

# Problemas jurídicos en la venta paralela de productos de lujo (“accesible”): ¿Una industria multimillonaria que juega a dos bandas?

## Legal problems in the parallel sale of products luxury (“accessible”): A multi-billion dollar industry that plays both sides?

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 16.02.2025 / Aceptado: 25.02.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9325

**Resumen:** El comercio paralelo no es un fenómeno ni nuevo ni reciente. Sin embargo, actualmente sigue siendo un motivo de preocupación para las firmas de lujo. Esta industria que facturó en 2024 más de 1,5 billones de dólares, apunta a los deseos más mundanos de los mortales sin dejar indiferente a sus sueños más profundos. El objeto del presente trabajo es triple. Por un lado, se analizará la industria del lujo en la actualidad, cifras, protagonistas y forma de operar. Todo ello para llegar a una segunda parte y destacar la forma en la que construyen ese sueño que todos desean (o deseamos) y que desde nuestro punto de vista, la distribución tiene un papel clave. Sin embargo, todo sueño aunque esté bien construido se puede escapar de los dedos, la fragilidad es inherente al ser humano y las marcas de lujo no están indemnes. Prueba de esa fragilidad, y de que por muy bien que tengas todo ideado desde una perspectiva empresarial pueden existir fugas, es el comercio o distribución paralela. Las firmas de lujo son empresas donde cada detalle se ha analizado, sin embargo, a pesar de ello, el comercio paralelo sigue existiendo. En el presente trabajos vamos a analizar el porqué de su existencia y los problemas jurídicas que plantea desde una perspectiva principalmente del derecho de marcas europeo.

**Palabras clave:** distribución paralela, productos de lujo, distribuidor autorizado, comercio transfronterizo.

**Abstract:** Parallel trade is neither a new nor recent phenomenon. However, it is currently still a cause of concern for luxury brands. This industry, which had a turnover of more than 1.5 trillion dollars in 2024, aims at the most mundane desires of mortals without leaving their deepest dreams indifferent. The purpose of this work is threefold. On the one hand, the luxury industry today will be analyzed, including figures, protagonists and way of operating. All this to reach a second part and highlight the way in which they build that dream that everyone wants (or we want) and that from our point of view,

---

\*Este trabajo va dedicado al profesor ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA por motivo de su reciente jubilación. El profesor CALVO siempre atento, amable y cercano, es una de las personas más inteligentes que conozco y conoceré nunca, su gran memoria y su capacidad de comunicarse tan excelente y sin ambages le han hecho un gran profesor (el cual tuve la suerte de disfrutar en mi cuarto año de la licenciatura en Derecho en el primer cuatrimestre del curso 2008/2009 en Derecho internacional privado: parte general) y también una persona con la que es un placer trabajar. Gracias querido profesor, gracias querido Alfonso, por permitirme aprender de tu forma de entender esta profesión.

distribution plays a key role. However, every dream, even if it is well built, can slip through our fingers, fragility is inherent to human beings and luxury brands are not immune. Proof of that fragility, and that no matter how well you have everything designed from a business perspective, there may be leaks, is parallel trade. Luxury brands are companies where every detail has been analyzed, however, despite this, parallel trade continues to exist. In this work we are going to analyze the reason for its existence and the legal problems it raises from a perspective mainly of European trademark law.

**Keywords:** parallel distribution, luxury products, authorized distributor, cross border trade.

**Sumario:** I. Introducción. II. El mercado del lujo en cifras. III. Hacia un concepto de lujo. IV. Los segmentos de productos de lujo. V. La industria del lujo por áreas geográficas: La adaptación de un sector. VI. Los protagonistas de la industria del lujo. VII. La distribución en el lujo. VIII. La importancia de la distribución en el comercio transnacional. IX. La distribución integrada vs. distribución no integrada. X. Las vías a las que acuden las firmas de lujo para vender sus productos. XI. El comercio o distribución paralela. XII. Factores que propician la existencia del comercio paralelo. XIII. Origen y situación actual del comercio paralelo. XIV. La relación entre el comercio paralelo y el comercio negro XV. Las partes a las que afecta el comercio paralelo. XVI. La regulación internacional del comercio paralelo. XVII. La regulación europea del comercio paralelo. XVIII. Los problemas jurídicos que plantea el comercio paralelo. XIX. Retos futuros de la industria del lujo y consideraciones finales.

