga de la prueba. El Reglamento de exención por categorías se

³² Son los cuatro grupos delimitados por la Comisión que se incluían en Reglamentos de exención; así, se contemplaban los acuerdos de Distribución en exclusiva en el Reglamento 1983/83; los Acuerdos de compra exclusiva, con disposiciones específicas para la cerveza y la gasolina, en el Reglamento 1984/84 y los Acuerdos de franquicia, en el Reglamento 4087/88.

³³ Los preceptos sobre restricciones problemáticas que suelen acompañar al sistema de distribución se contemplan en los arts. 4 b), c) y d) y 5 c), del Reglamento de exención.

³⁴ En este sentido, ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 97.

³⁵ DO, de la Comunidades Europeas, C 291/1.

aplica únicamente a los acuerdos que entran en el ámbito de aplicación del art. 81.1 CE. Dicho Reglamento establece una presunción de legalidad respecto de los acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o del comprador.

La teoría económica prima en la aplicación de las normas *antitrust*, por lo que según el Reglamento 2790/1999, el acuerdo de distribución selectiva gozará de la exención cuando la cuota del proveedor, en ocasiones del comprador, no exceda del 30%, en caso de que no contenga restricciones verticales especialmente graves, que son las contempladas por el art. 4 del Reglamento de exención, y siempre sujeto al control de estipulaciones previstas por el art. 5 del reglamento de exención.

Sin embargo, no se presumirá que los acuerdos no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención son ilegales, sino que cabe la posibilidad de que sean analizados individualmente. Si el acuerdo o práctica restrictiva vertical se incluye en los supuestos del Reglamento 2790/1999, se presume que cumple con el art. 81.3 TCE y corresponderá la prueba de que no es así en el caso concreto a quién lo invoque, pero si queda fuera del Reglamento, se insta a los operadores a que lleven a cabo la propia evaluación sin notificar y corresponderá a los terceros demostrar la ilicitud que exige el art. 81.1 TCE y a los partícipes probar que se cumple con el art. 81.3 TCE. Si las empresas llevaran a cabo su evaluación sin notificar y recaerá en la Comisión la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe lo dispuesto en el art. 81.1 CE.

Teniendo en cuenta los resultados globalmente positivos de la aplicación del Reglamento 2790/1999 y de la expiración prevista del mismo el 31 de mayo de 2010, a la vista de la experiencia adquirida desde su adopción, se ha publicado el borrador de propuesta comunitaria que adopta un nuevo Reglamento de exención por categorías³⁶. El borrador contempla la regulación de aquellas cuestiones que afectan a la distribución selectiva en términos paralelos al vigente Reglamento 2790/1999 de la Comisión.

2. Acuerdos exentos por cuota de mercado

El Reglamento de exención establece la presunción de legalidad de ciertos acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o del comprador. Como regla general suele ser la cuota del proveedor en el mercado en el que vende el bien o servicio la determinante para la medición de la cuota. Solo en el caso de que el acuerdo incluya una obligación de suministro exclusivo³⁷, es la cuota de mercado del comprador en el mercado en que adquiere los bienes o servicios objeto del contrato, la que no puede superar el 30% para que sea de aplicación la exención por categoría.

³⁶ PROYECTO DE REGLAMENTO (CE) N°.../.. DE LA COMISIÓN de [...] relativo a la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

³⁷ El art. 1 c) del Reglamento 2790/1999, dispone que se entenderá por “Obligación de suministro exclusivo”, cualquier obligación directa o indirecta que obligue al proveedor a vender los bienes o servicios especificados en el acuerdo exclusivamente a un comprador dentro de la Comunidad para un uso específico o para su reventa.

Se presume que los acuerdos verticales que estén por debajo de dicho umbral conducen a una mejora en la producción y distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios, por el contrario, los que superen dicho umbral, es probable que no traigan dichas consecuencias³⁸. La regulación pretende bajo estos principios flexibilizar el régimen de las restricciones verticales atendiendo a la realidad económica, sin embargo, no está exento de críticas, por ser un criterio inseguro de difícil aplicación práctica y no ser un criterio que equivalga con exactitud al poder de mercado³⁹.

Para calcular la cuota de mercado, se ha de determinar el mercado de referencia. A tal efecto, se ha de definir el mercado de productos y el mercado geográfico de referencia⁴⁰. La cuota del mercado del proveedor es el porcentaje del mercado de productos y del mercado geográfico de referencia en el que vende a sus compradores⁴¹. En caso de suministro exclusivo, la cuota del mercado del comprador es su porcentaje de la totalidad de las adquisiciones realizadas en el mercado de compra de referencia⁴².

El art. 9 del Reglamento de exención completa la regulación estableciendo las normas de cómputo de la cuota. El precepto dispone que la cuota del mercado del 30% se calculará sobre la base del valor de mercado de las ventas de los bienes o servicios contractuales. En caso de que no se disponga de datos sobre el valor de mercado de las ventas, podrán utilizarse estimaciones basadas en los volúmenes de ventas en el mercado. Completa el artículo disponiendo que un empresario disfrutará del beneficio

³⁸ En este sentido, ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 215, considera que si el proveedor o comprador, según los casos, carecen de poder de mercado, los efectos negativos de las restricciones verticales se suavizan potenciándose los positivos, siendo generalmente el balance favorable, mientras que si gozan de poder de mercado, sucede todo lo contrario.

³⁹ Afirma estas menciones críticas, ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 214 y ss.

⁴⁰ Según la Comunicación de restricciones verticales, cit., puntos 88 y ss. el mercado de productos de referencia abarca cualesquiera bienes o servicios que el comprador considere intercambiables por sus características, precio y uso. El mercado geográfico de referencia abarca el área en la que las empresas en cuestión operan en el suministro y demanda de bienes o servicios relevantes, en la que las condiciones de competencia sean lo suficientemente homogéneas y que se pueda diferenciar de zonas geográficas vecinas como consecuencia, de que en tales áreas las condiciones de competencia sean notablemente diferentes. Los criterios generales se contemplan en la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia* [Diario Oficial C 372 de 9.12.1997].

⁴¹ Puntualiza la Comunicación de restricciones verticales, cit. puntos 91 que si el producto suministrado se emplea como insumo para otros productos y no es reconocible en el producto final, el mercado de producto se suele definir por las preferencias de los compradores. En caso de distribución de bienes finales, serán las preferencias de los consumidores finales las que influirán que son sustitutos para los compradores directos. Dado que los compradores son profesionales, el mercado geográfico es más amplio que el mercado en el que el producto se revende a los consumidores finales.

⁴² La Comunicación sobre directrices relativas a la aplicación de restricciones verticales, puntos 93 y ss explica que si el acuerdo vertical implica a tres partes que operan en distintos nivel de intercambio, -proveedor-distribuidor-consumidor-, las cuotas de mercado tendrían que situarse por debajo del umbral del 30%.

de exención cuando la cuota de mercado del año precedente no alcance el 30% y en caso de que supere esa cifra, las letras c) a e) contienen previsiones que flexibilizan la aplicación de la exención⁴³.

Cuando la cuota de mercado es superior al 30% aún es posible que la restricción sea lícita, debiendo evaluarse de forma individual si es aplicable al acuerdo lo previsto por el art. 81.1, y examinando si cumple las condiciones para la exención con arreglo al art. 81.3 del Tratado CE.

La propuesta de nuevo Reglamento de exención de restricciones verticales, contempla también la aplicación del texto normativo sobre la base de la cuota de mercado. Según el art. 3 del borrador de dicha propuesta, la exención prevista en el artículo 2 solo se aplicará si la cuota de mercado de cada una de las empresas partes del acuerdo no supera el 30% de cualquiera de los mercados de referencia afectados por el acuerdo. Es decir, exige que tanto la cuota de mercado del proveedor como la del comprador en el mercado de referencia no exceda del 30 %, suponiendo que los acuerdos verticales que no contengan un determinado tipo de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y ofrecen a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes

3. Restricciones no exentas por el Reglamento de exención.

El Reglamento de exención 2790/1999 contempla en los arts. 4 y 5 un determinado número de restricciones asociadas a los sistemas de distribución. En caso de que el acuerdo contemple una restricción de las especialmente graves del art. 4 del Reglamento 2790/1999, la consecuencia es la exclusión de todo el acuerdo vertical del ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías, sin que se contemple en el contrato la divisibilidad de las restricciones especialmente graves. Sin embargo, la ineficacia prevista en el art. 5 afecta tan sólo a las restricciones de que se trate y el resto del acuerdo seguiría beneficiándose de la exención. Por consiguiente, la posibilidad de acogerse al Reglamento de exención por categorías sólo se pierde en relación con aquella parte del acuerdo vertical que no reúna las condiciones establecidas en el art. 5 del mencionado Reglamento de exención.

⁴³ Dispone el art. 9.2 que a efectos de la aplicación del límite de cuota de mercado previsto en el artículo 3, se aplicarán las siguientes reglas: a) la cuota de mercado se calculará sobre la base de datos relativos al año natural precedente; b) la cuota de mercado incluirá los bienes o servicios suministrados a los distribuidores integrados a los efectos de la venta; c) cuando la cuota de mercado no supere inicialmente el 30 % pero se incremente a posteriori sin exceder del 35 %, la exención prevista en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 30 %; d) cuando la cuota de mercado no supere inicialmente el 30 % pero se incremente a posteriori por encima del 35 %, la exención prevista en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un año natural a contar a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 35 %; e) los beneficios de las letras c) y d) no podrán ser combinados de manera que excedan de un período de dos años naturales.

A). Restricciones especialmente graves.

Será poco probable que se otorgue exención individual a los acuerdos verticales que contengan restricciones especialmente graves⁴⁴. Dichas restricciones están contempladas por el art. 4 del Reglamento de exención, y se contemplan para impedir que los particulares entorpezcan o impidan el comercio intracomunitario⁴⁵. Se enumeran una serie de cláusulas prohibidas, conocida como lista negra o *hard core*, que reflejan la práctica decisoria de la Comisión ratificada por el Tribunal de Justicia, entre las que se encuentran las relativas a la protección territorial absoluta, impuestas por el principio vertebrador de integración del Mercado Único⁴⁶. La prohibición a la protección territorial absoluta se vincula con la defensa de las importaciones paralelas.

La protección territorial absoluta suele concretarse en la prohibición o restricción a la reventa a otros empresarios de dentro o fuera de la red. La distribución selectiva es un sistema que impone ciertas restricciones territoriales, si bien, es característico de dicha distribución selectiva, que las limitaciones se ciñan a la exigencia de que sean distribuidores incluidos dentro de la red, o distribuidores autorizados. Las restricciones prohibidas ligadas a la distribución selectiva que contempla el mencionado art. 4 del Reglamento de exención y de forma particular la prevista en el apartado c) de la disposición sobre los suministros cruzados, viene a ser una compensación a dichas restricciones para garantizar la efectividad del comercio paralelo⁴⁷.

En efecto, el art. 4 del Reglamento utiliza la fórmula de exención disponiendo que no se aplica a los acuerdos que “directa o indirectamente”, “por sí sólo o en combinación con otros factores bajo control de las partes”, tengan por objeto determinados contenidos, relacionando una lista negra de restricciones respecto de las que decae la presunción de licitud, algunas sobre el sistema de distribución selectiva⁴⁸.

⁴⁴ Sobre las restricciones especialmente graves vid. Directrices, núms.. 46 y ss.

⁴⁵ ALFARO, “Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales” Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia. 229 (2004), pág. 60

⁴⁶ Vid. PASCUAL PONS, en, “El nuevo tratamiento de las Restricciones Verticales en el Derecho Comunitario de la Competencia”, *Boletín ICE Económico*, n. 2626, sep. 1999, pág. 17.

⁴⁷ Señalando que estas restricciones persiguen conseguir la prohibición de importaciones paralelas y coadyuvar a que las mercancías se conviertan en productos de no libre tránsito, ECHEVARRÍA SÁEN, “Acuerdos verticales”..., cit. pág. 136; En este sentido, señala GINER PARREÑO, en “La distribución selectiva...”, pág 23, que la Comisión tiene en cuenta que el suministro a empresarios autorizados está expresamente permitido en la comunidad, con lo cual se garantizan en todo caso las importaciones paralelas, como subrayan los considerandos 29 y 30 de la Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 –asuntos acuerdos de distribución de Grundig en la Comunidad).

