

EL CONTRATO DE FRANQUICIA DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Mauricio E. Arosemena Romero
Diplomado en Estudios Avanzados en Derecho Privado
Doctorando en Derecho Privado
Universidad Carlos III, Madrid, España. 2005

SUMARIO: *1.1. Nociones preliminares.- 1.2. Concepto del contrato de franquicia de distribución.- 1.3. La distribución exclusiva o la no competencia territorial.- 1.4. Las importaciones paralelas frente a los contratos de franquicia de distribución exclusiva.- 1.5. Posibles acciones que tendría el franquiciado exclusivo ante las importaciones paralelas.- 1.6. Posibles acciones que tendría el titular de la marca o franquiciante ante las importaciones paralelas.- 1.7. El contrato de franquicia de distribución exclusiva y su relación con las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea.- 1.8. Conclusiones.- Bibliografía.-*

1.1. Nociones preliminares:

El contrato de franquicia constituye una figura contractual de relativa antigüedad que ha alcanzado un notorio auge y desarrollo en los actuales tiempos,¹ sobre todo con la serie de transformaciones económicas dirigidas principalmente a fortalecer la apertura comercial y

¹ Este contrato conlleva ventajas económicas “fundamentalmente en el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas”. VEGA PENICHER, Luis. El contrato de franquicia de distribución en la Comunidad Económica Europea: análisis desde la perspectiva de la libre competencia. En Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas. Mayo-septiembre 1988, N° 5, p. 321.

la economía de mercado². En efecto, los fabricantes siempre buscan diversos mecanismos para asegurar la introducción de sus mercancías y, a la vez, la protección de sus derechos. De ahí surge la tendencia a la creación e innovación permanente mostrada por los operadores económicos, que conduce inexorablemente a la continua creación de nuevos contratos,³ como son los contratos de franquicia de distribución. Estos contratos son unos instrumentos muy apropiados para la penetración en los mercados exteriores, sobre todo, para las empresas que quieren vender productos o servicios en el mercado europeo, puesto que permiten superar las principales dificultades que plantea la distribución comercial inter-nacional de carácter regional como es la de ese ámbito.

Así también, dentro la Unión Europea, estos contratos responden de forma muy directa a la necesidad de internacionalizar la estrategia comercial de las empresas europeas en el marco del mercado interior. Es un objetivo principal para las empresas europeas el incrementar los esfuerzos de comercialización en todo el territorio comunitario. Como es asimismo un imperativo el acatamiento de las normas del derecho comunitario de la competencia.

Surgen también criterios, tales como que para sentar las bases de la apertura comercial y la economía de mercado es generalmente necesario promulgar nuevas normas orientadas a la supresión de distintas restricciones al comercio, especialmente aquellas impuestas a la importación de productos, pero sin descuidar las normas relativas al derecho de la competencia. Indudablemente estas nuevas normas conllevarán un incremento considerable en las importaciones de productos por las ventajas que ofrecen al consumidor, tales como: la variedad, la calidad y

² "La actividad económica actual revela una tendencia a la creación y a la innovación en todos los ámbitos del comercio, a la complejidad creciente de las estructuras y de las operaciones, a la inestabilidad de las relaciones y a la precariedad de las situaciones, a la fuerte intelectualización de la gestión empresarial y de sus operaciones y al desarrollo de la internacionalización de las empresas y de sus operaciones." PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. Los contratos de distribución comercial: problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea. Barcelona: Bosch, 1999. p. 21.

³ Estos nuevos contratos, en su mayoría, están ausentes de una regulación específica legal. Así, en la mayoría de los países, el contrato de franquicia es uno de aquellos que tiene un vacío normativo.

el precio. Sin embargo, estas medidas podrían no ser favorables para un franquiciado con distribución exclusiva.

Precisamente, este trabajo tiene por objeto el examen de la problemática que se plantea entre el contrato de franquicia de distribución exclusiva, las importaciones paralelas y el derecho de la competencia. Esta última controversia se hará desde el ámbito comunitario de la Unión Europea (UE), que es donde la problemática se ha manifestado con especial intensidad. Sin duda por la aspiración comunitaria a lograr un mercado interior único. No pasaremos por alto dichos temas enfocados también desde la perspectiva de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

1.2. Concepto del contrato de franquicia de distribución:

En general, la franquicia⁴ es definida como la “que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”⁵, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta. O más aún, podemos definir al contrato de franquicia como aquel “por el que el franquiciador y las empresas que integran la red franquiciada cooperan para la distribución de determinados productos o servicios y que produce una relación muy intensa de identificación de las empresas que componen el sistema de franquicia. Esta relación de cooperación e intensa identificación se traduce de una parte, en que el franquiciador pone a disposición de los franquiciados un conjunto de derechos de propiedad intelectual e industrial y un método empresarial constatado en el mercado y, por otra, en una labor de control muy activa del franquiciador sobre el desarrollo de las prestaciones que ofrece al público el franquiciado”.⁶

⁴ Esta figura tiene sus antecedentes en los Estados Unidos de América. Se trata de “una institución creada y desarrollada” en ese país. PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. Los contratos... p. 40.

⁵ MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato mercantil de franquicia. Granada: Comares, 2003. p. 1.

⁶ GINER PARREÑO, César A. Citado por MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato... p. 3.

De forma más descriptiva, podemos definir al contrato de franquicia como “un acuerdo por el que el propietario de una marca, nombre comercial, u otra presentación de *marketing* distintiva (el franquiciante o franquiciador) otorga una licencia a favor de una minorista (el franquiciado) para que utilice su marca, nombre comercial o presentación, y para disponer su establecimiento de acuerdo con el distintivo o formato asociado con el franquiciante. El franquiciado sigue siendo un comerciante independiente, soportando su propio riesgo financiero, pero pagando cánones al franquiciador. La intención del franquiciador es crear una cadena de franquiciados que utilicen una presentación al público uniforme y que vendan productos de calidad uniforme”.⁷ Las franquicias deben adoptar y presentar ante el exterior una imagen uniforme, una apariencia de que es el franquiciador quien ofrece directamente los bienes y servicios al público; no olvidemos de que es un sistema alternativo a las sucursales. De ahí que para un observador externo, los establecimientos o tiendas de los franquiciados parecen sucursales o filiales del franquiciante. Para lograr esa uniformidad, el franquiciante normalmente requiere del franquiciado que obtenga su depósito de mercancías o *stock* del franquiciante o de fuentes designadas por él. El franquiciante suministra el *know-how* o la asistencia técnica y comercial, y tiene derecho a supervisar el local, exposición de los productos y decoración del establecimiento. En términos generales, la relación de franquicia conlleva un nivel de cooperación mucho mayor, y una implicación más amplia del suministrador o fabricante en la empresa minorista que la que resulta en otros tipos de acuerdos de distribución.⁸

En todo caso, la función principal de este contrato es la comercialización de bienes o servicios. Además, se incluye, como contenido del contrato, la cesión del uso de derechos de propiedad industrial,⁹ la

⁷ BELLAMY, C. y CHILD, G. Derecho de la competencia en la C.E.E. Citado por SÁNCHEZ PRESEDO, Antolín. Los acuerdos de franquicia. (Inédito).