## I. Introducción

1. Las empresas presentes en la industria del lujo cuidan cada detalle al milímetro. Los productos que comercializan no es que sean de excelente calidad (que lo son) sino que hacen que el producto físico trascienda de lo material para que el cliente pueda vivir una experiencia al adquirirlo. Diferentes y variados son los factores que hacen que las empresas del sector del lujo conmuevan al cliente, que apelen a sus emociones, a sus sentimientos que penetran en su yo más profundo e incluso que apunten a sus sueños para que acabe comprando. Sin embargo, tras todo ello hay un inmenso negocio que factura millones de euros anualmente y, que, aunque no se sepa, se encuentra muy segmentado para poder ser rentable. Es decir, las firmas de lujo han dividido por categorías sus productos con el objetivo de poder vender productos a todo aquel, ya sea rico o no lo sea, que pueda pagarlos. A pesar de lo que pudiéramos pensar, las firmas de lujo también se dirigen a las clases medias. De hecho, los productos que más rentabilidad ofrecen en sus cuentas de resultados son esos productos, esos que se dirigen a las masas. Sin embargo, todo tiene su cara y su cruz. La cruz de las firmas de lujo de dicha segmentación de su *portfolio* es el comercio o distribución paralela. Los productos de lujo accesible se fabrican de forma más masiva que los productos de lujo más exclusivos, esto hace que, aunque se blinden los contratos de distribución haya productos que acaben saliendo de la red oficial y se vendan de forma paralela por agentes que no son parte de la red oficial de distribución. Aunque el comercio paralelo es lícito en la Unión Europea en virtud del principio de la “libre circulación de mercancías” (arts. 34 y 35 TFUE) cuando el derecho de marca se ha agotado, hay muchos matices legales a tener presente cuando esta práctica afecta a una firma de lujo. El objeto del presente trabajo persigue abordar todos esos matices jurídicos para que en el caso de tener que enfrentarse a un asunto de venta paralela haya argumentos tanto para defender a la firma de lujo como para poder defender al comerciante paralelo. Para ello el estudio se va a dividir en tres partes diferenciadas:

- 1) *Análisis sobre cómo es la industria del lujo.* En esta parte del trabajo el objetivo es que el lector se pueda hacer una idea de cómo es la industria del lujo, en qué se basa el negocio, su potencial y quiénes son sus protagonistas.
- 2) *Estudio sobre las vías que utilizan las empresas de lujo para vender sus productos.* En la segunda parte del trabajo el objetivo es analizar las vías que emplean las empresas de lujo

para vender sus productos en el mercado global en el que operan. La organización de la distribución en el lujo es clave debido a que en este sector la experiencia de compra debe casi superar al propio producto y para ello la distribución y quiénes intervienen en ella es crucial para el negocio. En particular, en esta parte del trabajo nos vamos a centrar en la distribución selectiva y en las cláusulas que se podrían incorporar en este tipo de contratos teniendo presente las normas de competencias europeas.

- 3) *Estudio del comercio paralelo*. En esta parte del trabajo nos centraremos en estudiar el comercio o distribución paralela como fenómeno retador que es. Así, abordaremos su origen, factores que propician su aparición y en qué medida las empresas del sector del lujo pueden combatirlo teniendo presente la normativa marcaría europea y en materia de competencia desleal españolas.

## II. El mercado del lujo en cifras

2. El concepto de lujo es relativo. El mismo depende de una concepción personal. De la misma forma que hay firmas de lujo que afirman vender “lujo para todo el mundo”, hay otras, quizás las que venden a un sector de la población muy pequeño, que evitan tal denominación. Estas últimas se caracterizan por tener pocos establecimientos, incluso por no hacer demasiado visible sus logos o marcas en sus productos con el fin de que sólo sean identificados por sus escasos y selectos clientes. Esto es lo que se conoce en la actualidad como “lujo silencioso” o “quite luxury”.