⁴⁸ El art. 4 del Reglamento de exención contempla, en la letra a) las *restricciones relativas al precio de venta*, “la restricción de la facultad del comprador 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” ; en la letra b) las *restricciones del territorio* “en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda venderseles, excepto: - la restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en

En primer lugar dispone el art. 4 b) que la exención no se aplicará a las restricciones territoriales en que el comprador pueda vender sus bienes o de los clientes a los que pueda vendérselos, ante el riesgo de que se pueda establecer una compartimentación del mercado, pero contempla una excepción de dicha prohibición para los acuerdos de distribución selectiva. Es posible incluir en el contrato restricciones de ventas activas y pasivas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva. Se admite como cláusula lícita en los sistemas de distribución selectiva incluida en la definición del art. 1 d) del Reglamento, que recoge como dato la prohibición de que los compradores vendan productos contractuales a empresarios no integrados en la red, siendo lícita pues esta condición cuando reúna además los otros dos elementos que concurren en la misma, que el proveedor seleccione a los empresarios que solicitan sus bienes y servicios y que lo haga en virtud de criterios específicos⁴⁹.

En segundo lugar, por el art. 4 del Reglamento 2790/1999, no puede establecerse en el contrato la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva, que opere al nivel de comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado. Según explica la Comunicación de restricciones verticales, el art. 4 c) del Reglamento se refiere a la restricción de ventas activas y pasivas a usuarios finales, ya sean usuarios finales profesionales o consumidores finales, por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva. Según la definición del art. 1 d) del mencionado Reglamento 2790/1999, no se pueden imponer restricciones a los distribuidores autorizados relativas a los usuarios o agentes de compra que actúan en nombre de tales usuarios a los que pueden vender.

En efecto, se prohíbe la combinación de un acuerdo de distribución selectiva con protección territorial a los distribuidores minoristas⁵⁰. La distribución selectiva puede ir unida a la distribución exclusiva con la condición de que no se restrinjan en sitio alguno

exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador, - la restricción de ventas a usuarios finales por un comprador que opere a nivel de comercio al por mayor, - la restricción de ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva, y - la restricción de la capacidad del comprador de vender componentes, suministrados con el fin de su incorporación, a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor; en la letra c) las *restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales* por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva, que opere al nivel de comercio al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento autorizado; en la letra d) la *restricción de los suministros cruzados* entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio; y en último lugar, en la letra e), *las restricciones acordadas entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora en otros bienes*, que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a reparadores o proveedores de otros servicios, no encargados por el comprador de la reparación o servicio post-venta de sus bienes”.

⁴⁹ En este sentido, GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 207 subraya que la especialidad de esta previsión está destinada exclusivamente a los acuerdos de distribución selectiva, dado que se trata de un elemento que configura la identidad de este sistema de distribución.

⁵⁰ Concreta esta incompatibilidad, GÓRRITZ LÓPEZ, *Distribución selectiva...*, cit. pág. 207.

las ventas activas y pasivas⁵¹. En efecto, el proveedor puede comprometerse a suministrar únicamente a un distribuidor autorizado o a un número limitado de distribuidores autorizados en un territorio definido, pero teniendo en cuenta que se prohíbe la combinación de un acuerdo de distribución selectiva con un acuerdo exclusivo que imponga la protección territorial para los distribuidores.

Si a los miembros que actúan en el comercio al por menor en un sistema de distribución selectiva se le restringen las ventas activas o pasivas a determinados consumidores finales, ello determina que se pierde el beneficio de la exención para todo el acuerdo. Según especifica la Comunicación de la Comisión⁵², en un sistema de distribución selectiva, el distribuidor autorizado debería gozar de plena libertad para anunciarse y vender con ayuda de internet.

Dada la prohibición que dispensa el art. 4 c) del Reglamento de restricciones a las ventas activas en caso de distribución selectiva –por venta activa se contempla la posibilidad de abrir un almacén o centro de distribución en el territorio exclusivo de otro distribuidor- concreta el precepto la salvedad de que se impida a un miembro de un sistema de distribución selectiva operar fuera del establecimiento autorizado. En el caso de la distribución selectiva es posible restringir la capacidad del distribuidor autorizado para determinar el emplazamiento de los locales, así como se les puede impedir que desarrollen la actividad en locales diferentes o abran un nuevo establecimiento en un emplazamiento diferente.

En tercer lugar, no pueden pactarse, según el art. 4 d) del Reglamento, la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio. Los distribuidores seleccionados han de poder adquirir los productos contractuales a otros distribuidores designados dentro de la red, de forma que la distribución selectiva no puede ir unida a restricciones verticales destinadas a obligar a los distribuidores a adquirir los productos objeto del contrato exclusivamente de una única fuente, como por ejemplo la compra exclusiva. También implica que dentro de la red de distribución selectiva, no se pueden imponer restricciones a los mayoristas designados en lo que respecta a sus ventas del producto a minoristas designados. Se consideran nulas las cláusulas que restringen las fuentes de aprovisionamiento dentro de un sistema de distribución selectiva. La finalidad de la norma es fomentar el flujo de bienes y servicios entre los diferentes territorios del mercado común⁵³. Esta finalidad, vinculada a la protección de la unidad del mercado común ocasiona que algunos propugnen que no debiera ser aplicada en el Derecho español⁵⁴.

La defensa de la competencia, en si misma, constituye simultáneamente un objetivo de defensa de los consumidores. Las señaladas prohibiciones sobre las restricciones de las ventas activas y pasivas a usuarios finales por parte de los miembros

⁵¹ Comunicación de restricciones verticales, punto 53.

⁵² Comunicación de restricciones verticales, punto. 53.

⁵³ En este sentido, GÓRRITZ LÓPEZ, *Distribución selectiva...* cit. pág. 208.

⁵⁴ Así se pronuncia, ZURIMENDI ISLA, en *Las restricciones verticales...*, cit. pag. 246.

de la distribución selectiva minorista y aquella prohibición que afecta a las restricciones de los suministros cruzados, pretende evitar prácticas de los proveedores para conseguir la prohibición de importaciones paralelas. Se impide que los proveedores conviertan los productos en mercancías de no libre tránsito⁵⁵.

B). Estipulaciones no cubiertas por el Reglamento de exención por categorías

El art. 5 del Reglamento de exención 2790/1999 disciplina las restricciones que se consideran prohibidas pero que no privan al resto del contrato del beneficio de exención, contemplando en tres apartados prohibiciones de competencia que pueden afectar a la distribución selectiva. La restricción asociada al sistema de distribución selectiva que desarrollamos se menciona de forma particular en el último apartado del precepto⁵⁶.

Según lo previsto en el art. 5 c) del mencionado Reglamento 2790/1999, no hay exención cuando se estipule cualquier obligación que directa o indirectamente prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores. Se trata de una cláusula inhibitoria de “cierta” competencia, por la que se prevé la nulidad de cualquier pacto que prohíba al comprador comercializar productos de marca de determinados competidores del proveedor. Frente a lo previsto en la letra a) del mismo art. 5 del Reglamento 2790/1999, que declara la nulidad de la cláusula de no competencia indefinida o por más de cinco años, en el caso previsto en el art. 5 c) del Reglamento de exención para la distribución selectiva contempla la nulidad referida a la no competencia referida a “determinados proveedores competidores” y, respecto de esta disposición, no se permite ningún plazo temporal⁵⁷.

⁵⁵ Sobre estas consideraciones vid. ECHEBARRIA SÁENZ, en “Acuerdos verticales”..., cit. pág. 135.

⁵⁶ Según el art. 5, La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales: a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador; b) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios excepto cuando tal obligación: — se refiera a bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, y — se limite al local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual, y — sea indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, y siempre y cuando la duración de dicha cláusula de no competencia se limite a un período de un año tras la expiración del acuerdo; esta obligación se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de imponer una restricción ilimitada en el tiempo, relativa al uso y la cesión de conocimientos técnicos que no sean de dominio público; cualquier obligación directa o indirecta que prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores.

⁵⁷ En este sentido, GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva...*, cit. pág. 215.

La tercera exclusión del Reglamento de exención se refiere a la venta de bienes que compiten entre si en un sistema de distribución selectiva. La combinación de la distribución selectiva con una cláusula de no competencia puede plantear el riesgo de exclusión de otros proveedores, en cuyo caso se aplicarían los criterios de la marca única, es decir, gozaría de la exención si no supera el 30% de la cuota de mercado, con una limitación a 5 años en caso de no competencia.

El art. 5 c) del Reglamento de refiere a la imposición a los distribuidores autorizados, directa o indirectamente, de la restricción de que adquieran a “determinados” proveedores competidores productos para su reventa, obligación que no puede acogerse al Reglamento de Exención por Categorías. Lo que se pretende, concluye las directrices, es evitar que una serie de proveedores que utilizan las mismas salidas de distribución selectiva impidan a uno o varios competidores específicos servirse de estas salidas para distribuir sus productos, dado que esta marginación de un proveedor competidor constituiría una forma de boicot colectivo⁵⁸. El propósito es evitar que exista una colusión horizontal para excluir determinadas marcas mediante la creación de un club selecto de marcas por parte de los proveedores que encabezan el mercado.

4. Retirada del beneficio de exención e inaplicación del Reglamento de exención.

El Reglamento 2790/1999 contempla la retirada del beneficio de exención en los arts. 6 y 7, cuando el acuerdo, ya se considere individualmente o junto a otros similares llevado a cabo por proveedores o compradores competidores, entra en el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE y no reúne todas las condiciones establecidas en el apart. 3 del art. 81 TCE. El acceso al mercado de referencia o a la competencia en dicho mercado puede quedar restringido de forma significativa por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos verticales “similares” puestos en práctica por proveedores o compradores competidores⁵⁹. En el caso de que se inicie el procedimiento de retirada, recae sobre la Comisión la carga de la prueba de que el acuerdo se encuadra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 TCE y de que no reúne las condiciones establecidas en el art. 81.3 TCE. Las decisiones de retirada sólo pueden producir el efecto *ex nunc*, lo que significa que los acuerdos en cuestión seguirán estando exentos hasta la fecha en que haga efectiva la retirada.

⁵⁸ Comunicación de restricciones verticales, pág. 14, n. 61, y pág. 38, n. 192. Desarrollando esta restricción, ARAÚJO y ESCUDERO, en “Protección de cláusulas colusorias (III): restricciones verticales” en BENEYTO PÉREZ, MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*. Tomo I, Barcelona 2005, pág. 344 y ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 257.

⁵⁹ Se producen efectos similares si las restricciones verticales se incluyen en alguno de los cuatro grupos que señala la Comunicación de restricciones verticales- cit. punto 73-, relativas al grupo de marca única, la distribución limitada, el mantenimiento del precio de reventa, o las de compartimentación de mercado.

Según el art. 8 del Reglamento de Exención, la Comisión podrá excluir de su ámbito de aplicación, mediante Reglamento, las redes paralelas de restricciones verticales similares en caso de que abarquen más de un 50% de un mercado de referencia. Un Reglamento con arreglo al art. 8 produce el efecto de eliminar el Reglamento de Exención por categorías y restaurar la aplicación del art. 81.1 y 3 TCE.

Como es sabido, los riesgos esenciales ligados a la distribución selectiva es la menor competencia intramarca y, en caso de efecto acumulativo, la exclusión de un determinado grupo o distribuidores y la mayor posibilidad de colusión entre proveedores o compradores. Si en un mercado se combinan sistemas de distribución selectiva cualitativa junto a sistemas de distribución selectiva cuantitativa, se deberá ponderar las consecuencias contrarias a la competencia de cada uno de los acuerdos y podrá interesar la retirada de las limitaciones cuantitativas impuestas al número de distribuidores autorizados.

No obstante parece poco probable que surja un problema de efecto acumulativo cuando la cuota del mercado cubierta por la distribución selectiva sea inferior al 50%. Según expresa la Comunicación de restricciones verticales, tampoco es probable que se plantee un problema cuando el índice de cobertura sea superior al 50% pero la cuota combinada de los cinco mayores proveedores (CR5) sea inferior al 50%. Es decir, si tanto la CR5 como la cuota de mercado cubierta por la distribución selectiva excedan del 50%, la evaluación variará en función de si los cinco mayores proveedores aplican o no la distribución selectiva. Cuanto más fuerte sea la posición de los competidores que no aplican la distribución selectiva, tanto menos probable será la exclusión de otros distribuidores. En caso de que los cinco mayores proveedores apliquen la distribución selectiva, pueden surgir problemas de competencia, en particular, con respecto a los acuerdos que impliquen criterios de selección cuantitativos que limitan directamente el número de distribuidores designados.

5. Evaluación individual de las restricciones verticales

Los acuerdos verticales no incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención se analizarán por las empresas en un proceso de autoevaluación de forma individual. Si la cuota de mercado pertinente es superior al 30%, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el art. 81.1 TCE. Si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el art. 81.1 TCE, debe examinarse si cumple las condiciones para la exención con arreglo al apartado 3 del art. 81 TCE⁶⁰.