⁸ Sobre otros tipos de acuerdos de distribución, ver nota de página signada con el número 14.

⁹ Sin embargo, hay que destacar que el objetivo principal no es la cesión de los derechos de propiedad industrial, lo cual evidencia la independencia de la franquicia de la licencia de derechos de propiedad industrial.

transmisión de los secretos industriales o comerciales¹⁰ y la prestación de una asistencia técnica o comercial del franquiciador al franquiciado.¹¹

Ahora bien, podemos distinguir cuatro clases de contratos de franquicia¹²: (a) La *franquicia de servicios*, por la que el franquiciado ofrece un servicio bajo el emblema, rótulo, nombre comercial y/o marca del franquiciador, y dentro de las directrices que el último imparta; (b) La *franquicia de fabricación o producción*, por la que el franquiciado fabrica directamente, conforme a las directrices del franquiciador, los productos que posteriormente vende con la marca de éste; (c) La *franquicia de distribución*¹³, por la que el franquiciado se obliga a vender determinados

¹⁰ O por su denominación en inglés, *know-how*, o del término francés *savoir faire*, que comprende un conjunto de conocimientos prácticos y/o técnicos no patentados ni de dominio público, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial. Este conjunto de conocimientos son secretos y substanciales.

¹¹ Podemos "establecer cuatro elementos singularizadores de la franquicia: la colaboración entre sujetos jurídica y económicamente autónomos aunque estrechamente integrados en el plano operativo, la facultad de uso por el franquiciado de las marcas y otros signos distintivos del franquiciador, la transferencia de conocimientos técnicos y la asistencia técnica, y el pago de un canon de entrada (*front fee*).” PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. Los contratos... p. 35-41.

¹² Las tres primeras proceden de la distinción hecha por sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia para las Comunidades Europeas, en el Asunto Interno número 161/84, del 28 de enero de 1986, conocida como la sentencia "Pronuptia", que se dictó a solicitud del Tribunal Federal alemán, por litigio entre la sociedad Pronuptia GmbH (filial de Pronuptia de París) y uno de sus franquiciados en Alemania. La sentencia "Pronuptia" constituye "la primera declaración de la Jurisprudencia comunitaria sobre la compatibilidad del contrato de franquicia con las normas comunitarias de la competencia". TOBÍO RIVAS, Ana María. Hacia un reglamento comunitario de los contratos de franquicia. En. Actas de derecho industrial. 1985-1986, p. 593. Sobre esta sentencia prejudicial, ver también ELÍAS-OSTUA Y RIPOLL, Raúl de. Contrato-tipo de concesión de distribución (franquicia). En. Noticias/C.E.E. Abril 1988, Año IV, N° 39, p. 120-124.

¹³ Podemos mencionar otros supuestos de contratos que implican distribución comercial, como son: (a) Los contratos de compra exclusiva y suministro exclusivo; (b) Los contratos de concesión, que contienen "cláusulas relativas a las tres cuestiones siguientes: la compra de productos para su reventa por el concesionario, los privilegios reconocidos al concesionario y la colaboración entre las partes que se materializa, esencialmente, en una obligación de promoción de ventas a cargo del concesionario"; (c) Los contratos de distribución selectiva, que se desarrollan únicamente para la comercialización de productos de calidad, como los aparatos de música, los perfumes, los relojes y los automóviles; y, (d) Los contratos de franquicia en cuestión, que "no constituye una versión mejorada del contrato de concesión." PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. Los contratos... p. 35-41.

productos dentro de un establecimiento que se presenta al público con el emblema, rótulo, nombre comercial y/o marca del franquiciado;¹⁴ y, (d) La *franquicia principal*,¹⁵ por la que el franquiciador otorga al franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros franquiciados.

Así pues, en el contrato de franquicia de distribución la función esencial es la distribución de bienes. Los demás acuerdos que se contengan en el mencionado contrato están al servicio de la consecución del interés común, como es el funcionamiento de la red de distribución.

1.3. La distribución exclusiva o la no competencia territorial:

Un contrato de franquicia de distribución puede incluir unas cláusulas que impongan restricciones a la actuación del distribuidor, u obligaciones de no hacer (exclusividad o la no competencia territorial), o que le exijan un deber de diligencia específico (asegurar el aprovisionamiento).¹⁶

¹⁴El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas “considera necesario para la celebración de este contrato que el franquiciador se haya establecido previamente como distribuidor de un producto en un mercado determinado; el haber desarrollado con éxito un conjunto de prácticas comerciales y tener un signo, emblema, nombre comercial y/o marca reconocidos en el mercado. Por otro lado, el franquiciado no precisa necesariamente de experiencia en el negocio, pero deberá ser comerciante independiente del franquiciador, tener o disponer de su propio establecimiento comercial y estar preparado para realizar una inversión de capital.” VEGA PENICHET, Luis. El contrato... p. 324.

¹⁵O franquicia *master*. Categoría y definición reconocida por el entonces Reglamento (CE) 4087/88 de la Comisión del 30 de noviembre de 1988. Esta figura fue calificada como “acuerdo de subfranquicia” en la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia del 18 de abril de 1990. Expediente 1/1990. SÁNCHEZ PRESEDO, Antolín. Los acuerdos de franquicia. (Inédito). 218 p.

¹⁶“Uno de los pactos necesarios de este contrato es el relativo al suministro de los productos o servicios”, y “los pactos entre franquiciador y franquiciado relativos al aprovisionamiento se pueden recoger con carácter exclusivo —el franquiciado debe comprar los bienes objeto de reventa al franquiciador— u obligatorio —cuando el franquiciado deba adquirir unos cupos mínimos del franquiciador o cuando deba comprar los productos en los proveedores determinados por el franquiciador—. El contenido de este pacto obliga al franquiciador a procurar la adquisición de mercancías por el franquiciado.” No obstante, el pacto de aprovisionamiento, desde el punto de vista del derecho de la competencia, “se ha visto sensiblemente modificado por el Reglamento (CE) núm. 2790/1999, que establece

Esta cláusula de exclusividad o la no competencia territorial tiene como finalidad asegurar al distribuidor o franquiciado una zona exclusiva o área de responsabilidad (normalmente de dimensión inferior al territorio de un estado determinado y muy frecuentemente limitado a un área determinada dentro de una ciudad).¹⁷ En tal sentido, el franquiciador asume el compromiso de no actuar directamente en la zona del franquiciado y, además, no otorgar franquicias a terceros en dicha zona. En contrapartida, el distribuidor acepta no utilizar ni referenciar marcas competidoras en la misma categoría de productos.

Una estrategia de cobertura exclusiva es útil cuando el franquiciador quiere diferenciar su producto por una política de alta calidad, de prestigio o de calidad de servicio. La estrecha cooperación entre franquiciado y distribuidor facilita la puesta en marcha de este programa de calidad. Se expresa además que “los contratos de distribución exclusiva (...) comportan una serie de ventajas. Al nombrar un distribuidor exclusivo, el suministrador evita numerosos tratos con un gran número de

la prohibición de suministro exclusivo tras el quinto año de vigencia del contrato.” MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato mercantil... p. 115, 119.