3. El término <<lujo>> ha sido muy discutido y no todos los autores que han trabajado la materia coinciden<sup>1</sup>. Es más, se puede afirmar como el lujo y su concepción han cambiado de forma considerable en los últimos veinticinco años. Los productos lujo han pasado de ser escasos y reservados para las élites, a ser productos bastante accesibles que todos<sup>2</sup> (clases medias en Europa, por ejemplo) en mayor o menor medida podríamos comprar de vez en cuando. Así, una de las características que podríamos destacar sobre el concepto de lujo y que lo acompañan en la actualidad es la democratización<sup>3</sup>. El lujo nunca ha estado tan presente en la economía y en la sociedad como lo ha estado en la actualidad. Prueba de ello son las cifras de ventas y de ingresos netos que presentan las cuentas de resultados de las firmas de lujo<sup>4</sup> pero también la comunicación masiva en redes sociales que realizan. Desde nuestra visión, las

<sup>1</sup> Sobre el concepto de lujo y su estudio desde una perspectiva histórica *vid.*, J.C.BERRY, “The idea of luxury. A conceptual and historical investigation”, Cambridge University Press, 1997, pp. 3 y ss. También *vid.* desde una perspectiva más empresarial esa variedad de visiones, E. CATTANEO, “Definitions of luxury and key facets of luxury branding”, en E. CATTANEO (Editora), *Managing Luxury Brands. A complete Guide to Contemporary Luxury Brands Strategies*, Kogan Page, 2023, pp. 1-18, en particular p. 2.

<sup>2</sup> A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2021, p. 34.

<sup>3</sup> La democratización del lujo significa que el lujo no se reserva para una élite minoritaria donde todos los productos tienen precios elevados. Al contrario, la democratización implica producción industrial y con ella la segmentación de sus clientes con el objetivo de llegar a personas con niveles de ingresos muy diferentes. Sobre este concepto *vid.*, S. CAMPUZANO, *La fórmula del lujo*, 2ª ed., Biblioteca IE Business Publishing, 2019, pp.51-54. También *vid.*, E. CATTANEO, “Definitions of luxury and key facets of luxury branding”, en E. CATTANEO (Editora), *Managing Luxury Brands. A complete Guide to Contemporary Luxury Brands Strategies*, Kogan Page, 2023, p. 4.

<sup>4</sup> Grupos del sector del lujo como LVMH, el cual es propietario del mayor número de firmas de lujo del mundo, no han hecho más que incrementar sus ingresos en los últimos años. Los datos no mienten. En el año 2018 los ingresos del grupo LVMH fueron de 47.000 millones de euros, en el año 2019 de 54.000 millones de euros, en el año 2020 de 44.7700 millones, año en que la facturación se resintió, pero cuya recuperación ha sido muy potente, ya que en el año 2022 los ingresos fueron de 76.000 millones de euros y en 2023 la facturación alcanzó la cifra récord de 86.153 millones de euros. De hecho, en el año 2023, se han superado las ganancias del grupo que han llegado a los 15.174 millones de euros. *Vid.* sobre este particular, la noticia del Diario económico cinco días de enero de 2024, <https://cincodias.elpais.com/companias/2024-01-25/louis-vuitton-lvmh-gana-15174-millones-en-2023-un-77-mas-y-muestra-la-resiliencia-del-sector-del-lujo.html> (consultado el 3 de febrero de 2025). 2024 no ha sido tan buen año como se esperaba, se vaticinaba un crecimiento en torno a un 8% pero la industria no creció prácticamente nada. De nuevo, en atención a los datos del primer grupo del lujo LVMH podemos apreciar ese ligero retroceso. En 2024, LVMH ingresó 84.683 euros, un 17,3% menos que en 2023, aún así le supuso ese ejercicio un beneficio neto de 12.550 millones de euros.

firmas de lujo quieren ser conocidas worldwide para poder vender algunos de sus productos (los de “lujo accesible” principalmente) a lo largo y ancho del planeta.

#### 4. Esta democratización del lujo ha impactado de lleno en dos aspectos:

- 1) *En los productos que comercializan.* Para llegar cada vez a más clientes con un poder adquisitivo variado, se ha ampliado la gama de productos que se ofertan. Es decir, el *portfolio* de las empresas dedicadas al sector del lujo nunca ha sido tan variado y amplio como lo es actualmente;
- 2) *En la distribución.* Las marcas de lujo hace treinta años vendían prácticamente todos sus productos en sus *boutiques* propias, también conocidas como *flagship shops* o tiendas insignias. Sin embargo, a partir de los años 2000, este aspecto cambia y se comienza a segmentar el mercado con el objetivo de vender a más categorías de clientes. Esto implica que se deba recurrir a terceros (distribuidores ajenos a la firma) para distribuir los productos, especialmente productos de lujo accesible (pequeña marroquinería, perfumes, cosméticos, entre otros).