Siguiendo pues la sistemática de análisis señalada, cabe considerar que las restricciones verticales pueden producir efecto procompetitivos y anticompetitivos, siendo imposible determinar *a priori* si son buenas o malas para la competencia, siendo necesario proceder a una ponderación de la aplicación de la norma caso por caso de forma individual. Sin embargo, como criterios generales viene reiterándose que las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales, si bien, en ocasiones

⁶⁰ Vid. a estos efectos, *Comunicación de la Comisión de Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 de tratado*, DO 27.4.2004, C 101/97.

se detectan ciertas consecuencias perjudiciales ligadas a su concusión. En primer lugar, suponen la exclusión del mercado a otros proveedores y otros compradores mediante el incremento de obstáculos de entrada. En segundo lugar, reducen la competencia intermarca entre las empresas que operan en un mercado, incluida la posibilidad de facilitar la colusión entre suministradores o compradores. En tercer lugar, pueden suponer una reducción de la competencia intramarca entre distribuidores de la misma marca. Por último, en cuarto lugar, pueden crear obstáculos a la integración de los mercados, entre los que se incluyen, las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado Miembro de su elección.

Las restricciones asociadas a los acuerdos de distribución selectiva se incluyen en el grupo de las restricciones verticales de distribución limitada. Bajo dichas restricciones se relacionan aquellos acuerdos cuya principal característica es que el fabricante sólo vende a un comprador o grupo reducido de compradores, limitando de este modo el número de distribuidores y las posibilidades de reventa⁶¹. Las restricciones se ligan a criterios de selección relacionados con la naturaleza de los productos y se restringen tanto ventas activas como pasivas a los distribuidores no autorizados, de forma que los posibles compradores serán sólo los distribuidores designados y los clientes finales. La distribución selectiva hace posible economías de escala logrando para el producto un precio minorista inferior, particularmente cuando permite ahorro de costes logísticos por economías de escala en el transporte, sin embargo, parece ser una eficiencia marginal de los sistemas de distribución selectiva.

A efectos de la ponderación de las restricciones ligadas a la distribución selectiva la Comunicación de la Comisión sobre restricciones verticales, siguiendo las pautas ya publicadas por el Libro Verde, se señala dos grupos de distribución selectiva, la cualitativa y la cuantitativa⁶².

En la distribución selectiva puramente cualitativa⁶³ se seleccionan los distribuidores autorizados en virtud de criterios objetivos necesarios por la naturaleza del producto, como la formación de personal de venta, el servicio prestado en el punto de venta, la venta de una gama de productos....⁶⁴ En general, las distribución selectiva

⁶¹ Según contempla la *Comunicación de restricciones verticales*, cit. pág. 21 Punto 109, como argumentos contrarios a la licitud de las restricciones que establecen grupos de distribución limitada se enumera que pueden restringir sustancialmente la libre elección de los consumidores en ausencia de suficiente competencia intermarca. Estas restricciones vienen a ser particularmente perniciosas si limitan el acceso a los distribuidores más eficaces o a los que posean un formato de distribución diferente, ya que pueden reducir la innovación en la distribución y privar a los consumidores del servicio específico o de una combinación precio-servicio de los distribuidores. A favor de la licitud de las restricciones del grupo limitado de distribución se argumenta que evita el parasitismo de distribuidores y garantiza la entrada de un nuevo producto, particularmente cuando son bienes complejos. Estos sistemas potencian la creación de una imagen de marca que incrementa las ventas, aumentando la capacidad de atracción de un producto para el consumidor. En general la exención es más probable en nuevos productos, productos complejos o productos cuya calidad sea difícil de determinar antes del consumo, llamados productos de “experiencia” o después del consumo, llamados productos de “confianza”.

⁶² Vid. Comunicación de restricciones verticales, pág. 36, puntos 184-198.

⁶³ La Comunicación de la Comisión se basa en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el Asunto T-88/92, Groupmenet d'achat Édouard Leclerc/Comisión, Rec. 1996,p.II-1961.

puramente cualitativa queda fuera de la aplicación del art. 81.1 TCE por ausencia de efectos anticompetitivos, cuando se cumplan tres condiciones⁶⁵. En primer lugar, la naturaleza del producto de que se trate, con la finalidad de garantizar su calidad y uso correcto. En segundo lugar, los revendedores han de ser seleccionados sobre la base de criterios objetivos de carácter cualitativo, establecido de manera uniforme para todos los revendedores potenciales y que no pueden aplicarse de manera discriminatoria. En tercer lugar, los criterios establecidos no deben exceder de lo necesario.

La distribución selectiva cuantitativa añade otro tipo de criterios de selección que limitan de forma más directa el número potencial de distribuidores autorizados, al exigir ventas mínimas o máximas, fijar el número de distribuidores autorizados.... Se propugna establecer como regla general la inclusión de estas restricciones en el art. 81.1 TCE, aunque no de forma automática, dado que este tipo de obligaciones no infringen necesariamente el art. 81.1 TCE⁶⁶. Para decidir sobre la licitud, se hace necesario contemplar el número de redes de distribución selectiva, puesto que cuando la aplica un proveedor no dominante, la distribución selectiva cuantitativa no crea, en general, efectos negativos netos, siempre y cuando los bienes objeto del contrato, habida cuenta de su naturaleza, exijan el uso de un sistema de distribución selectiva y a condición de que los criterios de selección aplicados sean necesarios para garantizar una distribución eficiente. Según el criterio de la Comisión expresada en la Comunicación de restricciones verticales, formas indirectas de distribución selectiva cuantitativa, derivadas de la combinación de criterios de selección puramente cualitativos con imposición a los distribuidores de un volumen mínimo de adquisiciones anuales, tienen menos probabilidades de producir efectos negativos netos si tal volumen no representa una proporción significativa del volumen de negocios total del distribuidor obtenido con el tipo de productos de que se trate y no exceda de lo necesario para que el proveedor pueda recuperar la inversión específicamente ligada a la realización o realizar economías de escala en la distribución⁶⁷.

La distribución selectiva cualitativa y cuantitativa pueden beneficiarse del Reglamento de exención por categorías hasta una cuota de mercado del 30% aún cuando se combine con otras restricciones verticales no especialmente graves como la no competencia o la distribución exclusiva, siempre que no restrinja las ventas activas de los distribuidores entre si, o de éstos a los usuarios finales. El Reglamento de exención por categorías exime la distribución selectiva con independencia de la naturaleza del producto de que se trate. Sin embargo, no hay efecto de eficiencia para

⁶⁴ Se basa en la descripción de restricciones “técnicas objetivas” ligadas a la exigencia de poner en marcha un sistema de distribución selectiva que no inciden en el ámbito del art. 81.1 TCE, vid. BELLAMY, *Derecho de la competencia*..., cit.pág. 387.

⁶⁵ Estos principios se recogían en sentencias clásicas comunitarias sobre distribución selectiva - vid. Comentarios caso METRO y AEG-TELEFUNKEN, en BELLAMY, *Derecho de la Competencia*....pág. 382 y ss-. En nuestra jurisprudencia, vid. sentencia Perfumería del TDC en Resolución 14.10.97, Exp. 380/96, señalaba en al Fundamento cuarto que una sistema de distribución selectiva no supone una práctica incurso en el art. 1 de la LDC si cumple tres condiciones en cuando a la selección de Iso revendedores y no contiene restricciones adicionales: principio de necesidad, principio de proporcionalidad y principio de no discriminación.

⁶⁶ Vid. BELLAMY, *Derecho de la Competencia*..., cit. pág. 389.

⁶⁷ Vid. *Comunicación de restricciones verticales*, pág. 36, punto 185 y ss

contrarestar la reducción significativa de la competencia intramarca en caso de que la naturaleza del producto no exija el uso de la distribución selectiva.

Otros factores tomados en cuenta para la evaluación pertinente con arreglo al art. 81.1 TCE son aquellos relativos a la posición de mercado del proveedor, la de los competidores, la del comprador, los obstáculos de entrada, la madurez de mercado, el nivel de comercio, la naturaleza del producto⁶⁸.

La posición en el mercado del proveedor y sus competidores es esencial con relación a los acuerdos de distribución selectiva, puesto que la pérdida de competencia intramarca presenta problemas mayores si la competencia intermarca es limitada. Si la posición del proveedor es fuerte hay más problemas en la competencia intramarca.

La posición de los competidores es de singular importancia en caso de efecto acumulativo, que como antes señalamos puede ser motivo de la retirada del reglamento de exención por categoría. Si los competidores son fuertes, la reducción de la competencia intramarca se ve ampliamente compensada por la competencia intermarca. Si la mayoría de los proveedores utilizan un sistema de distribución selectiva, se produce una disminución de la competencia intramarca y una exclusión de ciertos tipos de distribuidores, así como mayor riesgo de colusión entre los proveedores principales. Frente a la distribución exclusiva, la selectiva, presenta más riesgo de colusión por el carácter cerrado del sistema de distribución y la restricción de las ventas a distribuidores no autorizados. Es un sistema particularmente idóneo para evitar la presión a la baja sobre los márgenes del fabricante por parte de los almacenes de descuento. Por regla general no se considera que un proveedor con una cuota de mercado inferior al 5% contribuye de forma significativa a un efecto acumulativo.

El poder de compra puede aumentar el riesgo de colusión entre los distribuidores autorizados y alterar el análisis de los efectos anticompetitivos en la distribución selectiva. Se agrava la situación de forma particular en caso de que una organización de distribuidores autorizados impongan al proveedor criterios de selección cuyo objetivo sea limitar la distribución en beneficio de sus miembros.

En el caso de que se excluyan los distribuidores no autorizados, tiene particular interés el estudio de los obstáculos de entrada, pues generalmente aplican la distribución selectiva los fabricantes de marca y los minoristas excluidos necesitan tiempo y una inversión considerable para lanzar marcas propias u obtener suministros competitivos de otra marca. Dicho aspecto viene ligado con la madurez del mercado, ya que, la pérdida de competencia intramarca y la exclusión de proveedores o distribuidores puede representar un grave problema en un mercado maduro, pero resultan menos graves en un mercado con una demanda creciente, tecnologías en evolución y posiciones de mercado que cambian.

Con relación a los factores pertinentes para la evaluación con arreglo al apartado 3 del art. 81 TCE se señala la existencia de ciertas condiciones acumulativas⁶⁹.

⁶⁸ Comunicación de restricciones verticales, cit. puntos 121 y ss, relativos a la enumeración de los factores para la evaluación con arreglo al apartado 1 del art. 81 TCE.

La doctrina solía manifestar que si un sistema de distribución selectiva infringe el art. 81.1 TCE, puede cumplir con los requisitos para una exención con arreglo al 81.3 TCE, aunque afirmaban que sería difícil apreciarla si opera de forma que restringe las importaciones paralelas⁷⁰. La doctrina y la jurisprudencia, viene subrayando que debe aplicarse el art. 81.1 TCE en aquellos casos en los que el sistema de distribución selectiva incluya restricciones territoriales a la reventa de los productos, o si funciona de tal manera que impida las importaciones paralelas. En la política de competencia comunitaria, en general, para las restricciones verticales se sostiene que debe salvaguardarse un nivel razonable de competencia entre suministrador y distribuidores minoristas, y entre éstos últimos entre sí, competencia intrabrand, con el fin de garantizar las importaciones paralelas del productor al distribuidor o entre éstos últimos y a través de las fronteras estatales, como mecanismos para asegurar la permeabilidad y competitividad de los precios⁷¹. Por este motivo, se propugna la aplicación del art. 81.1 TCE a las prohibiciones a los suministros cruzados entre distribuidores autorizados.

Los enunciados criterios de calidad o cualificación, que autorizan cerrar los sistemas de distribución selectiva, imponen fuertes restricciones a la libertad de acción de los distribuidores y propugnan el abandono de la defensa a ultranza de la competencia intramarca, compensando estos efectos, con la valoración de la competencia intermarca, en cuyo ámbito se decide el derecho del suministrador a efectuar el control sobre el funcionamiento de la red de distribución⁷².

Si el diseño del sistema de distribución selectiva planteado por el proveedor no pretende compartimentar el Mercado Común, el art. 81.1 TCE no será normalmente de aplicación. Como antes señalamos, en aquellos casos en que el sistema de distribución selectiva infringe el art. 81.1 TCE, puede cumplir con los requisitos de exención del art. 81.3 TCE, aunque es difícil que se aprecie esta posibilidad si incluye una protección territorial absoluta y opera de forma que la pretensión directa es impedir las importaciones paralelas. El caso Ford-Werke, ilustra las dificultades que pueden surgir al conceder la exención del art. 81.3 TCE, a un sistema de distribución selectiva en el que se impedían las importaciones paralelas⁷³. Consideró el Tribunal que una decisión adoptada por el suministrador de un sistema de distribución selectiva, de cesar el suministro de un producto, es probable que infrinja el art. 81.1 TCE si el propósito de la decisión es directamente impedir las importaciones paralelas.