¹⁷ La cláusula de no competencia territorial ¿es un elemento natural del contrato de franquicia de distribución, aplicable con independencia de su inclusión o no en el contrato? o ¿es un elemento accesorio, sólo exigible cuando está presente en el contrato?. Al respecto, en la doctrina y los tribunales se han generado diversas teorías en torno a esta cuestión. Así, para unos, que parten de una consideración global del sistema de franquicia como una red organizada, se exige del franquiciador “un deber de lealtad y trato igualitario a todos los miembros de la misma”, para efectos de la obtención de una ganancia equilibrada entre todos. Y esto sólo se consigue asegurando una zona de exclusividad. “En otras palabras, una interpretación correcta del principio de buena fe implica que el franquiciador debe conducir el desarrollo de su red de manera que no atente directamente contra las oportunidades de los franquiciados”. Esto, porque el franquiciador debe poner las condiciones necesarias para permitir al franquiciado la posibilidad de realizar negocios prósperos. Es un elemento necesario e “inherente en este negocio” para el éxito comercial. Sin embargo, para otros autores, la exclusiva territorial no es un elemento caracterizador de la franquicia y, por ende, es un elemento accesorio que no tiene que presidir todo contrato. Esto, basado en la propia finalidad del contrato, puesto que la integración en una red organizada y las ventajas competitivas de la misma no se derivan necesariamente de la exclusividad territorial. MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato mercantil... p. 116-118.

comerciantes. Puede intensificar sus esfuerzos de venta y racionalizar su distribución, en particular cuando se trata de comercio internacional."¹⁸

Ahora bien, se suele distinguir entre dos tipos o grados de exclusividad territorial. Uno, la *exclusividad simple*, que compromete solamente al franquiciador, pero no incluye el compromiso de asegurar la no injerencia de los demás franquiciados en la zona, quienes podrían realizar campañas de comercialización fuera de su zona. El otro tipo, la *exclusividad forzada*, que implica un compromiso global de todos los adheridos a la red de abstenerse de realizar una política de comercialización (tanto activa como pasiva) fuera de los límites de su zona de actividad.¹⁹

En consecuencia, concluimos que al contrato de franquicia de distribución exclusiva (al cual nos limitaremos en este trabajo) lo podemos definir como "la relación contractual entre partes independientes, por la que una de ellas (franquiciador) cede a otra (franquiciado) la distribución en exclusiva de un producto en un territorio determinado, permitiéndole igualmente la utilización de un signo distintivo reconocido en el mercado y poniendo a su disposición las técnicas comerciales que se han demostrado propicias en otros mercados, a cambio fundamentalmente de un precio normalmente fijado en un porcentaje del volumen de ventas del franquiciado, es decir, de un *royalty*, y de la sujeción de la explotación a determinadas condiciones (que pueden variar desde la decoración del establecimiento comercial y la publicidad hasta la técnica comercial)."²⁰

1.4. Las importaciones paralelas frente a los contratos de franquicia de distribución exclusiva:

Antes de examinar esta cuestión, debemos definir qué se entiende por el principio del agotamiento de los derechos de marca. Este principio se refiere a una de las limitaciones de dichos derechos. A veces, se

¹⁸ ALVAREZ H., Sara C. Las importaciones paralelas: algunas reflexiones desde la perspectiva de la competencia. [En línea]. [Citado 30 de abril del 2005]. Disponible en: <http://www.procompetencia.gov.ve>.

¹⁹ Este tipo de exclusividad conlleva "un auténtico monopolio destinado a concentrar la demanda sobre los establecimientos de cada sector". MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato... p. 116.

²⁰ VEGA PENICHET, Luis. El contrato de franquicia... p. 325.

denomina igualmente como la "doctrina de la primera venta," puesto que los derechos de explotación comercial sobre un producto dado finalizan con su primera venta. En consecuencia, el principio del agotamiento del derecho de marca presupone el reconocimiento que el derecho exclusivo del titular de la marca se agota en relación con un producto comercializado cuando el mismo es lícitamente introducido en el mercado por el mismo titular o por un tercero con su consentimiento. Los ulteriores o posteriores actos de comercialización de los productos de la marca auténtica son realizados por revendedores, por comerciantes e importadores no expresamente autorizados por el titular de la marca ni, por ende, integrados en la denominada "red oficial" de distribución establecida y mantenida bajo control del titular de la marca.

Ahora bien, según la amplitud del mercado, el agotamiento será nacional cuando "se produce sólo en el ámbito de un Estado", y se impone en aras de la unidad del mercado nacional y del libre comercio interior. Será comunitario o regional, cuando "se produce en una comunidad de Estados o en el marco de un acuerdo de integración económica".²¹ Y finalmente será internacional, cuando "se produce en relación con todos los Estados del mundo". Este último agotamiento significa la libertad plena de las importaciones y subsiguientes ventas paralelas de los productos de la marca auténtica en el Estado importador en que esa marca estuviese registrada.²²

Así pues, basándose en el derecho de importación que un derecho de marca confiere a su titular, cabe la posibilidad que este último se oponga a dicha importación con el fin de mantener mercados independientes. Pero si la comercialización del producto en el extranjero por parte del expresado titular, o con su consentimiento, da lugar al agotamiento del supradicho derecho de marca, también se produce el agotamiento del derecho de importación y, por consiguiente, no puede

²¹ Así, en el plano normativo de la marca comunitaria, en el artículo 13 del Reglamento (CE) No. 40/94 del Consejo del 20 de diciembre de 1993, DOCE No. L 11, dispone que el derecho conferido por la marca comunitaria no permitirá a su titular prohibir su uso para productos comercializados en la Unión Europea bajo esa marca, por el titular o con su consentimiento. Y en general, en el ámbito del mercado común de la Unión Europea el agotamiento comunitario del derecho de marca es el que se dispone, en detrimento del agotamiento internacional.

²² LOBATO, Manuel. Comentario a la Ley 17/2001 de marcas. Madrid: Civitas, 2002 p. 562.

recurrirse a dicho derecho para impedir la importación. Esta importación es conocida como "importación paralela", y se hace referencia a la importación de productos fuera de los canales de distribución negociados contractualmente por el fabricante. Estas importaciones se verifican cuando un agente económico no autorizado directamente por un productor importa bienes fabricados por éste, para su reventa en un territorio que ha sido cedido a un distribuidor por un acuerdo de exclusividad. Las importaciones paralelas son "la excepción a la exclusividad de uso otorgada por un registro marcario"²³. De esta forma observamos que a partir de la primera venta por el titular de la marca o por otra persona con su consentimiento, el producto importado pasa a circular sin restricciones en el país receptor.²⁴

Hechas estas anotaciones, concluimos que la exclusividad pactada por las partes no impide que se produzcan importaciones paralelas de los mismos productos por otros agentes ajenos a la cadena de comercialización y distribución. De ahí que, como el franquiciador (titular de los derechos de marca) no posee una conexión contractual con la parte que efectúa la importación paralela, a veces se describe a los productos importados como "productos del mercado gris".²⁵ Esto, de hecho, puede inducir a engaño, puesto que los productos como tales son originales. Son los canales de distribución los que no están controlados por el franquiciador. Entonces este agente económico que efectúa la importación paralela ofrece al consumidor un producto igual al que venía siendo distribuido, con la misma calidad, pero generalmente a menor precio. Entramos así en el campo de la economía y política de precios.