5. Esta democratización ha dado lugar también a que el mercado del lujo no deje de crecer. Es un mercado importante en la economía de muchos países, entre ellos los europeos. A pesar de que el 1,2 % de la población acumula el 47,8% de la riqueza, es un sector en alza y empresas como LVMH nunca han valido tanto en bolsa como lo han hecho en 2023, el valor de su acción en la bolsa francesa superó los 900 euros el 21 de abril de 2023<sup>5</sup>. En 2022 las ventas en el mercado del lujo tuvieron un valor global de 1,4 trillones, creciendo en torno a un 21 % respecto al año 2021, generando un beneficio positivo en un 95% de las firmas de lujo<sup>6</sup>. De hecho, se estimó que el mercado de lujo crecería en torno a un 8% en el año 2023 y lo siga haciendo a buen ritmo hasta 2030<sup>7</sup>. Y la realidad es que esas previsiones se superaron en 2022 y 2023 debido a que el mercado ha llegado a 1,5 trillones de euros y con un crecimiento del 10%<sup>8</sup>. Sin embargo, el año 2024 no ha sido tan buen año como se esperaba, resultando ser un año en el que el crecimiento del lujo, en general, se ha estancado incluso algunas firmas han perdido ingresos con respecto a 2023<sup>9</sup>.

6. Sobre ese estancamiento o incluso bajada se puede afirmar que una de sus causas sería la subida de precios tan potente de los últimos cuatro años. Esto ha dado lugar a que mucho potencial cliente europeo de lujo accesible no haya podido comprar lujo o menos que en años anteriores.

<sup>5</sup> Vid. al respecto <https://www.bolsamania.com/accion/LVMH-Euronext-Paris/historico-precios> (consultado el 1 de febrero de 2025).

<sup>6</sup> F. LEVATO/C. D'ARPIZIO, Estudio de Bain & Company, “Leap of Luxury”, *vid* sobre este informe <https://www.bain.com/about/media-center/press-releases/2022/global-luxury-goods-market-takes-2022-leap-forward-and-remains-poised--for-further-growth-despite-economic-turbulence/> (consultado el 1 de febrero de 2025). Vid. también en la prensa especializada <https://fashionunited.uk/news/business/luxury-goods-market-leaps-forward-in-spite-of-economic-turbulence-new-report-says/2022111566256> (consultado el 1 de febrero de 2025).

<sup>7</sup> F. LEVATO/C. D'ARPIZIO, Estudio de Bain & Company, “Leap of Luxury”, *vid* sobre este informe <https://www.bain.com/about/media-center/press-releases/2022/global-luxury-goods-market-takes-2022-leap-forward-and-remains-poised--for-further-growth-despite-economic-turbulence/> (consultado el 1 de febrero de 2023). No obstante, también hay previsiones menos positivas donde señalan que el crecimiento del lujo para el 2023 podría estar en torno al 3%-5%. Este crecimiento va a depender del impacto que tenga la apertura de China de sus fronteras en el consumo del lujo. *Vid.* sobre estas expectativas de crecimiento del mercado del lujo para 2023 C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/J.MONTGOLFIER/A.KAVANAGH, “Reissance in uncertainty: Luxury builds on its rebound”, *Bain Company*, 2023, p. 3, estudio disponible en <https://www.bain.com/insights/renaissance-in-uncertainty-luxury-builds-on-its-rebound/> (consultado el 1 de febrero de 2025).

<sup>8</sup> Sobre este particular *vid.* S. ELLIOT, “Global Luxury Market Poised To Set New Record In 2023”, *Forbes Global Properties*, December 2023, disponible en <https://www.forbesglobalproperties.com/trends/global-luxury-market-poised-to-set-new-record-in-2023> (consultado el 1 de febrero de 2025).