⁶⁹ En primer lugar, el acuerdo debe contribuir a mejorar la producción distribución o a fomentar el progreso técnico o económico. En segundo lugar, el acuerdo debe permitir a los consumidores acceder a una participación equitativa en los beneficios. En tercer lugar, el acuerdo no debe imponer a las empresas de que se trate restricciones verticales que no sean indispensables para obtener esos beneficios. En cuarto lugar, el acuerdo no debe brindar a esas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

⁷⁰ Vid. BALLAMY, en *Derecho de la Competencia...*, cit. pág. 391.

⁷¹ ECHEBARRÍA SÁENZ, en “Acuerdos verticales”,...cit. pág. 109, señalaba esta exigencia entre aquellos que propugnan que los acuerdos verticales introducen restricciones formales a la competencia, pero que dichas restricciones sólo son relevantes en función de sus efectos sobre el mercado.

⁷² Mencionando el expresado criterio en las fases de la evolución de la política comunitaria de la competencia, ECHEBARRÍA SÁENZ, en “Acuerdos verticales”..., cit. pág. 115.

⁷³ Vis. comentario de esta sentencia, en BELLAMY, *Derecho de la Competencia* ...,cit. pág.384.

3. Acuerdos verticales en la distribución de automóviles.

La distribución de automóviles se regula en el marco del Reglamento 1400/2002 de 31 de julio de 2002 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. Los considerandos de dicha reglamentación comunitaria subrayan, de forma particular, la exigencia de garantizar la competencia efectiva en el mercado común y entre distribuidores que se sitúen en diversos Estados Miembros, estimulando las medidas que favorezcan la integración de los mercados, como la protección para favorecer las ventas activas o pasivas a los consumidores extranjeros, impidiendo que se restrinjan las ventas pasivas a cualquier usuario final o distribuidor no autorizado situado en mercados en los que ha sido asignado territorios exclusivos, al igual que los acuerdos de distribución selectiva que restrinjan las ventas pasivas a grupos de clientes que hayan sido asignados de forma exclusiva a otros distribuidores.

La razón de este Reglamento especial es la injustificada diferencia de precios que existen entre los distintos Estados Miembros en la comercialización de vehículos, signo inequívoco de que no se ha conseguido el mercado único en la comercialización de los vehículos a motor y de que se abusa de él en las restricciones verticales. Por este motivo las autoridades comunitarias han realizado un reglamento de exención por categorías más restrictivo que el Reglamento 2790/1999⁷⁴. En cuanto a los intereses protegidos se ha deseado, por un lado, fortalecer la posición de los distribuidores de automóviles y de piezas de recambio, frente a los fabricantes de vehículos a motor y, por otro, evitar la compartimentación artificial del mercado europeo.

El Reglamento 1400/2002 se aplica a los acuerdos verticales de compra y venta de vehículos de motor, los acuerdos verticales para compra y venta de recambios de vehículos de motor y los acuerdos verticales para el establecimiento de un sistema de mantenimiento y reparación de dichos vehículos. La exención por categorías en materia de vehículos a motor conlleva la opción del fabricante por un sistema de distribución exclusiva o selectiva, permitiendo en este último caso la posibilidad de venta simultánea por el distribuidor en un mismo local de vehículos de diferentes marcas⁷⁵. Según el art. 1.1 f) Reglamento 1400/2002, se considera por “sistema de distribución selectiva”, un sistema de distribución en el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores o talleres de reparación seleccionados a partir de criterios definidos, y en el cual estos distribuidores o talleres de reparación se comprometen a no vender estos bienes o servicios a distribuidores o talleres de reparación independientes, sin perjuicio de la posibilidad de vender recambios a talleres de reparación independientes y de la obligación de facilitar a los operadores independientes toda la información técnica, todos los equipos de diagnóstico, todas las herramientas y toda la formación necesaria para la reparación y el

⁷⁴ En este sentido, ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales...*, cit. pág. 195.

⁷⁵ Describiendo el sistema de distribución de automóviles, vid. ALONSO SOTO, “Los contratos de distribución...”, cit. pág. 221.

mantenimiento de los vehículos de motor o para la aplicación de medidas de protección del medio ambiente.

El Reglamento observa los mismos principios para el análisis y aplicación de las reglas de exención que el Reglamento 2790/1999. Siguiendo el ejemplo del Reglamento 2790/1999, el acuerdo se beneficia de la exención cuando el proveedor, o en su caso el comprador, no alcancen una cuota de mercado determinada. El art. 3 especifica que con todo, el umbral de cuota de mercado para la aplicación de la exención será del 40% para los acuerdos por los que se establezcan sistemas de distribución selectiva cuantitativa para la venta de vehículos de motor nuevos.

Los acuerdos verticales no deben tener ninguna restricción que se incluya en los contenidos previstos por los arts. 4 y 5 del Reglamento 1400/2002. Las consecuencias de incurrir en el art. 4 del reglamento 1400/2002 es la privación de la integridad del acuerdo del beneficio de exención y las reguladas en el art. 5 del mismo texto legal, es la nulidad de la cláusula en cuestión.

En el art. 4 b) Reglamento 1400/2002 considera ilícita la restricción del territorio en el que el distribuidor o taller de reparación pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, pero exceptúa de dicha ilicitud la restricción de las ventas de vehículos de motor nuevos y recambios por los miembros de un sistema de distribución selectiva a distribuidores no autorizados en los mercados en que se practique la distribución selectiva. Según el art. 4 c) del Reglamento 1400/2002, es ilícita la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores o talleres de reparación pertenecientes a un sistema de distribución selectiva, incluso entre distribuidores o talleres de reparación que operen en distintos niveles comerciales; Según el apartado d) del art. 4 del reglamento 1400/2002, es ilícita la restricción de las ventas activas o pasivas de turismos o vehículos comerciales ligeros nuevos, de recambios para cualquier vehículo de motor o de servicios de reparación y mantenimiento para cualquier vehículo de motor a usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen en el nivel minorista en mercados en los que se practique la distribución selectiva. La exención se aplicará a los acuerdos que contengan una prohibición impuesta a un miembro de un sistema de distribución selectiva de operar a partir de un lugar de establecimiento no autorizado. No obstante, la aplicación de la exención a una prohibición de este tipo estará sujeta a lo dispuesto en la letra b) del apartado 2 del artículo 5 del Reglamento 1400/2002. Por último el art. 4 e) del Reglamento 1400/2002 dispone la ilicitud de la restricción de las ventas activas o pasivas de vehículos de motor nuevos que no sean turismos o vehículos comerciales ligeros a usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen en el nivel minorista en mercados en los que se practique la distribución selectiva, sin perjuicio de la capacidad del proveedor para prohibir a un miembro de tal sistema operar desde un lugar de establecimiento no autorizado.

Por último el art. 5.2 del Reglamento 1400/2002 establece que por lo que se refiere a la venta de vehículos de motor nuevos, la exención no se aplicará a cualquier obligación directa o indirecta impuesta a cualquier distribuidor de turismos o vehículos comerciales ligeros dentro de un sistema de distribución selectiva que limite su capacidad para establecer puntos de venta o de entrega adicionales en otros lugares del mercado común en los que aplique la distribución selectiva. Completa el art. 5.3 del

reglamento 1400/2002 que por lo que se refiere a los servicios de reparación y mantenimiento o a la venta de recambios, la exención no se aplicará a ninguna obligación directa o indirecta relacionada con el lugar de establecimiento de un taller de reparación autorizado en el que se aplique la distribución selectiva.

4. La distribución selectiva y el abuso de posición de dominio.

El objetivo del titular de un sistema de distribución selectiva de mantener cerrada la red de distribución, puede verse constreñida por la aplicación del art. 2 LDC considerando que concurre una situación de abuso de la posición de dominio. La doctrina subraya la posibilidad de que se revisen las ventas grises en el contexto del abuso de posición de dominio por ser ilícito *antitrust*, según el art. 2 LDC⁷⁶.

Para considerar la aplicación de dicha figura es necesario determinar cual es el mercado relevante, concepto que se delimita en función del mercado del producto, analizando los productos que son sustituibles y fijando el ámbito geográfico. Para su determinación el TDC ha venido contemplando algunos principios⁷⁷. La aplicación de dichos principios permiten deducir la conclusión de que la posición de los comerciantes paralelos es débil frente a la de los fabricantes, siendo improbable que prospere la acción de abuso de posición de dominio, dado que el TDC ha negado que la marca pueda servir para la determinación del mercado relevante sirviendo como criterio base para determinar el mercado del producto el mercado material de todos los productos sustitutivos y ha contemplado que el mercado geográfico se delimita en función del ámbito en el que operan las empresas afectadas⁷⁸.

Una vez delimitado el mercado procede determinar la posición de fuerza, lo cual se decide tomando como criterios el dato relativo al poder económico y el de independencia de comportamiento. Para valorar la posición de dominio de una empresa se consideran los datos relativos a la cuota de mercado y se efectúa un análisis conductista según el cual, más allá del dato formal relativo a la cuota se examina si dada la estructura del mercado los empresarios estén en condiciones de actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores, siendo capaces de modificar en su provecho el precio y otras características del producto.

⁷⁶ En este sentido, MASSAGUER, “La protección de los sistemas de distribución selectiva...”, *loc.cit.* pág. 458.

⁷⁷ En este sentido, concreta GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 325, que dichas consideraciones se dependen del estudio de sistemas de distribución selectiva aplicables a vehículos a motor, donde el TDC ha decidido que los vehículos de fabricantes diferentes, pero que responden a la misma función, forman parte del mismo mercado al ser sustituibles para el consumidor.

⁷⁸ En orden a concretar dicho mercado, según GÓRRITZ, LÓPEZ, *Distribución selectiva...*, pág. 325, es necesario señalar que las condiciones concurrenciales deben ser homogéneas o similares y distintas de los territorios vecinos, la extensión del territorio no es relevante, y que aunque se opera en todo un mercado nacional no por ello es un mismo mercado, ya que pueden existir barreras de entrada y condicionantes que lo fraccionen y sobre las concusiones que afectan a la valoración de la aplicación de las normas vid. pág. 444.

En orden a definir el abuso, se sigue el principio general que identifica como comportamiento abusivo el comportamiento diverso que cabría esperar de una situación de competencia efectiva. Con la finalidad de especificar concretas situaciones la Ley enumera una serie de conductas que pueden ser calificadas de abusivas cuando se desarrollan por una empresa situada en posición de dominio, algunas de las cuales están relacionadas con la distribución selectiva.

Es característico de la distribución selectiva prohibir a los distribuidores suministrar a comerciantes no autorizados limitando el régimen de distribución, supuesto que viene contemplado en el art. 2 b) de la LDC, cuando hace referencia a la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico. Son abusivas, según concreta la disposición cuando estas actuaciones ocasionen un perjuicio injustificado de las empresas o los consumidores⁷⁹.

Los empresarios que son excluidos de la red de distribución alegan que concurre el supuesto de abuso de posición de dominio aplicando el supuesto que hace referencia a la negativa injustificada de satisfacer productos, caso contemplado por el art. 2 c) LDC⁸⁰. Sería posible contemplar la aplicación de este caso para cuando los requisitos exigidos para formar parte del sistema de distribución no resulten justificados.

En la distribución selectiva sólo los distribuidores seleccionados tienen acceso a los productos del distribuidor, por lo que podría aplicarse el supuesto contemplado en el art. 2 d) LDC, que define que sería abusiva la conducta consistente en aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes cuando generen desventajas para unos competidores respecto de otros. Podría concluirse que solamente sería de aplicación la disposición cuando se trata de aplicar condiciones discriminatorias, considerando que no es abusiva la negativa de suministro a comerciantes que no reúnan las condiciones requeridas para formar parte de la red⁸¹.

IV. LA TUTELA JURÍDICA DE LOS SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA FRENTE AL COMERCIO PARALELO EN OTROS ÁMBITOS NORMATIVOS.

1. En el régimen de la competencia desleal.

⁷⁹ En este sentido, especifica GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 328, que sucederá este perjuicio injustificado cuando el propio proveedor no respete los criterios de selección de los revendedores, discrimine a los comerciantes respecto de esa prohibición, o bien, esa restricción no resulte adecuada a la naturaleza de los productos o a la configuración del sistema de distribución.