Estas importaciones paralelas pueden justificarse por el principio de la libre comercialización y la competitividad, ya que estimulan la competencia por ser éstas un medio a través del cual se consiguen precios

²³BENTATA. Teoría general de las prácticas económicas ilícitas. Caracas: Jurídica Venezolana, 1995. p. 339. Citado por ALVAREZ H., Sara C. Las importaciones...

²⁴En este caso, el objeto específico o contenido esencial del derecho de marca comprende "sólo el derecho exclusivo del titular a usar la marca para introducir por primera vez un producto en el tráfico económico, delimitándose esta facultad exclusiva a la primera comercialización y no extendiéndose a los sucesivos actos de comercialización." ALVAREZ H., Sara C. Las importaciones...

²⁵"Mercado gris" y las importaciones de "grises", son formas peyorativas de tachar a estos actos paralelos. HERAS LORENZO, Tomás de las. El agotamiento del derecho de marca. Madrid: Montecorvo, 1994. 516 p. 26.

más bajos de productos de origen extranjero en el mercado nacional. De esta manera, su existencia puede constituir un medio de divulgación comercial del producto, en beneficio del fabricante y/o del consumidor.

En ese sentido, el tratamiento que se da en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) a las importaciones paralelas está íntimamente relacionado con ciertos aspectos del derecho marcario. La CAN reconoce el agotamiento internacional de los derechos de marca y, por ende, el agotamiento del derecho de importación para el titular de dichos derechos. Entonces, las importaciones paralelas de productos identificados con una marca son lícitas frente a los titulares de un derecho marcario, independientemente del país exportador. En efecto, la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena²⁶ establece que, siempre y cuando la mercancía haya sido introducida lícitamente en el país y el importador paralelo haya cumplido con la condición expresa de no alterar o modificar las características del producto importado durante su comercialización, las importaciones paralelas pueden ser exceptuadas del ejercicio de un derecho marcario interpuesto contra ellas. Las importaciones paralelas en la CAN no constituyen un problema marcario sino, eventualmente, de responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, en la Unión Europea las importaciones paralelas provenientes de terceros países ajenos al mercado común son ilícitas y, por lo tanto, susceptibles del ejercicio de un derecho marcario contra ellas. Esto se debe a que el mercado común de la Unión Europea se decanta con claridad a favor del principio del agotamiento comunitario del derecho de marca frente al agotamiento internacional de este derecho. En otras palabras, "no se acepta en el sistema europeo el agotamiento internacional de la marca"²⁷. Al amparo de esta doctrina, los titulares de marcas en el mercado común podrán invocar su derecho para impedir la importación de mercancías hacia ese mercado, cuando éstas no hayan sido comercializadas en origen en el mercado común por el titular del derecho o con su consentimiento.

²⁶ DECISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA N° 486. Régimen común sobre propiedad industrial. Registro Oficial del Ecuador, n° 258 del 2 de febrero de 2001.

²⁷ CASADO CERVIÑO, Alberto. El sistema comunitario de marcas: normas, jurisprudencia y práctica. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 47.

1.5. Posibles acciones que tendría el franquiciado exclusivo ante las importaciones paralelas:

No hay duda de que, en principio, la apertura de importaciones paralelas favorece al productor y al consumidor. El primero de ellos quedaría favorecido con mayores ventas de su producto y, el segundo, lograría el mejor precio por un producto igual. Por su lado, se advierte que el distribuidor exclusivo no forma parte de estos favorecidos. Aunque se quiere ver en la garantía de la reputación de la marca una reserva que lo favorecería. De ahí el caso de la garantía de servicio postventa del producto a sus clientes.

Quedan, en consecuencia, para el distribuidor exclusivo las eventuales acciones judiciales que puedan ser interpuestas en defensa de sus derechos. Dentro de estas acciones se encuentran la acción de responsabilidad extracontractual en virtud de una posible ilicitud por enriquecimiento ilícito, o la de competencia desleal. Estas acciones podrán ser ejercitadas siempre y cuando las circunstancias lo permitan. Así pues, si el importador paralelo excede los límites de la buena fe en el ejercicio de sus derechos, "el comerciante afectado tendrá la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria que consagra la responsabilidad civil extracontractual para reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados."²⁸

1.6. Posibles acciones que tendría el titular de la marca o franquiciante ante las importaciones paralelas:

Una de las acciones que podría tener el titular de la marca o franquiciante serían las restricciones a la exportación. Pero, como ya expresamos, los productos marcados se agotan en la primera venta, por lo que cualquier prohibición al franquiciado de exportar sus productos se entiende como una extensión indebida al monopolio sobre la marca. No obstante, el titular de la marca sí podría impedir la venta en los territorios en los que ha otorgado otra franquicia sobre los productos marcados. Empero, estas restricciones contractuales en determinados casos pueden constituir una violación de las normas de competencia.

²⁸ ALVAREZ H., Sara C. Las importaciones paralelas...

Así, en la Unión Europea, el supuesto en que dentro del mercado común se quiera impedir la importación o exportación de bienes legítimamente comercializados desde otro estado miembro es contrario al derecho de la competencia comunitario. Las cláusulas tendentes a impedir o dificultar el comercio paralelo intracomunitario son nulas de pleno derecho. Así lo confirmó también el Tribunal de Justicia en el asunto *Grundig/Consten*²⁹ y lo reiteró en la sentencia *Tipp/Comision*³⁰ al expresar que “la protección territorial absoluta a favor de un distribuidor exclusivo, destinada a permitir el control y el impedimento de las importaciones paralelas, conduce al mantenimiento artificial de mercados nacionales distintos, contrario al Tratado”. Así pues, el contrato en que el distribuidor autorizado se compromete a no vender los productos contemplados en el contrato a compradores de los que sepa que tienen la intención de revenderlos fuera del territorio concedido, se dirige a excluir las importaciones paralelas y restringe así la competencia en el mercado común.

En igual sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Sandoz PF c. Comision*³¹ consideró que una cláusula de “exportación prohibida” tiene por objeto impedir, restringir y falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común para tales productos prohibidos de exportar. Por el contrario, en la misma Unión Europea, dado que no se acepta el agotamiento internacional de la marca, los titulares de ellas en el mercado común podrán invocar su derecho de marca para impedir la importación de mercancías hacia ese mercado, cuando éstas no hayan sido comercializadas en origen en el mercado común por el mismo titular del derecho o con su consentimiento. Es decir, cuando son productos importados fuera del ámbito del mercado común europeo. Este proceder de la Unión Europea es la consecuencia del aceptado principio de agotamiento comunitario en el mercado común.