<sup>9</sup> *Vid.* al respecto la noticia del portal de estrategias de inversión de 29 de enero de 2025 <https://www.estrategiasdeinversion.com/actualidad/noticias/empresas/lvmh-registra-una-caida-del-173-en-sus-beneficio-n-781787> (consultado el 30 de enero de 2025).

### III. Hacia un concepto de lujo

7. Como ya se ha señalado, el concepto de lujo es relativo. No es un concepto estático e inamovible. La principal razón es que es un concepto muy social y psicológico, ligado a la subjetividad de los gustos y tendencias de la sociedad. Los gustos de hace 40 años no son los de hoy. La sociedad no es la misma, ésta ha evolucionado, ha ido cambiando y en gran medida, ello es debido a las tecnologías, a la forma en la que nos comunicamos, a cómo accedemos a la información. En la actualidad, las comunicaciones son fáciles, hace 40 años, no era así. Hoy gran parte de las mujeres trabajan fuera del hogar, hace tres décadas no era lo habitual. Además, ya no sólo es relevante que la mujer tenga ingresos sino que esos ingresos son en la actualidad más elevados que nunca<sup>10</sup>. También la concepción del lujo cambia en función de la región o zona del mundo en la que nos encontremos, del mismo modo que la cultura también influye, *ad ex.*, los gustos de los asiáticos no son los mismos que los de los occidentales. La sociedad se transforma, cambia y los mercados evolucionan con ella y, el sector del lujo, no iba a ser menos.

8. De este modo, más que un concepto de lujo podemos afirmar una serie de características que acompañan a los productos considerados de lujo. Dichas características podrían resumirse en las siguientes<sup>11</sup>:

- i. *No necesidad.* Los productos de lujo no van destinados a cubrir necesidades básicas de las personas. Son productos de los que se puede prescindir. Para cubrir necesidades hay otro tipo de productos, los de gran consumo. Sin embargo, el lujo se intenta emparentar con esos otros aspectos vitales que aunque no son necesarios para vivir enriquecen el alma humana como el arte o la cultura.
- ii. *Exclusividad.* Los productos de lujo no se fabrican en masa. La escasez es una pieza clave de su atractivo. De hecho, este es uno de los aspectos claves que crea lo que se conoce como “la imagen de marca”. Las firmas de lujo saben muy bien que la exclusividad es un aspecto fundamental para generar deseo, una característica que se potencia de múltiples formas (las listas de espera para acceder a un producto, por ejemplo) para atraer al consumidor de este tipo de productos.
- iii. *Excelente calidad.* Los materiales que se utilizan para la fabricación de los productos de lujo deben ser excelentes. También dicha excelencia en la calidad es consecuencia de que los materiales que se utilizan pueden ser poco habituales, raros o extravagantes. Esto sucede con algunos modelos de las marcas de lujo más icónicas como *Hermès*, *Chanel* o *Dior* en los que se utilizan pieles de serpiente, de lagarto o de cocodrilo.
- iv. *Precio alto.* Los productos de lujo no se caracterizan por su bajo precio. De ahí que muchos de estos productos no estén al alcance de la mayoría de las personas. Aunque el precio es un indicador de calidad para el cliente, no existe en los productos de lujo una relación entre la calidad y el precio. Es más, en los productos de lujo tiene lugar un efecto conocido como *Veblen*<sup>12</sup>. Aunque se bajara el precio de estos productos no significa que se traduzca en un aumento de su consumo. Puede incluso suceder justo lo contrario, que la bajada de precio de un producto de lujo haga que se diluya la imagen de marca, que pierda exclusividad y atractivo para los clientes. Hay que tener presente que las personas que consumen lujo no se deciden a comprar su producto en base al precio. El consumidor del lujo basa sus decisiones de compra en otros motivos, como la exclusividad, la calidad o la experiencia que puede llegar a conseguir con esa adquisición.

<sup>10</sup> Vid. MICHAEL J. SILVERSTEIN/ N. FISKE, “Luxury for the masses”, *Harvard Business Review*, April 2002, disponible en <https://hbr.org/2003/04/luxury-for-the-masses> (consultado el 2 de febrero de 2025).

<sup>11</sup> S. CAMPUZANO, *La fórmula del lujo*, 2ª ed., Biblioteca IE Business Publishing, 2019, pp.94 y ss.