⁸⁰ En este caso, según GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...* cit. pág. 329, habría que valorarse la falta de justificación examinando dicha conducta a la luz de lo previsto por el Reglamento 2790/1999.

⁸¹ En este sentido, GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva...*, cit. pág. 329.

1. Planteamiento

Los sistemas de distribución selectiva pueden obtener tutela jurídica frente a las ventas paralelas o ventas grises, es decir, frente a la comercialización de productos originales llevadas a cabo por un *free rider*, en el ámbito de la Ley de Competencia Desleal⁸². En este contexto se plantea la licitud de las actuaciones de comercialización realizadas por un empresario respecto de productos que son objeto de un sistema de distribución selectiva cuando dicho empresario no está integrado en la red de distribución establecida por el proveedor.

El enjuiciamiento de la deslealtad concurrencial de las ventas grises a través de las normas de competencia desleal deben observar cierta congruencia con las previstas por las normas de defensa de la competencia, es decir, entre el enjuiciamiento *antitrust* y el enjuiciamiento de deslealtad no debería haber contradicción⁸³. En este sentido, no debería admitirse que conductas que son objetables desde el punto de vista de la competencia puedan ser eximidas por imperativo de la tutela contra la competencia desleal, ya que debería prevalecer la protección de la estructura del mercado. Un sistema de distribución que es adecuado por las normas antitrust, no puede corregir sus excesos a través de no reprimir la actuación de los *free riding* por considerar que no actúan de buena fe según las normas de competencia desleal. La formulación de un reproche de deslealtad debería llevar a reprimir las ventas grises aptas para frustrar los efectos beneficiosos del sistema de distribución que justifican su legitimidad antitrust⁸⁴.

2. Ilícitos concurrenciales del comerciante paralelo.

Se aplica la LCD a las actuaciones del empresario paralelo puesto que la comercialización se realiza en el mercado con un fin concurrencial, compitiendo con los distribuidores autorizados. Viene puntualizándose que el sistema de distribución selectiva no merece la tutela jurídico-concurrencial *per se*, es decir, ante cualquier venta gris, sino sólo ante casos que reúnan ciertas circunstancias, como aquellas que encierran una buena dosis de parasitismo, comportan engaño o inducen a los distribuidores oficiales a la ruptura de sus vínculos contractuales....⁸⁵.

⁸² Consideran esta protección MASSAGUER en “La protección de los sistemas de distribución selectiva...”, *loc.cit.* pág. 463, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, en “El agotamiento del derecho de marca...”, *loc. cit.* pág. 141 y GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, *cit.* pág. 348 y ss.

⁸³ Plantean estas consideraciones LOBATO GARCÍA-MIJÁN, en “El agotamiento del derecho de marca...”, *loc. cit.* pág. 141 y MASSAGUER, en “La protección de los sistemas de distribución selectiva...”, *loc. cit.* pág. 463.

⁸⁴ Establece la congruencia en estos términos, MASSAGUER, en “La protección de los sistemas de distribución selectiva...”, *loc. cit.* pág. 463

⁸⁵ MASSAGUER, en “La protección de los sistemas de distribución selectiva...”, *loc. cit.* pág. 463.

En efecto, la licitud del sistema de comercialización paralela puede ser desleal según los términos contemplados en la LCD, tanto por aplicación de la cláusula general como por el hecho de que las actuaciones vengan comprendidas en los casos que especifica la Ley⁸⁶. El acto de un tercero que vende un producto fuera de la red exclusiva predeterminada por el titular de la marca puede ser calificado desleal y estar subsumido en los casos previstos por la LCD. Dicha normativa contempla supuestos particulares que pueden aplicarse al comercio paralelo. En particular se contempla la aplicación de los supuestos de confusión, engaño, aprovechamiento indebido de la reputación ajena, inducción al incumplimiento, aprovechamiento ilícito del incumplimiento contractual o abuso de dependencia económica⁸⁷.

Se cuestiona si es posible que la conducta del comerciante de ventas grises se valore como un acto de confusión en los términos del art. 6 LCD. Se considera que son actos de confusión aquellos que ofrecen el riesgo de que los consumidores incurran en error sobre el origen de las prestaciones y de los establecimientos. Los elementos que caracterizan a la confusión son la dilución de la capacidad diferenciadora del signo distintivo y el riesgo de asociación sobre la procedencia de la prestación lo cual viene relacionado con la forma de presentar la actividad o desarrollar las actividades los empresarios⁸⁸.

Se engloba en el grupo de casos contemplados bajo la aplicación de este supuesto aquellos en los que se aluden a relaciones jurídicas inexistentes, en los que un sujeto se atribuye falsamente la condición de distribuidor de determinados productos⁸⁹. En la actividad del comerciante paralelo no hay confusión derivada de la utilización de un signo distintivo propio similar al fabricante, puesto que comercializa productos del fabricante con el signo original que pertenece a éste, sin que exista por parte del comerciante paralelo la pretensión de confundir al consumidor respecto de las prestaciones, la actividad o el establecimiento de los distribuidores autorizados⁹⁰. Sin embargo, las ventas grises, por las circunstancias en que se realicen pueden concurrir riesgo de asociación en la actividad cuando al comercializar los productos que también distribuyen los comerciantes autorizados, genere la creencia en los consumidores de que dicha comercialización va acompañada de los mismos servicios y prestaciones adicionales que efectúan los comerciantes autorizados, no siendo evidente que la comercialización se esta efectuando por un canal alternativo de venta.

⁸⁶ SI una conducta es incardinable en un tipo específico, debe abandonarse su calificación dentro de al cláusula general, a la que sólo habrá que acudir cuando no resulten de aplicación ninguna de las conductas desleales específicas, según MASSAGUER, *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Navarra, 2006, pág. 99-100.

⁸⁷ Son los casos mencionados por GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 348 y ss. y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, en “El agotamiento del derecho de marca...”, loc. cit. pág. 141

⁸⁸ ALONSO SOTO, “Actos de confusión”, en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, pág. 85.

⁸⁹ En este sentido, MARTINEZ SANZ, en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2009, cit. pág. 93, afirma que suele tratarse de casos en los que antiguos agentes o distribuidores actúan como si el contrato no se hubiera resuelto.

⁹⁰ Precisa GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 353, que las cuestiones conflictivas derivadas de la utilización del signo distintivo serán apreciadas aplicando el Derecho de marcas.

Estrechamente ligado al supuesto anterior, se considera la aplicación del supuesto de engaño previsto en el art. 7 LCD. El art. 7 LCD considera desleal la utilización de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de información verdadera y las demás prácticas que, a la luz de las circunstancias, sean susceptibles de inducir a error a los consumidores respecto de la naturaleza, modo de fabricación o distribución y demás prestaciones de los bienes o servicios ofertados⁹¹. Hay engaño cuando se proporcione o se omita información que ocasione error en el consumidor, no sólo cuando no es veraz sino cuando genere el riesgo de confusión en la recepción de dicha información por los consumidores debido a la forma en que se efectúa dicha información⁹².

Se aplica al que comercia de forma paralela productos que son objeto de una distribución selectiva, dado que puede generar riesgo de asociación, derivado de la circunstancia de que está comercializando productos que se distribuyen a través de una red de distribución selectiva identificados por una marca determinada, generando en el consumidor la confusión de que adquieren de un distribuidor autorizado y que tienen derecho a los servicios de posventa. Sin embargo, parte de la doctrina precisa que puede ser inaplicable el art. 7 LCD y ser por ello leal la comercialización del producto a través de comercio paralelo cuando los consumidores sean conscientes de que adquieren productos a un distribuidor independiente y que tendrán problemas en el acceso al servicio de posventa, concretando que sólo se considerará desleal la práctica que incida en la formación de la voluntad de los consumidores⁹³.

Es posible ponderar la aplicación del art. 12 LCD que considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, concreta el segundo apartado del art. 12 LCD, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como modelo, sistema, tipo o clase y similares⁹⁴.

⁹¹ El acto de engaño, según MASSAGUER, en *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid 1999, pág. 218, ha de reunir tres condiciones, exteriorización, referencia sólo y exclusivamente a la persona cuyas prestaciones se promocionan o a su actividad, prestaciones o establecimiento y aptitud para soportar un juicio de veracidad.

⁹² Así, MASSAGUER en “La protección de los sistemas de distribución selectiva...”, *loc. cit.* pág. 464, considera que esto ocurre cuando el *free rider* se presenta como distribuidor oficial, o garantiza de forma implícita o explícita, la prestación de unos servicios que no está en condiciones de suministrar.

⁹³ En este sentido GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 356, que aclara que las circunstancias de la actividad del comerciante paralelo pueden llevar a eliminar el engaño, exigiéndoles que en caso de que no sea manifiesta su condición, informe a los consumidores de que no pertenece a la red oficial y de las diferencias con los distribuidores integrados respecto de las prestaciones del producto.

⁹⁴ Los actos de competencia desleal permiten un apropiación ilegítima del resultado del esfuerzo ajeno y por tanto una usurpación de la ventaja concurrencial ganada por un tercero con dedicación. En el segundo sentido, los actos de aprovechamiento de la reputación ajena impiden al tercer afectado el normal desenvolvimiento de su actividad en el mercado, el pacífico disfrute de las oportunidades de negocio que procura la propia reputación en el segmento en el mercado en el que opera, según MASSAGUER, *Comentario a la Ley Competencia...*, cit. pág. 364.

El importador paralelo al comercializar los productos identificados con la misma marca podría estar beneficiándose indebidamente del prestigio que levantan los comerciantes integrados en la red⁹⁵. En este sentido, se podría considerar ilícita la actividad del importador paralelo por propugnar que al comercializar sus productos objeto de un sistema de distribución selectiva, se “aprovecha” de la publicidad y de las prestaciones realizadas por el fabricante y por los distribuidores oficiales⁹⁶. El importador tiene el interés de comercializar las mercancías del fabricante dada su imagen de calidad y de glamour, conseguidas por la actividad de los miembros de la red que ofrecen un adecuado servicio de preventa y de postventa. En ocasiones, la ilicitud de estos supuestos se sustenta en que el sujeto se presenta como distribuidor de la empresa en cuestión⁹⁷.

Sin embargo, la mera comercialización de un producto de un sistema de distribución selectiva por parte de un comerciante no autorizado no implica que concurre necesariamente la circunstancia de aprovechamiento indebido de la reputación ajena en la actividad del comerciante paralelo dado que, por una parte, el comerciante paralelo no puede evitar beneficiarse de la notoriedad de la marca objeto de distribución en un sistema selectivo, y por otra, para que concurra la deslealtad en el supuesto de aprovechamiento de reputación ajena el empresario desleal al comercializar el producto debe aludir al otro empresario o sus prestaciones para facilitar la venta⁹⁸.

El juicio de deslealtad de las ventas grises se construye sobre su subsunción en el tipo definido como “inducción a la infracción contractual”, contemplado en el art. 14 LCD⁹⁹, en el que se consideran los casos en los que un sujeto irrumpe en la esfera de relaciones contractuales de las que no es parte¹⁰⁰. Se aplica esta disposición considerando que el *free rider* entra en disposición de los productos originales porque alguno de los distribuidores de la red deja de cumplir los criterios de selección

⁹⁵ En este sentido, MASSAGUER, en “La protección de los sistemas de distribución selectiva...”, *loc. cit.* pág. 463 y 467.

⁹⁶ Así, GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 358.

⁹⁷ Recoge estos supuestos, PALAU, en *Comentario práctico ...*, cit. pág. 210.

⁹⁸ Habrá que analizar caso por caso, y específica, GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva ...*, cit. pág. 360, que se daría este supuesto si el comerciante paralelo para facilitar las ventas del producto incluye una publicidad comparativa de precios.

⁹⁹ El art. 14 LDC califica desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. Según el apartado segundo del citado art. 14 LCD dispone que la inducción a la terminación regular del contrato y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial, o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas. Conviene señalar un triple contenido de la disposición, la inducción a la infracción contractual, la inducción a la terminación del contrato y el aprovechamiento ilícito del incumplimiento contractual.

¹⁰⁰ Especifica, MASSAGUER, en *Comentario a la Ley...*, cit. pág. 403, que se trata en particular, de la irrupción que provoca o aprovecha una ruptura contractual, a la infracción de las obligaciones derivadas de un contrato o la terminación de un contrato.

impuestos para los suministros de terceros e incumple su obligación contraída en el contrato de distribución de vender sólo a comerciantes autorizados¹⁰¹.