²⁹ Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, en los asuntos C-56 y 58/64, *Grundig-Verkaufs GmbH/Etablissements Consten SARL c. Comision*. ARMIJO CHÁVARRI, Enrique. La propiedad industrial y el derecho de la competencia. En. Ortiz Blanco, Luis; Guirado Galiana, Rosa (Coords). Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación, Vol. V. Madrid: Dykinson, 2004. p. 210, 225.

³⁰ Sentencia del TJCE del 8 de febrero de 1990, asunto C-279/87, *Tipp-Ex c. Comision*.

³¹ Sentencia del TJCE del 11 de enero de 1990, asunto C-277/87, *Sandoz PF c. Comision*.

También debemos destacar la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *BMW*.³² En ella se reconoció la posibilidad de que el titular de una marca pudiera oponerse a su uso por parte de un tercero, cuando éste pudiera dar la impresión que su empresa estaría integrada en la red de distribución del titular de la marca. En todo caso, el Tribunal expresó que la valoración de esta circunstancia constituía una cuestión de hecho, cuya apreciación correspondería al juez nacional a la vista de las circunstancias propias de cada caso.

1.7. El contrato de franquicia de distribución exclusiva y su relación con las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea:

Los principios básicos de la política de competencia de la Unión Europea, diseñados por el Tratado de Roma (TCE), tienen como fin último garantizar el correcto funcionamiento del mercado único. La competencia “es la garante de la integración de los sistemas económicos de los Estados miembros en un mercado único”.³³ De ahí que el artículo 81 del Tratado de Roma (TCE)³⁴ prohíbe, por ser incompatible con el mercado único, aquellas actuaciones empresariales que consistan en prácticas concertadas y otros acuerdos que puedan afectar al comercio entre los estados miembros, y que impidan, limiten o falseen la competencia en el mercado común. Uno de esos acuerdos serían los denominados “acuerdos verticales”. Estos constituyen acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en distintos niveles de la cadena de producción o distribución. Por ejemplo, los contratos de franquicia de distribución.

³² Sentencia del 23 de febrero de 1999, en el asunto C-63/97, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW)* y *BMW Nederland BV c. Ronald Karel Deenik*.

³³ MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato... p. 116.

³⁴ “Los dos grandes pilares del derecho comunitario de competencia aplicable a las empresas privadas son los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). El artículo 81 prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. El artículo 82 prohíbe el abuso de una posición dominante”. EUROPA: EL PORTAL DE LA UNIÓN EUROPEA. Actividades de la Unión Europea: competencia. [En línea]. [Citado 28 de mayo del 2005]. Disponible en: http://europa.eu.int/index_es.htm.

No obstante, a su vez la política de competencia de la Unión Europea está dotada de cierta flexibilidad, como lo demuestra el apartado 3 del artículo 81³⁵ del TCE, que introduce ciertas excepciones para procurar “una mayor adaptación del derecho a la realidad económica”³⁶, pues los efectos de los pactos limitativos de la competencia son variados y, en muchas situaciones, beneficiosos para el propio mercado y, por ende, para los consumidores.

En ese sentido, los acuerdos verticales se someten a las reglas de competencia y, en particular, a las prescripciones del apartado 1 del artículo 81 del TCE.³⁷ La primera condición para la aplicación de ese artículo 81 (y, consecuentemente, para ser incompatible con el mercado único) es que los acuerdos en cuestión puedan tener un efecto apreciable sobre el comercio entre estados miembros, que resulta probable en el caso en que una red de distribución se extienda por todo el territorio de uno o más estados miembros. La segunda condición es que los supradichos

³⁵ “No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: — cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; — cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; — cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante (...)”. Normas sobre la competencia, disposiciones aplicables a las empresas. TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA: tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario. Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, texto consolidado con todas las reformas posteriores. Madrid: Tecnos, 2003. 154 p.

³⁶ MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato... p. 23.

³⁷ El apartado 1 del artículo 81 dispone lo siguiente: “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.” Normas sobre la competencia, disposiciones aplicables a las empresas. TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA: tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario. Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, texto consolidado...

acuerdos limiten, restrinjan o falseen la competencia de forma significativa. Esto puede ocurrir cuando estos acuerdos no sólo determinan el precio y la cantidad de una operación de compraventa específica, sino que también imponen restricciones al proveedor o al comprador (conocidas también como restricciones verticales). A pesar de ello, el apartado 3 del mismo artículo 81 del TCE excluye de esta prohibición los acuerdos que originen beneficios suficientes para contrarrestar los efectos anticompetitivos, como pudieran ser mejoras en la eficiencia. Se dice en tal caso que los acuerdos quedan exentos con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del TCE. Pero sólo pueden quedar exentos los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y, en todo caso, reserven a los consumidores una participación equitativa en los beneficios. En tal sentido, el que un acuerdo vertical restrinja de hecho la competencia o que, en tal caso, los beneficios superen los efectos anticompetitivos, dependerá a menudo de la estructura del mercado. En principio, será necesaria una valoración caso por caso.³⁸

Por consiguiente, en principio, para la aplicación del supradicho apartado 3 del artículo 81 del TCE, la Comisión Europea puede conceder, por medio de un Reglamento, exenciones para categorías enteras de acuerdos. Estos Reglamentos reciben generalmente el nombre de “reglamentos de exención por categorías” o “en bloque”, y pretenden determinar la licitud o ilicitud de determinadas cláusulas en relación con la libre competencia. De ahí que la Comisión ha adoptado³⁹, en lo que respecta a

³⁸ Destacamos que al 1 de mayo del 2004, entró en vigor el Reglamento 1/2003, de aplicación de las normas contenidas en los artículos 81 y 82 del TCE. Dicho Reglamento introdujo importantes modificaciones sustantivas, pero lo hizo en el ámbito de los acuerdos prohibidos por el artículo 81.1 del TCE, y -en especial- en cuanto a la aplicación de las condiciones para la exención contenida en el artículo 81.3 del TCE. Esta reforma supone el paso de un sistema de autorización centralizado de notificación previa a un sistema de excepción legal que, basado en la aplicación descentralizada de las normas de competencia y en el refuerzo del control a posteriori, permite por una parte reducir el trabajo de la Comisión y por otra aumentar el papel de las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del derecho de competencia garantizando al mismo tiempo su aplicación uniforme. UNIÓN EUROPEA. (Reglamento 2790/1999). Derecho de la competencia: Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DO L, N° 336 del 29 de diciembre de 1999.

