

“Distribución y Ventas Pasivas”.

José Antonio Varela González. Presidente del TGDC.

**Artículo publicado el domingo, 26 de abril de 2009 en el suplemento
Mercados de “La Voz de Galicia”**

Muchas empresas fabricantes establecen acuerdos con empresas distribuidoras. Muchos de estos acuerdos, integrados en la categoría de los denominados verticales, incorporan limitaciones a la competencia y, por tanto, son susceptibles de estar afectados por la normativa sobre defensa de la competencia. Por este motivo, los acuerdos verticales se han considerado en el ordenamiento comunitario desde su inicio.

Entre los acuerdos verticales más frecuentes se encuentran los de distribución exclusiva, de distribución selectiva y los acuerdos de franquicia. Estos acuerdos resultan especialmente interesantes para las empresas que comercializan bienes nuevos, complejos y con ventajas difíciles de evaluar por el consumidor, así como marcas de lujo y servicios diferenciados. Mediante estos acuerdos los fabricantes limitan su red de distribución.

Los acuerdos verticales se justifican por su potencial para reducir el coste de transacción de las partes, así como para anular los efectos negativos del oportunismo de los consumidores y del parasitismo de distribuidores rivales sobre el volumen de inversión comercial, las ventas de la marca del fabricante y el bienestar del consumidor.

El Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, establece las condiciones que se han de cumplir para que la exención de categoría sea aplicable; es decir para que el acuerdo no pueda ser sancionado por las autoridades de defensa de la competencia o, en otras palabras, para que el acuerdo vertical sea seguro. Estas condiciones, que se recogen en los artículos 3, 4 y 5 del REC, hacen referencia a la cuota de mercado de la empresa fabricante (o, en algún caso, de la empresa distribuidora), a las cláusulas consideradas especialmente graves (cláusulas “negras”) y a las cláusulas relativas a restricciones específicas (cláusulas “grises”).

Dadas las limitaciones de espacio, sólo haremos una breve referencia a las cláusulas relacionadas con la fijación del territorio en el que el distribuidor puede vender los productos.

La norma es que los distribuidores deben ser libres de decidir dónde y a quién vender los bienes o servicios. Sin embargo, el REC prevé excepciones a esta regla, bajo la forma de una lista cerrada. Esto implica que las cláusulas que no se puedan integrar en alguna de las excepciones explicitadas previstas y que pretendan la limitación territorial, o de clientes, impedirán la aplicación del REC a la totalidad del acuerdo, es decir, la exención.

La primera excepción reconocida por el REC autoriza la distribución exclusiva, esto es, un sistema de distribución en que la empresa fabricante nombra a un único distribuidor de sus productos en una zona previamente determinada, prohibiéndole realizar ventas en el exterior de la misma. Ahora bien, la limitación aceptada por el REC no es absoluta: la prohibición abarca únicamente las ventas activas del distribuidor realizadas a clientes localizados en zonas atribuidas en exclusiva a otros distribuidores o reservadas por el fabricante a sí mismo, como consecuencia de su esfuerzo orientado a tal fin. En consecuencia, la empresa fabricante no puede establecer cláusulas que prohíban las ventas activas de un distribuidor realizadas en zonas no atribuidas en exclusiva; estas ventas tienen que estar liberadas para que el acuerdo pueda ser autorizado. Además, tampoco puede prohibir las ventas realizadas por el distribuidor como consecuencia de la petición de terceros situados fuera de la zona que tiene asignada, las denominadas "ventas pasivas"; por tanto, cualquier restricción de las ventas pasivas, directa o indirecta, se sitúa fuera de la excepción y no se puede considerar autorizada.

A las excepciones anteriores hay que añadir otras dos adicionales (art. 4.b). El REC acepta que se imponga a los distribuidores mayoristas la prohibición de vender a los usuarios finales y también admite que se prohíba a los distribuidores integrados en un sistema de distribución selectiva vender los productos objeto del contrato a distribuidores no pertenecientes a ese sistema.