Bajo los presupuestos del art. 14 LCD puede subsumirse la actividad del importador paralelo puesto que éste pretende aprovecharse del incumplimiento cuando uno de los comerciantes pertenecientes a la red oficial de distribución incumpla su contrato¹⁰². El importador paralelo persigue que los comerciantes integrados en la red de distribución incumplan sus obligaciones básicas, dado que se considera esencial para el mantenimiento del sistema de distribución selectiva y por esto, obligación básica del contrato, que los comerciantes paralelos no distribuyan a comerciantes no autorizados¹⁰³. La inducción comprende todo ejercicio de influencia sobre otra persona directa y conscientemente encaminada y objetivamente adecuada para moverla a infringir deberes contractuales básicos. Los actos de competencia desleal tipificados bajo la rúbrica de “inducción a la infracción contractual” poseen tres supuestos básicos, la existencia de una relación contractual eficaz, el incumplimiento de la misma y el conocimiento de una y otra¹⁰⁴. El juicio de la deslealtad de la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos no está sometido a la concurrencia de especiales circunstancias y su condena no está condicionada a la intencionalidad del sujeto agente, a los medios empleados ni a los resultados obtenidos, en especial la producción efectiva o potencial de un perjuicio al sujeto que padece el incumplimiento de la contraparte.

Corresponde al fabricante o al distribuidor demostrar la inducción del polizón pues forma parte de los hechos constitutivos de ilícito que alegan y la Ley no establece inversión de la carga de la prueba, generando un esfuerzo económico muy importante averiguar quién es el distribuidor exclusiva que vendió las mercancías al proveedor y comprobar si el comerciante paralelo de indujo a incumplir¹⁰⁵

El segundo supuesto contemplado por el art. 14 LCD que puede concurrir en el importador paralelo es el “aprovechamiento ilícito del incumplimiento contractual”, que se suman a los presupuestos de que exista una relación contractual válida y que se incumpla alguna de sus obligaciones por parte de los distribuidores integrados en la red.

¹⁰¹ En este sentido, MASSAGUER, “La protección de los sistemas de distribución selectiva...., *loc.cit.*pág. 464.

¹⁰² En este sentido, GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 361.

¹⁰³ Sobre la concurrencia del requisito de la existencia de competencia entre el inductor –comerciante paralelo- y el acreedor de la obligación incumplida –fabricante- considera GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 363, que no es un requisito consustancial de configuración del ilícito contemplado en el art. 14 LCD ni requisito de procedibilidad de la acción que contempla la disposición.

¹⁰⁴ Precisa este tiple contenido, MASSAGUER, “La protección de los sistemas de distribución selectiva...., *loc.cit.*pág. 464.

¹⁰⁵ Concluye GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 380, que el principal problema que plantea la consideración de al aplicación de este supuesto es la prueba de al concurrencia del ilícito. En el mismo sentido, MASSAGUER, en “la protección de los sistemas de distribución selectiva...., *loc.cit.*pág. 466 afirma que sólo la casualidad o unos gastos desmesurados en una agencia de investigación pueden proporcionar al demandante los medios de prueba que necesita para demostrar que uno de los distribuidores autorizado fue inducido a incumplir los pactos relativos a la selección de los revendedores.

En efecto, para que exista aprovechamiento por parte del importador paralelo, tiene éste que recibir una ventaja competitiva, circunstancia que suele concurrir dado que el incumplimiento de los comerciantes oficiales hace que el comerciante paralelo acceda a la comercialización de mercancías a precios más bajos que los comerciantes integrados en la red¹⁰⁶. Además, las ventas grises no son automáticamente desleales por el aprovechamiento, sino por los medios empleados para lograr el incumplimiento y los efectos del aprovechamiento. Debe concurrir la circunstancia de que exista un incumplimiento conocido por el comerciante y que los medios o la finalidad del tercero sean ilícitos, concurriendo esta falta de legitimación concurrencial cuando el importador paralelo actúa en el mercado de manera sistemática y reiterada puesto que su actividad socava los fundamentos del sistema de distribución selectiva y pretende eliminar al competidor del mercado¹⁰⁷.

El abuso de dependencia económica es un arma que emplean los distribuidores que no están integrados en la red del fabricante contra él. La regulación de la dependencia económica viene contemplada en el art. 16 LCD¹⁰⁸. El art. 16.2 LCD dispone que se reputa desleal la “explotación” por parte de una empresa de “la situación de dependencia económica” en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

Para la determinación de la existencia del ilícito se hace preciso considerar la situación de dependencia y la explotación abusiva de la misma. Viene precisando la doctrina que hay situación de dependencia económica cuando “no hay alternativa equivalente”, presumiéndose dicha circunstancia cuando el proveedor debe dar ventajas adicionales a sus clientes que no otorga a compradores similares¹⁰⁹. Para determinar si

¹⁰⁶ Según MASSAGUER, en “La protección de los sistemas de distribución selectiva...”, *loc.cit.* pág. 466, El aprovechamiento requerido por el art. 14.2 LCD concurre cuando el sistema de distribución selectiva es un sistema cerrado, tanto en sentido jurídico, debido a que el fabricante haga llegar sus productos al público a través de distribuidores autorizados, como fáctico, si el fabricante controla efectivamente el cumplimiento de los criterios de selección. Y procede contra aquellos que no los respetan.

¹⁰⁷ En este sentido MASSAGUER, en “La protección de los sistemas de distribución selectiva”, *loc. cit.* pág. 468.

¹⁰⁸ La regulación de este supuesto venía contemplada en la Ley 3/1991 de competencia desleal. Con posterioridad, la Ley 52/1991, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989 de 17 de julio de defensa de la competencia anteriormente vigente, introdujo la figura en la normativa *antitrust*, lo que originaba una duplicidad en la regulación que obligaba a la doctrina a estudiar comparativamente ambas normativas, así vid. FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO, en *Competencia desleal y antitrust...*, pág. 50 y ss., calificando de “ilícito clónico” el abuso de situación de dependencia económica, ya que venía previsto de forma paralela en el art. 16.2 LCD y el art. 6 LDC del 1989. Desaparece en la redacción vigente de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, la referencia a la situación de dependencia económica, que queda solamente contemplado en el art. 16 de la LCD.

¹⁰⁹ Entre las circunstancias que permiten deducir la situación de dependencia económica vienen analizándose la posición de dominio, incluso las relativas, el volumen de negocios existentes entre las empresas, y la notoriedad de la marca y la importancia de la cuota de mercado, así, vid. ZABALETA, *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, cit. pág. 231.

hay situación de dependencia deben apreciarse un conjunto de circunstancias que revelan esta posición, así, son indicios especialmente significativos, la existencia de una situación de exclusiva, el volumen de negocios existente entre dos empresas, la notoriedad de la marca y la importancia de la cuota de mercado¹¹⁰. El ilícito concurrencial se desencadena cuando se explota de forma abusiva esta situación de dependencia¹¹¹. En este sentido, puede considerarse concreciones de las conductas abusivas lo previsto en el art. 16.3 LCD¹¹².

El ilícito desleal contemplado por el art. 16 LCD tiene relevancia en el régimen de la distribución selectiva y sus relaciones con el comercio paralelo que venimos considerando, tanto por su relevancia con relación a los empresarios integrados en la red, como con relación a los empresarios que no se hallen en situación de dependencia económica pero resultan perjudicados por la conducta de un empresario con posición de dominio relativa. El art. 16 LCD tiene eficacia en este contexto debido a que los distribuidores integrados en la red de comercialización suelen alegar que existe situación de dependencia económica con relación a los proveedores, fabricantes de los productos que comercializan. Por regla general son los fabricantes los que detentan la posición de dominio, exigiendo a los distribuidores las condiciones precisas para formar parte de la red selectiva, siendo excepción la posibilidad de que la posición de dominio sea la del distribuidor. En esta situación, son desleales las prácticas del proveedor discriminatorias que consistan en aplicar condiciones comerciales diferentes a la de sus competidores, las que reduzcan el suministro de productos o den por terminado el contrato antes del plazo establecido o sin preaviso adecuado.

Pero también pueden esgrimir la existencia de este ilícito, terceros que pueden resultar perjudicados, sin que sea necesaria una relación comercial entre la persona que denuncia el abuso y el titular de la posición de dominio relativa¹¹³. En este sentido, estarían afectados por la eficacia de la disposición los revendedores que no han sido admitidos en la red de distribución selectiva, así como los importadores paralelos o competidores del fabricante que ha creado la red de distribución¹¹⁴.

¹¹⁰ ZABALETA DIAZ, *La explotación de una situación de dependencia...*, cit. pág. 231.

¹¹¹ No es suficiente la existencia de una situación de dependencia económica para tachar cualquier actuación como ilícita, sino que debe ser su carácter injusto y desproporcionado, GÓRRITZ LÓPEZ, *Distribución selectiva...*, cit. pág. 376.

¹¹² A pesar de que no existe referencia en este tercer apartado a la situación de dependencia económica, concluye la doctrina afirmando que no se tratan de menciones que especifiquen tipos legales autónomos, sino que se trata de dos ejemplos de ilícitos sancionados por el apartado segundo relativo a la situación de dependencia, vid. argumentos en GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 371 y ss., cuando afirma que son actuaciones de explotación de una situación de dependencia desleal el art. 16.1. letra a), la ruptura aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor y el apartado b) del 16.3 LCD se considera desleal, la obtención, bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pagos con cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado.

¹¹³ En este sentido, ZABALETA DÍAZ, *La explotación de una situación de dependencia...*, cit. pág. 251.

2. En el derecho de marcas.

1. Planteamiento del conflicto

Los sistemas de distribución selectiva, como sistemas cerrados de distribución, podrían obtener tutela en la eficacia de las normas de propiedad industrial, particularmente en el instituto del derecho sobre la marca, cuyos efectos se limitan por la institución del agotamiento. La marca y el derecho de utilización exclusiva que funda la titularidad del signo distintivo se alega por los proveedores y los licenciatarios, comerciantes autorizados integrados en la red de distribución, con el fin de defender el sistema cerrado de distribución selectiva, acudiendo los comerciantes externos a la red en defensa de su actividad de comercio paralelo a la figura del agotamiento del derecho de marca.

La defensa de la licitud de los sistemas de distribución selectiva se basa en postulados derivados de la exclusividad de los derechos de propiedad industrial, se desarrolla en el marco de los contratos de licencia, mientras que el principio del agotamiento del derecho nace para establecer un límite a dicha exclusividad, de forma que el derecho del titular no se extienda a la posibilidad de controlar el comercio¹¹⁵. La función esencial del derecho de marca es la identificación de los productos que está diferenciando y garantizar la procedencia de los mismos. Se garantiza la procedencia atribuyendo al titular el derecho a poner en circulación los productos por primera vez y a protegerse contra los competidores que quieran aprovecharse de la reputación de la marca vendiendo productos identificados ilegalmente con el mismo signo. Pero la exclusiva se agota con la puesta de las mercancías en el mercado por primera vez.

La defensa del importador paralelo se basa en la institución del agotamiento del derecho de marca, institución que se impone en aras de la unidad de mercado y del libre comercio interior¹¹⁶. Desde el derecho de competencia y la defensa de la libre circulación de mercancías, se fomenta el comercio paralelo, cuya finalidad económica

¹¹⁴ El art. 19 LCD configura de forma amplia la legitimación activa y, según GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 379, permite ejercitar acciones a todas las personas cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, por tanto, también estarán legitimados los competidores del fabricante que abusa de la situación de dependencia económica de sus distribuidores y cierra el acceso al mercado.

¹¹⁵ Sobre estas relaciones, vid. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, “El agotamiento del derecho...”, loc. cit. pág. 140.

¹¹⁶ Concreta DE LAS HERAS LORENZO, en *El agotamiento del derecho de marca*, cit. pág. 27 y ss, que las importaciones paralelas sólo tienen lugar cuando el precio en el mercado de exportación es más bajo que en el mercado de importación, de modo que tal diferencia de precios permite al importador compensar los costes de importación –precios de compra, de transporte, impuesto, aranceles- y ofrecer los productos importados a precios inferiores a los practicados por la red “oficial” de distribuidores instaurada por el titular de la marca.

consiste en evitar la discriminación de precios en manos de fabricante, generando dicha importación paralela un arbitraje de precios lícito¹¹⁷. El principio del agotamiento del derecho de marca señala un límite necesario al contenido del derecho ya que impide que el fabricante monopolice la comercialización de un producto. Se agota el derecho de marca cuando el titular de un signo distintivo o terceros con su consentimiento comercializan un producto en un determinado territorio, de forma que los terceros son libres de utilizar el signo distintivo en la distribución y venta del producto. Mediante el agotamiento se pretende evitar un ejercicio abusivo del derecho que exceda de la función de señalar el origen que cumple la marca, impidiendo que el derecho sea instrumentalizado como privilegio o monopolio de importación en interés exclusivamente privado¹¹⁸.