³⁹ Otro caso se da en el sector de los vehículos de motor, que ha contado desde hace tiempo con un reglamento sectorial de exención por categorías, el Reglamento 1475/1995 de la Comisión, que expiró el 30 de septiembre de 2002 y fue sustituido por el Reglamento

nuestro tema, un Reglamento de exención por categorías para los acuerdos de suministro y de distribución conocido como Reglamento 2790/1999⁴⁰. Este Reglamento se aplica, en principio, a los acuerdos verticales de todos los sectores de la industria y el comercio, salvo aquéllos en los que la Comisión haya adoptado un reglamento sectorial de exención por categorías. En su parte medular, este Reglamento establece que no se aplicará el apartado 1 del artículo 81 del Tratado a los acuerdos verticales (y, por ende, a los contratos de franquicia de distribución) que cumplan con el límite establecido de la cuota de mercado de las empresas implicadas en el mercado de referencia,⁴¹ y que el contrato no contenga ninguna de las cláusulas prohibidas por el Reglamento.

Ahora bien, en nuestra materia, hemos podido advertir que la utilización del contrato de franquicia de distribución puede contribuir a mejorar la producción y distribución de los productos. Asimismo, puede constituirse en el medio que disponen las pequeñas y medianas empresas para facilitar su entrada en el mercado. Y que hasta los consumidores se verán también beneficiados al disfrutar de un abastecimiento continuo y variado de productos, amén de tener acceso a servicios de garantía ofrecidos por el distribuidor. En fin, todos estos hechos, sin duda, estimulan la competencia.

Consideramos entonces que, en general, el contrato de franquicia no es en sí mismo restrictivo de la competencia y, por consiguiente, tampoco

1400/2002 de la Comisión, del 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. También tenemos en vigor exenciones para los acuerdos de transferencia de tecnología; los acuerdos de especialización; y, los acuerdos de investigación y desarrollo.

⁴⁰ UNIÓN EUROPEA. (Reglamento 2790/1999). Derecho de la competencia: Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOCE L, N° 336 del 29 de diciembre de 1999. Este reglamento es sustitutivo del anterior Reglamento (CE) núm. 4087/1988 del 30 de noviembre de 1998, y modificó de forma sustancial el tratamiento de los acuerdos verticales en el derecho comunitario de la competencia. También modificó los reglamentos de exención de acuerdos de distribución exclusiva y compra exclusiva.

⁴¹ El que la cuota de mercado sea superada no implica que el acuerdo sea ilegal. Se tendrá que analizar el acuerdo. Ahora bien, tampoco el que la cuota sea inferior garantiza la impunidad para los acuerdos a los que lleguen las empresas implicadas, ya que este elemento se combina con las cláusulas prohibidas.

es incompatible, en particular, con las reglas de la competencia desde la perspectiva del artículo 81 del TCE. El contrato de franquicia en su contenido genuino es un contrato lícito y lícitas son sus cláusulas esenciales. Pero lo que sí puede ocurrir es que existan situaciones en que un contrato de franquicia de distribución pueda resultar contrario al mencionado artículo 81 del TCE. Por ejemplo, al incluir determinadas condiciones o cláusulas que podrían ser susceptibles de restringir o distorsionar la competencia, dando a lugar algunos efectos negativos desde ese punto de vista. La cláusula de exclusividad o no competencia territorial podría ser una de ellas.⁴²

Efectivamente, las redes de distribución integradas en el ámbito comercial y basadas en un intento de controlar todo o gran parte del proceso de producción-distribución, se construyen, en gran medida, sobre los pilares de la exclusividad territorial y la selección de distribuidores, elementos que, desde un punto de vista objetivo, constituyen potenciales restricciones de la competencia. Pueden dar lugar al debilitamiento de las fuerzas competitivas positivas dentro de la cadena de suministro, obstaculizando el acceso al mercado de otros fabricantes de la competencia, que pudiesen ser más eficientes. Además, existe la posibilidad de que la cadena de comercialización posea una situación dominante que le permita imponer ciertas condiciones en abuso de su posición sobre los otros operadores de la cadena.⁴³

En consecuencia, el caso de la distribución exclusiva podría ser contrario al artículo 81 del TCE. Pero podrá incluirse en el contrato siempre y cuando sea conforme al actual conocido Reglamento 2790/1999. De ser así, se beneficiará de la respectiva exención. Y así se hará en la medida en que la restricción de ventas activas en el territorio reservado en exclusiva sea la establecida para el franquiciador a un tercero o para el mismo franquiciador. En ese sentido, en el territorio contractual, el franquiciador no podrá conceder el derecho de explotar la franquicia de distribución o parte de ella a un tercero. Tampoco podrá explotar por sí mismo la franquicia de distribución ni comercializar por sí mismo los productos objeto de la distribución. De ahí que, en conse-

⁴² También podría ser, la prohibición al franquiciado para desarrollar una política de precios competitiva frente al franquiciador y a los otros franquiciados," y que conlleven la existencia de precios impuestos. VEGA PENICHET, Luis. El contrato... p. 326.

⁴³ MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato... p. 23.

cuencia, estamos sólo ante la distribución denominada de “exclusividad simple”,⁴⁴ demostrando la libertad de relaciones comerciales entre los franquiciados para venderse entre sí o a quienes se lo soliciten dentro del mercado único. En efecto, el poder vender a cualquier consumidor domiciliado en el territorio de otro franquiciado produce competencia entre ellos, ofreciendo a los consumidores una red de distribución uniforme. No obstante, se puede prohibir al franquiciado la activa promoción y captación de los productos y clientes, respectivamente, fuera del territorio contractual. Esto es, que el franquiciado puede abstenerse, fuera del territorio objeto del contrato, de buscar clientes a los cuales vender los productos objeto de la franquicia de distribución.⁴⁵ Con ello, esta exclusividad territorial permite al franquiciado concentrar sus esfuerzos, sin impedir a los consumidores comprar los productos fuera de la zona y a los franquiciados comercializar entre sí.⁴⁶

1.8. Conclusiones:

La mayoría de los agentes económicos buscan nuevos mercados. Sean estos nacionales, comunitarios o internacionales, con el fin de incrementar sus beneficios. Empero, para la entrada hacia nuevos

⁴⁴ Como ya mencionamos, la *exclusividad simple* “compromete solamente al franquiciador”, pero no incluye el compromiso de asegurar la no injerencia de los demás franquiciados de la zona. Se contrapone a la *exclusividad forzada*, “que implica un compromiso global de todos los adheridos a la red de abstenerse de realizar una política de comercialización activa fuera de los límites” de su zona de actividad. Esta última conlleva “un auténtico monopolio destinado a concentrar la demanda sobre los establecimientos de cada sector”. Asimismo, la política comunitaria en materia de distribución comercial relativa a las restricciones verticales “se ha movido dentro de los márgenes marcados, por un lado, por la condena tajante de las restricciones que conllevan una protección territorial absoluta”. MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. El contrato... p. 23, 116. No obstante, el Tribunal de Justicia ha afirmado en la sentencia *Völk v. Vervaecke* que la protección territorial absoluta no infringe la competencia cuando el suministrador tiene una cuota de mercado tan pequeña que los efectos en mercado no son apreciables. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. El reglamento (CE) Núm. 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, sobre limitaciones verticales. En. Actas de derecho industrial y de derechos de autor. 1999, T. XX, p. 1471.

⁴⁵ SÁNCHEZ PRESEDO, Antolín. Los acuerdos de franquicia. España, 1997. p. 129.