<sup>12</sup> Desde una perspectiva económica, los productos de gran consumo responden a la elasticidad de la demanda, es decir, la demanda varía en función del precio del producto, a menor precio, un producto se consumiría más. Sin embargo, en los productos de lujo, la demanda no suele obedecer a cambios en precio de los productos, *vid.* al respecto, S. CAMPUZANO, *La fórmula del lujo...*, p. 147.

- v. *Transmisión de emociones*. En relación a los productos de lujo se ha ido más allá, no son simples bienes materiales. Las empresas del sector han conseguido transmitir emociones, sensaciones e incluso influir en el estado de ánimo de las personas. De hecho, los expertos en *marketing* han señalado que la verdadera batalla se libra en la mente del consumidor<sup>13</sup>. Y es ahí donde las empresas quieren verdaderamente llegar para poder influir en las decisiones de compra. Por eso, cabe plantearse si ese producto o servicio de la marca de lujo X tienen capacidad para transmitir esas sensaciones o son más bien las campañas de comunicación y *marketing* las que se encargan verdaderamente de crear, apelar y potenciar esas emociones que se predicán de un determinado producto. Para esto puede que no haya una respuesta única, ya que dependerá de quién sea nuestro interlocutor, pero lo que es evidente que a las marcas de lujo se las carga de emociones, desde todas las perspectivas (comunicación, identidad de marca, colaboraciones que realizan...), ya que cuanto más emoción puedan generar, más productos y servicios acabarán vendiendo que en el fondo es en gran medida lo que se persigue.

9. En definitiva, se puede afirmar que los productos (o servicios) de lujo son especiales, diferentes donde la innovación y la creatividad están muy presentes. Además, las cualidades y características que presentan para sus consumidores van más allá de sus meras características materiales<sup>14</sup>. Alrededor de estos productos existe un aura de *glamour* y de prestigio que es innegable y que los propios tribunales de justicia han reconocido a la hora de valorar *ad ex*. la necesidad de contar con redes de distribución acordes con esas características como posteriormente estudiaremos.

#### IV. Los segmentos de productos de lujo

10. El sector del lujo es muy amplio. En la actualidad se podría afirmar que abarca muchos productos y/o servicios, desde bebidas espirituosas, hasta accesorios de moda, joyas y relojes o moda propiamente dicha. El lujo está también muy presente en el sector servicios. Así, desde sesiones de *spa* donde se cuida hasta el último detalle para que el cliente viva una experiencia única, habitaciones de hotel con todas las comodidades y servicios hasta una comida en un restaurante. Todos ellos pueden ser ejemplos de servicios considerados de lujo. De hecho, cualquier producto o servicio puede ser clasificado como tal, la clave es la experiencia que se le transmite al cliente, la cual debe intentar ser especial y diferente. El objetivo de ello es que el cliente pueda sentirse único. La empresa *Bain Company* en su informe de 2024 ha dividido el lujo en nueve segmentos<sup>15</sup>. Estos serían: coches de lujo, bienes de, es, hoteles de lujo, vinos y bebidas espirituosas, comida *gourmet*, mobiliario y equipamiento para casas, arte, yates y jets privados y cruceros de lujo. El estudio muestra que el mercado de coches de lujo (con un mercado en 2024 de 579 billones de dólares), los bienes de lujo personales (con un mercado en 2024 de 363 billones de dólares) y *luxury hospitality* son los que más volumen de negocio generan.

Una vez un producto o servicio pueda ser clasificado como “de lujo”, es posible enmarcarlo a su vez dentro de un tipo de producto u otro en función de sus características y los criterios de clasificación que se utilicen. Así, en atención a características intrínsecas de los productos se podrían diferenciar las siguientes categorías<sup>16</sup>:

- *Personal vs. impersonal*. Los productos de lujo personales son de los que más cuota de mercado tienen en la actualidad tras los coches de lujo. Los productos de lujo personales son aquellos que se van a usar por una única persona principalmente. Así, entre los más

<sup>13</sup> Sobre este particular, *vid.* A. RIES/ J. TROUT, “Posicionamiento, la batalla por su mente”, McGraw-Hill, 2005, pp. 11 y ss.

<sup>14</sup> Esto también lo ha resaltado el TJUE en el asunto *Coty*, STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, apartado 25.