El enfrentamiento que mantienen fabricantes y comerciantes paralelos, en el contexto del derecho de marca, la eficacia e interpretación de las disposiciones favorecen, según propugna parte de la doctrina, al titular del signo distintivo¹¹⁹.

2. El agotamiento del derecho de marca

El art. 34 de la Ley 17/2001 de 7 de diciembre de Marcas dispone que el registro de la marca confiere a su titular el derecho a utilizarla en la tráfico económico, exclusividad que se alega por el fabricante y los distribuidores autorizados de la red de distribución. Completa el art. 34.2 LM el contenido del derecho atribuyendo al titular del derecho el denominado “ius prohibendi” en virtud del cual, el titular de una marca registrada podrá prohibir que los terceros sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a los registrados. Entre otras actuaciones, según el art. 34.3 LM podrá prohibirse ofrecer los productos, comercializarlos o almacenarlos para estos fines e importar o exportar productos. Este *ius prohibendi* fundamenta el derecho del fabricante y distribuidores a impedir que terceros desarrollen las actividades de comercialización de los productos identificados con el signo distintivo del que son titulares.

El ejercicio de la acción por violación del derecho de marca como medio de represión y paralización de las ventas grises se contempla en ámbito de la eficacia del *ius prohibendi* del titular de un signo distintivo y en este contexto se analizan las

¹¹⁷ Plantea el conflicto en estos términos, GÓRRIZ LÓPEZ, en *Comercio paralelo...*, cit. pág. 383 y LOBATO GARCÍA-MIJÁN en *Comentarios a la Ley 17/2001...*, cit. pág. 563.

¹¹⁸ Así, DE LAS HERAS LORENZO, *El agotamiento de marca...*, cit. pág. 37.

¹¹⁹ A pesar de las controvertidas interpretaciones en este extremo, esta parece ser la opinión que prevalece según, GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 440 y ss., confirmando esta opinión en que, tanto la Directiva como la Ley de Marcas de 2001 han optado por la solución más restrictiva respecto del ámbito de la libre circulación y del comercio paralelo estableciendo el principio de agotamiento “comunitario”; el término comercialización y consentimiento del titular se interpreta en sentido estricto; el consentimiento del titular para la comercialización puede ser implícito, pero debe existir una evidencia inequívoca del mismo; a pesar del agotamiento, el titular puede oponerse a la actividad de los importadores paralelos cuando perjudica su reputación o el bien nombre del signo distintivo; también la institución de la carga de la prueba favorece al titular de la marca.

limitaciones al mismo previstas bajo el principio del agotamiento regulado en el art. 36 LM. El precepto dispone que 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 “consentimiento”. El legislador excepciona la aplicación del art. 36.1 LM en el apartado segundo cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los mismos se haya modificado o alterado tras su comercialización¹²⁰.

Para que se produzca el agotamiento del derecho de marca y el titular de la misma no pueda oponerse al comercio paralelo es preciso que se cumplan ciertos requisitos de carácter objetivo y subjetivo, siendo de especial relevancia el estudio de la delimitación territorial del agotamiento, y las causas legítimas que excluyen la eficacia de dicha institución del agotamiento. Relacionando la efectividad de dicho precepto con el comercio paralelo, se plantea bajo que circunstancias la comercialización por los distribuidores autorizados, licenciarios de la marca, mediando incumplimiento de sus obligaciones de la cláusula que obliga a vender sólo a otros comerciantes autorizados, inician una comercialización sin el consentimiento del titular, en el sentido del art. 36 LM y 7.1 DM. Es reiterada la tesis de que el derecho de marca se conecta tan sólo con la primera comercialización de los productos¹²¹. Viene a propugnarse que una vez que se introduce el bien, con el consentimiento del titular en el mercado relevante, ese bien puede circular libremente, de forma que el titular no tiene posibilidades ilimitadas para controlar la comercialización¹²².

Comenzando con la consideración de los requisitos objetivos, y con la finalidad de precisar el contenido de la institución del agotamiento, la doctrina precisa que, se aplica a la comercialización de bienes no de servicios. El titular de la marca puede oponerse a que entren en la comunidad mercancías originales identificadas con su signo cuando se tenga por objeto la comercialización de las mercancías, y que los productos tienen que ser originales¹²³. Entre los elementos subjetivos que presenta la figura del

¹²⁰ El principio del agotamiento del derecho de marca viene también regulado en el art. 7 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 de marcas, y en el art. 13 del Reglamento 40/94 del Consejo de 20 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria. Según la sentencia *Bristol-Myers Squibb*, mencionada en GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 385 y 386, el TJCE concluye que para decidir si el titular de la marca puede oponerse a la importación paralela, debe tenerse en cuenta el Derecho de marcas nacional en relación con el art. 7 de la Directiva interpretado a la luz del art. 36 (actualmente el 30) del Tratado. El art. 28 del TCE establece el principio de libre circulación de mercancías, por lo que debería interpretarse que los derechos de exclusiva que obstaculicen la libre circulación están ventados. Por este motivo, el art. 30 TCE autoriza las restricciones a la libre circulación que estén justificadas por razones de protección a la propiedad industrial y comercial.

¹²¹ En este sentido, vid. FERNANDEZ NOVOA, en “Posición jurídica del titular de la marca”, en *Manual de la Propiedad Industrial*, cit. pág. 656.

¹²² En este sentido, LOBATO, GARCÍA-MIJÁN, “El agotamiento del derecho de marca...”, loc.cit.pág. 141.

¹²³ Puede el titular oponerse a la comercialización si se trata de bienes que no han sido comercializados por él o con su consentimiento y pueden impedir que terceros pongan la marca de la que son titulares en productos en los que se han comercializados sin ella. El agotamiento sólo afecta a productos determinados, los comercializados por el titular de la marca o con su consentimiento, sin alcanzar a los demás productos del mismo género o a otros similares que no han sido comercializados en el Espacio Económico Europeo.

agotamiento de marca es el relativo al hecho de que la comercialización se realice por el titular o con su consentimiento, vinculándose la idea del consentimiento con el control de la comercialización¹²⁴. En este sentido, para determinar si ha habido agotamiento por existencia de consentimiento por el titular para la comercialización, se exige, en primer lugar, que el consentimiento que otorga el titular tiene que tener por objeto permitir que un tercero comercialice las mercancías, no siendo suficiente que exista una licencia como forma de cesión de la utilización del signo. En segundo lugar, que al margen de que sea explícito o implícito, exprese de forma inequívoca la intención de no oponerse a la comercialización de los productos en el Espacio Económico Europeo.

La dimensión geográfica del agotamiento ha venido presentando distintos ámbitos de eficacia, considerando la doctrina que la fijación de dicho ámbito era nacional por derivar la fijación territorial del principio de territorialidad del derecho de marcas¹²⁵, o bien, de ámbito internacional¹²⁶. El principio de libre circulación de mercancías en la comunidad establecida por los arts. 28 y 30 del TCE, lleva a propugnar el agotamiento del derecho de marca de ámbito comunitario¹²⁷. Según la doctrina del

¹²⁴ Concretando este aspecto, GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 392, afirma que la unión del consentimiento a la facultad de control permite la defensa de la función del signo distintivo que persigue identificar el origen empresarial de los bienes. Para averiguar si existe consentimiento del titular habrá que valorar si el titular ha tenido oportunidad de controlar la comercialización de los productos realizada por los terceros.

¹²⁵ Según GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva ...*, cit. pág. 397, los problemas se derivan de que tradicionalmente el problema de la delimitación territorial del principio de agotamiento ha venido presentándose como cuestión vinculada al principio de territorialidad del derecho de marca, por lo que como la protección de las marcas han tenido base territorial, se mantenía que el agotamiento tenía que ser nacional. Concreta el autor, que el titular del signo distintivo podía oponerse a la importación de productos identificados con su marca mientras no los hubiera comercializado en el estado en cuestión. Sin embargo, actualmente se rechaza esta tesis al entender que el principio de territorialidad y el agotamiento del derecho de marca pertenecen a esferas distintas. Siguiendo el principio de territorialidad, explica el autor, la marca tiene efecto en el estado donde se registra, mientras que la institución del agotamiento esta relacionada con los efectos del derecho de marca y nada impide que el legislador interno otorgue una dimensión supranacional al agotamiento.

¹²⁶ En este sentido, DE LAS HERAS LORENZO, en *El agotamiento del derecho de marca*, cit. pág. 33 y 34, declara que la cuestión del agotamiento internacional es una competencia del derecho comunitario derivado, que reconoce dicho principio, afirmando que un análisis de los intereses en conflicto demuestra que el legislador que opta por excluir el agotamiento internacional en lugar de conseguir la medida proteccionista que persigue, alcanza el resultado absurdo de dar trato preferencial a las empresas de terceros países frente a las comunitarias. Considera MASSAGUER, en "La protección de los sistemas de distribución selectiva...", *loc.cit.* pág. 457, que en relación con el derecho de marca sólo esta reconocido el derecho comunitario, cifrada la función de su protección jurídica en la identificación y garantía de al fuente de procedencia, el agotamiento internacional, tenía vigencia según reconocía la jurisprudencia en el EPI, pero dicho principio fue alterado en el art. 31.1 de la Ley de marcas de 1988.

¹²⁷ La aplicación de las facultades conferidas por el Derecho de marca facultan al titular de un signo distintivo a oponerse a la importación de productos originales suyos comercializados por él o con su consentimiento en un Estado miembro, pues su derecho no se agotaría en tanto no lo comercializase en el país de importación, como consecuencia se fragmentaría el mercado comunitario, consecuencia contraria a los principios básicos del Tratado de la Comunidad Europea, así, GÓRRITZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, cit. pág. 398. Según LOBATO GARCÍA-MIJÁN, En *Comentario...* cit. pág. 562, es pacífica la interpretación de que en España rige el agotamiento comunitario del derecho de marca, desde que nuestro país accedió a la comunidad europea.

TJCE se defiende el agotamiento comunitario, presumiendo que existe consentimiento del titular cuando dicho titular introduce voluntariamente un objeto identificado con la marca en el mercado europeo, no puede impedir la comercialización ulterior¹²⁸. Dicho criterio viene a confirmarse por la regulación prevista en art. 36 LM. Según la mencionada disposición el agotamiento tiene ámbito comunitario, ya que 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 Europeo¹²⁹.

Como última cuestión relativa al agotamiento, es necesario determinar los casos de inaplicación del art. 36 LM. El segundo apartado de dicho art. 36 LM concreta una excepción al principio del agotamiento, estableciendo que no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos. La doctrina estudia los supuestos diversos que cabe contemplar bajo la regulación del art. 32.2 LM cuestionando si son motivos lícitos para excepcionar la aplicación del principio del agotamiento del derecho de marca. Viene señalando que la excepción de los “motivos legítimos” debe interpretarse restrictivamente dado que se incrementan los obstáculos a la libre circulación de los productos y esta restricción a la libre circulación sólo esta justificada cuando se amparan en la función esencial de los derechos de propiedad industrial e intelectual¹³⁰.

Los motivos de oposición del titular se deben basar en que la perturbación de los terceros perjudica la percepción del origen empresarial afectando a la reputación de la marca¹³¹. Concorre causa ilícita que impida el agotamiento si el comercio paralelo perjudica la imagen de marca del producto, lesionando la reputación que se trabaja por los comerciantes integrados en la red.

¹²⁸ En este sentido, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, En *Comentario...* cit. pág. 562.

¹²⁹ El agotamiento internacional es una cuestión controvertida en la doctrina y la jurisprudencia. La eficacia internacional del principio del agotamiento se reconoció por la STS de 15-V.1985 (SCOTSMAN), previa a la Ley 32/1988 de marcas, y posteriormente en la STS 28-9-2001, sentencia *Bacardí*, sin embargo, en el contexto comunitario la Sentencia del TJCE en el caso SILHOUETTE, 16-VII-1998, interpreta que el agotamiento internacional no es compatible con el art. 7 de la Directiva de Marcas 89/104/CE que sólo recoge el agotamiento comunitario. Esta interpretación, según LOBATO GARCÍA MIJÁN, en *Comentarios...*, cit. pág. 567, es opinión vinculante para los países de la Unión Europea, a pesar del dictamen contrario del Tribunal del Espacio Económico Europeo, de la Asociación económica del libre cambio que establece la libertad para los Estados para del Espacio Económico Europeo, adoptar el agotamiento internacional o el agotamiento comunitario. Sin embargo, GÓRRIZ LÓPEZ, en *Distribución selectiva...*, pág. 401, afirma que a pesar de que tanto la Ley de Marcas de 2001 como la doctrina del Tribunal de Justicia adoptan el criterio del Espacio Económico Europeo, existen razones justificadas para continuar reflexionando sobre el principio del agotamiento internacional, ya que, primero, alguna Audiencia provincial la sigue aplicando, segundo, el Tribunal de la Asociación Europea de Comercio Libre (EFTA) ha adoptado el mismo criterio en el caso *Mag Instrument*, y tercero, una parte de la doctrina ha mantenido que es la solución que debería prevalecer en España, pese a que el Tribunal de Justicia impone el ámbito europeo.