⁴⁶ “Los acuerdos de delimitación podrán ser lícitos y útiles si sirven para delimitar en beneficio mutuo de las partes interesadas las esferas en las que podrán utilizarse sus marcas respectivas, así como para evitar confusiones o conflictos entre éstas.” ARMIJO CHÁVARRI, Enrique. La propiedad industrial y el derecho de la competencia. En. Ortiz Blanco, Luis; Guirado Galiana, Rosa (Coords). Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación, Vol. V. Madrid: Dykinson, 2004. p. 226.

mercados se requiere de inversiones considerables y de conocimientos relativos a la cultura y a los gustos de los consumidores. Por ello, resulta casi siempre más económico para un fabricante asociarse con otros agentes distribuidores a los fines de obtener las mayores ventajas posibles. De ahí que se celebren contratos de franquicia de distribución que permitan a las partes contratantes planificar con mayor exactitud y antelación la producción y venta de los productos. Esto limita, en definitiva, los riesgos de fluctuación de los mercados y reduce los costos de producción, almacenamiento y comercialización. Así pues, concluimos que los contratos de franquicia de distribución no constituyen *per se* acuerdos que infrinjan los principios *antitrust*. Sin embargo, concordamos que estos contratos, en algunos casos, pueden producir ciertas limitaciones a la competencia. Una de esas limitaciones podría ser la distribución exclusiva o no competencia territorial.

Al respecto, compartimos el criterio de que las redes de distribución integradas en el ámbito comercial se construyen, en gran medida, sobre los pilares de la exclusividad o no competencia territorial. Elemento que, desde un punto de vista objetivo, constituye potencial restricción de la competencia. Es indudable que esta exclusividad territorial puede dar lugar al debilitamiento de las fuerzas competitivas positivas dentro de la cadena de suministro, obstaculizando el acceso al mercado de otros fabricantes de la competencia, que pudiesen ser más eficientes. Sin embargo, no se puede desconocer que los contratos de franquicia de distribución exclusiva mejoran normalmente la distribución de productos. Otorgan la posibilidad de crear una red de distribución uniforme, favoreciendo la entrada rápida de nuevos competidores que aseguran una calidad constante, aumentando así la competencia. Las ventajas existen tanto para los franquiciadores como para los franquiciados, e incluso para los consumidores.

Así pues, hemos advertido que la exclusividad forzada, que implica un compromiso global de todos los adheridos a la red de abstenerse de realizar una política de comercialización (tanto activa como pasiva) fuera de los límites de su zona de actividad, conllevaría un auténtico monopolio destinado a concentrar la demanda sobre los establecimientos de cada sector. Esto sería indudablemente una absoluta restricción de la competencia.

En cambio, sí es aceptada la distribución denominada de exclusividad simple, que permite la libertad de relaciones comerciales entre los franquiciados para venderse entre sí o a cualquier tipo de clientes con independencia de su residencia. No se puede impedir a los consumidores comprar los productos fuera de la zona de un distribuidor exclusivo. Por consiguiente, el poder vender a cualquier consumidor domiciliado en el territorio de otro franquiciado produce competencia entre ellos. No obstante, se puede prohibir al franquiciado la promoción activa de los productos fuera del territorio contractual. De ahí que, indudablemente, se mitiga la restricción de la competencia.

En todo caso, los contratos de franquicia de distribución exclusiva, al ser analizados a la luz de las normas del derecho de la competencia, no pueden verse afectados por políticas de competencia tanto desde posturas altamente formalistas como de un excesivo intervencionismo del Estado en cuanto al control de las conductas anticompetitivas. Estas normas no deben ser ajenas ni alejadas de la realidad económica, que obliguen a los empresarios a adaptar sus acuerdos a las condiciones de tales normas en detrimento del dinamismo de los contratos y, por ende, la imposibilidad del desarrollo de nuevas figuras de distribución. Las normas de competencia no pueden conducirnos a una pérdida de flexibilidad en las negociaciones entre los operadores económicos a la hora de elaborar o estructurar los contratos de franquicia de distribución, ante la duda de incluir determinadas cláusulas que podrían actuar beneficiosamente en el aspecto competitivo. Por ello, compartimos el criterio de que las políticas de competencia deben conciliar criterios jurídicos con un análisis económico del impacto que realmente producen dichos acuerdos en el mercado. No se debe ignorar el poder del mercado como elemento fundamental para valorar los efectos anticompetitivos del contrato de franquicia de distribución. El ejemplo es el de la Unión Europea con el Reglamento 2790/1999, que convierte al poder de mercado de las empresas en un elemento determinante para la aplicación de la exención, no obstante las críticas que pudiese tener dicho Reglamento por mantener un enfoque eminentemente formal, al complementar el límite de la cuota de mercado con una prolija lista de cláusulas prohibidas.

Ahora bien, en el campo de las importaciones paralelas, en virtud del principio del agotamiento, el derecho marcario no confiere a su titular la facultad de impedir las importaciones paralelas, siempre y cuando éstas hayan sido lícitas y los productos importados no hayan sido modificados o alterados en su comercialización. Es indudable entonces que la exclusividad pactada por las partes no impide que se produzcan importaciones paralelas de los mismos productos por otros agentes ajenos a la cadena de comercialización. El distribuidor exclusivo deberá hacer frente a esas importaciones paralelas con medidas de mercado y precios. Las medidas jurídicas quedarían reducidas a una eventual acción civil por responsabilidad extracontractual contra el importador paralelo, cuando actuando fuera de los límites de la buena fe, le haya causado daños y perjuicios. Cabe destacar que el ejercicio de esta acción escapa del ámbito de aplicación de la normativa sobre competencia.

Compartimos el criterio de que, en principio, el impedir las importaciones paralelas, con el propósito de proteger posiciones de exclusividad de un mercado (principalmente la llamada “protección territorial absoluta”), como las que ofrecen los contratos de franquicia de distribución en exclusiva, va contra los principios de libertad de comercio. Estas importaciones paralelas justifican su existencia en la libre comercialización de los productos. En igual sentido, si se prohíbe su existencia, la preocupación principal radica en que podría constituir una restricción de la competencia. No obstante, creemos también que es necesario analizar la situación de cada país y de cada región con el objeto de estudiar una eventual prohibición a las importaciones paralelas, que se complementen con adecuadas normas de derecho de la competencia. Así lo ha hecho la Unión Europea con los productos comercializados e importados fuera del mercado común.

Así pues, creemos con todo que la protección que ofrece un contrato de franquicia de distribución exclusiva no en todos los casos genera seguridad e impide que se produzcan importaciones paralelas. Además, los conflictos derivados de las restricciones contractuales por parte de los franquiciantes a los distribuidores para prohibir la exportación e importación a otros países de los productos marcados no han sido totalmente resueltos. Las diferencias entre el alcance territorial del principio del agotamiento internacional contra el agotamiento comuni-

tario o regional son determinantes en este tema. Sin embargo, no se ha encontrado un equilibrio. Mientras tanto, las normas del derecho de la competencia deberán intervenir de forma equilibrada.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ H., Sara C. Las importaciones paralelas: algunas reflexiones desde la perspectiva de la competencia. [En línea]. [Citado 30 de abril del 2005]. Disponible en: <http://www.procompetencia.gov.ve>.