¹³⁰ GÓRRIZ LÓPEZ, en *Comercio paralelo...*, cit. pág. 419 y ss.

¹³¹ Según GÓRRIZ LÓPEZ, en *Comercio paralelo...*, cit. pág. 415, El Tribunal de justicia cuando trata de fijar los motivos legítimos que según el art. 36.2 LM excluyen el agotamiento del derecho, se basa en la *ratio* del precepto, delimitando la función esencial de la marca, y en este contexto entiende que la posición del titular esta justificada cuando la actuación de terceros enturbia la percepción del origen empresarial del producto por los consumidores o afecta a la reputación del signo distintivo.

La comercialización por un licenciatarario de los productos designados por la marca suele considerarse que se ha efectuado con el “consentimiento” del titular de la marca, que origina el agotamiento del derecho en el sentido del art.36 LM, 7.1 DM. Pero el contrato de licencia no implica consentimiento absoluto e incondicional, de forma que la comercialización por el licenciatarario de productos designados con la marca, mediando incumplimiento de una cláusula del contrato de licencia se efectúa “sin el consentimiento del titular” de la marca cuando se determina que esta cláusula corresponde a una de las establecidas en el art. 48.2 LM, 8.2 DM, es decir, si por ejemplo el licenciatarario incumple y vende a saldistas el producto afectando la imagen de marca¹³². El análisis de jurisprudencia del Tribunal de justicia permite a la doctrina matizar la interpretación de dichas relaciones y los motivos legítimos que excluyen el agotamiento¹³³. Por regla general la alteración del producto original con fines comerciales es siempre ilícita¹³⁴. Es ilícita la comercialización del comerciante paralelo si la publicidad que efectúa de la marca menoscaba gravemente la reputación del signo, o si la actividad de reetiquetado que realiza el importador paralelo perjudica el prestigio del producto original por una presentación inadecuada¹³⁵. También hay motivo legítimo de exclusión del agotamiento si la publicidad que emplea el comerciante paralelo ofrece indicios para confundirlo con un empresario de la red oficial. En ocasiones, se ha pronunciado sobre la eliminación de los números o códigos de identificación de los productos que son frecuentes en los sistemas de distribución selectiva, decidiendo la legitimidad de dicha actividad en función de la intención con la que se efectúa la actividad de etiquetado, admitiéndose la exclusión del agotamiento cuando se tratara de evitar piratería o facilitar el cumplimiento de una obligación legal, y decidiendo que es más controvertida si se trata de que el proveedor controle la comercialización y compartimente el mercado, considerando que estas actividades están sometidas a los principios del derechos de competencia.

¹³² Sentencia TJCE, 23 abril 2009, asunto C-59/08.

¹³³ Efectúa un análisis de la jurisprudencia GÓRRIZ LÓPEZ, en *Comercio paralelo...*, cit. pág. 415 y ss.

¹³⁴ En este sentido, citando ejemplos jurisprudenciales comunitarios que han aplicado esta regla, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *Comentario...*, cit. pág. 572.

¹³⁵ Describe GÓRRIZ LÓPEZ, en *Comercio paralelo...*, cit. pág. 421 y ss, que el criterio original del Tribunal de justicia fue muy formalista en la determinación de las circunstancias en las que el importador paralelo llevaba a cabo la actividad de reetiquetado o reenvasado, evolucionando la doctrina del tribunal en el sentido de eliminar dicha rigidez. En los años ochenta, confirma el autor, para que el titular de la marca pudiera oponerse a la actividad de reenvasado y reetiquetado, debían cumplirse cuatro condiciones: en primer lugar, que el sistema de comercialización del titular de la marca pretenda fraccionar el mercado, en segundo lugar, que la actividad de reempaquetado o reetiquetado no afecta de manera negativa al estado original del producto; en tercer lugar, informar al titular de la marca, y por último, informar quién ha efectuado esta actividad de reempaquetado. En los años noventa el Tribunal de justicia suaviza la rigurosidad de estas condiciones. El reempaquetado y reetiquetado es una actividad de alteración del producto lícita en el ámbito de las actividades farmacéuticas confirma en estudio de LOBATO DÍAZ-MIJÁN, en *Comercio paralelo...*, cit. pág. 574. Describe el autor que es lícita la actividad de los importadores paralelos de medicamentos que con la finalidad de cumplir con la legislación farmacéutica del estado importador y permitir la identificación por los consumidores de los productos proceden al reenvasado del producto siempre que no perjudique el medicamento, no perjudique el prestigio de marca, identificando en el envoltorio quién es el fabricante y el que reenvasa, enviando una muestra del producto reenvasado al fabricante antes de la comercialización.

Con relación al tema de la carga de prueba, se ha señalado, que suele imputarse al titular de la marca la demostración de la infracción de su derecho y, puesto que el agotamiento excluye el *ius prohibendi* del titular de la marca, la carga de la prueba sobre este agotamiento y el hecho de que los productos han sido comercializados en el Espacio Económico Europeo por el titular o con su consentimiento recae sobre el comerciante paralelo que lo alega, salvo que la pretensión del titular del signo fuera la de compartimentar el mercado¹³⁶. La jurisprudencia menor española imputa la carga de la prueba del agotamiento al importador paralelo demandado, señalando la dificultad del titular de la marca para evidenciar que no había consentido la comercialización de los productos en el Espacio Económico Europeo, además del argumento relativo a que el agotamiento sea una institución en defensa del importador paralelo¹³⁷.

3. Oponibilidad al licenciataria de los límites de la licencia.

Según el art. 48.2 LM, siguiendo el tenor del art. 8.2 de la Directiva comunitaria de Marcas, “(L)os derechos conferidos por el registro de la marca o por su solicitud podrán ser ejercitados frente a cualquier licenciataria que viole alguna de las disposiciones del contrato de licencia relativas a su duración, a la forma protegida por el registro, a la naturaleza de los productos o servicios, al territorio en el cual pueda ponerse la marca o a la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciataria”.

Bajo los enunciados preceptos, el titular de la marca puede organizar la distribución libremente, pero la exclusiva tiene un fin que opera como límite inmanente al derecho. La licitud de los sistemas cerrados de distribución se basa en el principio de autonomía de la libertad, que impide sin embargo, que los sistemas sean tan cerrados que eviten totalmente la salida de mercancías de la red determinada por el titular del signo distintivo en los términos ya examinados. Sin embargo, las obligaciones impuestas por el titular del signo distintivo a los distribuidores son de naturaleza meramente obligacional e inoponibles a terceros¹³⁸. Sólo la violación de las cláusulas reales –territorio donde puede ponerse la marca- supone la violación del derecho de marca, que coloca al licenciataria en la misma posición jurídica que el infractor del derecho de marca y determina que no ha existido agotamiento del derecho, con lo cual

¹³⁶ Estudia esta cuestión, GÓRRIZ LÓPEZ, en *Comercio paralelo...*cit. pág. 430 y ss., afirmando que en caso de que la pretensión del titular de la marca fuese compartimentar el mercado, el titular de la marca debería demostrar que comercializó los productos o que fueron comercializados por terceros con su consentimiento, fuera del Espacio Económico Europeo y cuando el titular aporta esa prueba, el importador debía demostrar que las mercancías habían sido comercializadas en el mercado comunitario con el consentimiento del titular.

¹³⁷ Resume el estado de la jurisprudencia española GÓRRIZ LÓPEZ, en *Comercio paralelo...*cit. pág. 432 y ss

¹³⁸ En este sentido, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, “El agotamiento del derecho de marca...”, loc.cit. pág. 141.

los terceros adquirentes no estarían protegidos. La infracción por parte del licenciatarlo de las cláusulas meramente obligacionales del contrato de licencia de marca,-aquellas relativas al derecho de competencia especialmente las licencias cerradas- generaría el incumplimiento del contrato, pero no la violación del derecho de marca¹³⁹.

Sin embargo, recientes pronunciamientos jurisprudenciales mantienen que la ruptura de las obligaciones contraídas con el contrato de distribución selectiva afecta a la calidad del producto, convirtiendo dichas especificaciones en cláusulas reales y por este motivo, en motivo de violación del derecho de marca por parte del licenciatarlo. En este sentido, se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia considerando que por el art. 8.2. DM, art. 48.2 LM, el titular de la marca podría invocar los derechos conferidos por dicha marca frente al licenciatarlo que infrinja una cláusula del contrato de licencia que prohíbe la venta a comerciantes no autorizados, en particular a saldistas, por razones de prestigio de marca¹⁴⁰. Son cláusulas del contrato de licencia que se refieren a la calidad de los productos fabricados por el licenciatarlo. En el caso de la distribución selectiva, se comercializan productos de prestigio, cuya calidad depende no sólo de las características materiales, sino del aura y de la imagen de prestigio que les confieren una sensación de lujo, por lo que dicha sensación de lujo es elemento esencial para que los consumidores los distingan de otros productos parecidos. Un perjuicio al lujo, parece ser perjuicio a la calidad del producto, por lo que la venta de productos de prestigio por el licenciatarlo a terceros que no formen parte de la red de distribución selectiva afecta a la calidad del producto

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Comentario práctico de la Ley de Competencia Desleal*, (Dig. MARTINEZ SANZ), Madrid 2009.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *InDret*, 253, 2004.
 - “Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales” *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. 229 (2004): 51-67.
- ARAÚJO/ESCUADERO, “Protección de cláusulas colusorias (III): restricciones verticales” en BENEYTO PÉREZ, MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*. Tomo I, Barcelona 2005, págs. 313-396.

¹³⁹ En este sentido, LOBATO GARCÍA-MIJÁN, en *Comentario...* cit. pág. 790.

¹⁴⁰ Sentencia del TJ de 23 de abril 2009, Asunto c-59/08 COPAD/DIOR/SIL.

- AROSEMENA, “El contrato de franquicia de distribución exclusiva: el análisis desde una perspectiva del comercio internacional y de la libre competencia en la Unión europea”, <http://www.revistajuridicaonline.com>, pág. 268,
- ALONSO SOTO, “Los contratos de distribución comercial”, URÍA/MENENDEZ, *Curso de Derecho mercantil II*, Madrid 2001, págs. 167-221.
- BALLAMY/CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Madrid 1992.
- CALVIÑO SANTAMARÍA, “Acuerdos y prácticas restrictivas en el Derecho Comunitario y español de la Competencia: Acuerdos verticales”, en *Curso de Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. I pág. 1999.
- DIEZ ESTELLA, en “de las conductas prohibidas”, C I, en “de la defensa de la competencia”, T I, cit, pág. 26 y ss. Madrid 2008.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, en la voz “Distribución comercial”, en *Diccionario de Derecho de la Competencia*, Madrid 2006, pág. 323 y ss.
 - “Acuerdos verticales” en *Derecho europeo de la competencia*, (Coord. VELASCO SAN PEDRO), Valladolid 2005.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Los motivos legítimos que impiden el agotamiento del derecho de marca*, Granada 2005.
- FERNANDEZ LERGA GARRALDA, *Derecho de la Competencia*, Pamplona, 1994.
- FERNANDEZ NOVOA/OTERO LASTRES/BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, Madrid 2009.
- GINER PARREÑO, “La distribución selectiva ante el derecho comunitario de la libre competencia”, *Derecho de los Negocios*, Año 5, n.49, págs. 18 y ss.
- GÓRRITZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Navarra, 2007.
- MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid 1999.
 - *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, Navarra, 2006.
 - “La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises”, Homenaje a Baylos. *Estudios sobre Derecho Industrial*, Barcelona, 1992, págs. 451 y ss.
- PASCUAL PONS, “El nuevo tratamiento de las Restricciones Verticales en el Derecho Comunitario de la Competencia”, *Boletín ICE Económico*, n. 2626, sep. 1999, págs. 13 y ss.
- PEREZ DE LA CRUZ BLANCO, “Los contratos de distribución comercial y su problemática jurídica”, en AA.VV. *Contratación mercantil*, CDC, monográfico 1998, págs. 25-37,
- RUIZ PERIS, *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de competencia*, Madrid, 2001.
- “El contrato de franquicia y la distribución selectiva en el marco del Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *RGD*, 1995, págs., 11255-11287.
- ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Navarra 2007.
 - “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, *InDret*, 411, 2007.