ARMIJO CHÁVARRI, Enrique. La propiedad industrial y el derecho de la competencia. En. Ortiz Blanco, Luis; Guirado Galiana, Rosa (Coords). *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, Vol. V. Madrid: Dykinson, 2004. p. 205-230.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 5ta. ed. Navarra: Aranzadi, 2004. 548 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Constitución y Leyes, 2003. 1308 p.

CASADO CERVIÑO, Alberto. Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca. En. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Julio-agosto 2002, N°220, p. 9-22.

CONDE GALLEGO, Beatriz. El agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual: un análisis desde la perspectiva del comercio internacional y del derecho de la libre competencia. En. *Actas de derecho industrial y derecho de autor*. 2002, T. XXIII, p. 43-72.

DECISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA N° 486. *Régimen común sobre propiedad industrial*. Registro Oficial del Ecuador, n° 258 del 2 de febrero de 2001.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de derecho privado: obligaciones y contratos*, T. III, Vol. 1, 1ª ed. Madrid: Civitas, 2002. 669 p.

ELÍAS-OSTUA Y RIPOLL, Raúl de. Contrato-tipo de concesión de distribución (franquicia). En. *Noticias/C.E.E.* Abril 1988, Año IV, N° 39, p. 119-124.

ESPAÑA. (Ley 17/2001). Propiedad *industrial: Ley de marcas.* Boletín Oficial del Estado, N° 294 del 8 de diciembre de 2001.

EUROPA: EL PORTAL DE LA UNIÓN EUROPEA. Actividades de la Unión Europea: competencia. [En línea]. [Citado 28 de mayo del 2005]. Disponible en: http://europa.eu.int/index_es.htm.

FONT RIBAS, Antoni. *Mercado común y distribución.* Barcelona: Bosch, 1987. 252 p.

GINER PARREÑO, César A. Competencia: propiedad industrial e intelectual. En. *Derecho de los negocios.* 1999, Vol. 10, N° 100, p. 69-76.

GINER PARREÑO, César A. *Distribución y libre competencia: aprovisionamiento del distribuidor.* Madrid: Montecorvo, 1994. 565. p.

HERAS LORENZO, Tomás de las. *El agotamiento del derecho de marca.* Madrid: Montecorvo, 1994. 516 p.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. El reglamento (CE) Núm. 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, sobre limitaciones verticales. En. *Actas de derecho industrial y de derechos de autor.* 1999, T. XX, p. 1468-1473.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho mercantil: textos legales.* Barcelona: Ariel, 1990. 1047 p.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael. Hacia un orden internacional de defensa de la competencia: estado de la cuestión. En. *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional.* 2002. p. 407-412.

LOBATO GARCÍA-MIJAN, Manuel. El agotamiento del derecho de marca. En. *Revista de derecho mercantil.* 1997, N° 223, p. 117-147.

MARTÍN MUÑOZ, Alberto J. de. (Coord.). *Propiedad industrial y competencia desleal: perspectiva comunitaria, mercados virtuales y regulación procesal*. Granada: Comares, 2001. 396 p.

MAYORGA TOLEDANO, María Cruz. *El contrato mercantil de franquicia*. Granada: Comares, 2003. 215 p.

NATIVIDAD, Leticia. Los contratos de know-how: leyes antimonopolios y licenciamiento en iberoamérica. En. *III Seminario de propiedad industrial e intelectual en iberoamérica: cómo proteger sus derechos de propiedad industrial e intelectual*. Madrid: 2002. p. 79-105.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. El agotamiento de los derechos a escala internacional y las importaciones paralelas. [En línea]. [Citado 22 de abril del 2005]. Disponible en <http://www.wipo.int>.

PAZ-ARES, Cándido. La terminación de los contratos de distribución. En. *Revista de derecho mercantil*. 1997, N° 223, p. 7-58.

PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *Los contratos de distribución comercial: problemas de derecho internacional privado en la Comunidad Europea*. Barcelona: Bosch, 1999. 383 p.

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. *El contrato de licencia de marca*, 1ª ed. Madrid: Civitas, 1999. 404 p.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de derecho mercantil: introducción, empresa y sociedades*, 20ma. ed. Madrid: McGraw-Hill, 1997. 581 p.

SÁNCHEZ PRESEDO, Antolín. *Los acuerdos de franquicia*. España, 1997. 221 p.
(Inédito).

TOBÍO RIVAS, Ana María. *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el derecho comunitario: análisis de los requisitos sustantivos*. Barcelona: Bosch, 1994. 478 p.

TOBÍO RIVAS, Ana María. Principales disposiciones legales comunitarias sobre el derecho de la libre competencia. En. *Noticias/C.E.E.* Junio 1987, N° 29, p. 69-86.

TOBÍO RIVAS, Ana María. Hacia un reglamento comunitario de los contratos de franquicia. En. *Actas de derecho industrial*. 1985-1986, p. 593-596.

TOBÍO RIVAS, Ana María. El reglamento comunitario de exención en bloque de los acuerdos de franquicia. En. *Actas de derecho industrial*. 1989-1990, p. 625-629.

TOBÍO RIVAS, Ana María. El anteproyecto de la Ley de Defensa de la competencia. En. *Actas de derecho industrial*. 1987-1988, p. 623-631.

TOBÍO RIVAS, Ana María. El contrato de franquicia en el derecho comunitario de la competencia. En. *Actas de derecho industrial*. 1987-1988, T. 12, p. 217-255.

TOBÍO RIVAS, Ana María. Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿Bases para un cambio?. En. *Actas de derecho industrial y derechos de autor*. 1997, T. XVIII, p. 1031-1054.

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA: tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario. *Tratado de Roma, firmado el 25 de marzo de 1957, texto consolidado con todas las reformas posteriores*. Madrid: Tecnos, 2003. 154 p.

UNIÓN EUROPEA. (Reglamento 1/2003). Derecho de la competencia: *Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*. DO L, N° 1 del 4 de enero del 2003.

UNIÓN EUROPEA. (Reglamento 2790/1999). Derecho de la competencia: *Reglamento de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*. DO L, N° 336 del 29 de diciembre de 1999.

UNIÓN EUROPEA. (Reglamento 1400/2002). Derecho de la competencia: *Reglamento 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*. DO L, N° 203 del 1 de agosto del 2002.

VEGA PENICHET, Luis. El contrato de franquicia de distribución en la Comunidad Económica Europea: análisis desde la perspectiva de la libre competencia. En. *Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas*. Mayo-septiembre 1988, N° 5, p. 321-329.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*. Valladolid: Lex Nova, 2005. 724 p.

VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. 1086 p.

WAELEBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. Derecho europeo de la competencia. Traducción de Ignacio Sáenz-Cortabarría Fdez y Marta Morales Isasi. Barcelona: Bosch, 1998. 1399 p.
Concurrence, T. II, Vol. 4, 1ª ed