<sup>15</sup> C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>16</sup> K.HEINE, *The concept of luxury brands*, 2012, pp. 58-59, disponible en [https://upmarket.com/sites/default/files/content/20130403\\_Heine\\_The\\_Concept\\_of\\_Luxury\\_Brands.pdf](https://upmarket.com/sites/default/files/content/20130403_Heine_The_Concept_of_Luxury_Brands.pdf) (consultado el 2 de febrero de 2025).

característicos podrían encontrarse: perfumes, cosméticos, bolsos, pequeña marroquinería, joyas o relojes entre otros. El mercado de productos de lujo personales alcanzó en 2022 la cifra histórica de 353 billones de euros. Nunca (desde que se hacen estudios relativos a los mercados del lujo) se había alcanzado tal cifra. En 2019, el cual también se consideró un año de crecimiento y buenos resultados, el mercado del lujo de productos personales llegó a 282 billones de dólares<sup>17</sup>. Sin embargo, el mejor nunca visto en la historia del lujo, y en particular, en relación a lujo relativo a productos personales fue el año 2023 donde se alcanzó la cifra de 369 billones de euros. Esto no se ha repetido en 2024. El informe de Bain & Co apunta como el mercado de productos de lujo personal cayó en torno a un 2%, una caída que llama la atención debido a que es la primera en 15 años, aun así, es un mercado muy potente que en 2024 supuso 363 billones de euros<sup>18</sup>.

Los productos de lujo impersonales, serían justo lo contrario, son productos que no van destinados a que su uso sea exclusivo por una única persona. Son productos que pueden ser destinados a hacer más comfortable el hogar.

Dentro de esta clasificación, se podría diferenciar entre el *soft luxury* y el *hard luxury*. En la primera clasificación se podrían englobar productos destinados a la belleza y cuidado personal, bolsos y marroquinería, mientras que en la segunda serían productos como joyas y relojes.

- *Por la forma de consumir el producto.* La forma de consumir el producto permite diferenciar entre productos de consumo en ámbito privado y productos que se consumen en una esfera pública. Así, *ad ex.*, un paseo en yate, se hace de forma pública y a la vista de todos los que puedan estar en el puerto. Sin embargo, el uso de un electrodoméstico puntero, se hace en casa. Hay bienes que pueden tener un uso tanto privado como también público, *ad ex.*, una excelente botella de vino la puedes consumir en casa o en un restaurante.
- *Por la accesibilidad.* Hay productos y servicios a los que sólo puede acceder una minoría. Así, sería posible distinguir entre productos de lujo inaccesibles y productos de lujo accesibles. Entre estos, la compra de un *Ferrari* o de un yate. Sin embargo, hay otros productos que también pueden ser considerados de lujo pero que de vez en cuando pueden estar al alcance de una gran mayoría. Por ejemplo, un buen perfume, un cosmético o una botella del mejor whiskey escocés.
- *Por la visibilidad.* Dentro de los productos de lujo, hay marcas que deciden que sus productos deben ser reconocibles por un público amplio. Por tanto, se puede diferenciar entre productos de lujo visibles y productos de lujo discretos. Así, los logos, símbolos u otras características del producto son fácilmente reconocibles por prácticamente cualquiera. Esto podría suceder con mucho de los bolsos de la firma Luis Vuitton, en los que sus iniciales son bastante visibles. Sin embargo, hay otras marcas que se caracterizan por la discreción y la escasa ostentación. Éstas buscan ser reconocidas sólo entre iguales, entre personas que consumen ese producto, apuestan por la elegancia del lujo discreto. Estas firmas especialmente se centran en el diseño y calidad de sus productos. Ejemplo de firmas que siguen esta línea son *Mansur Gavriel* o algunos bolsos de la firma *Loewe*.
- *La exclusividad.* Hay productos de lujo que sólo pueden disfrutar unos pocos no sólo por el elevado precio sino porque se fabrican pocas unidades. Es lo que se conoce como piezas únicas. Estos productos son uno de los mayores exponentes o reflejos del lujo. Por ejemplo, la alta costura o determinados relojes como los de la marca Ptek Philippe. De este modo, en atención a la cantidad de se podría diferenciar entre: 1) *Piezas únicas.* Son productos producidos en cantidades muy pequeñas. Estos suelen fabricarse a mano, de hecho, puede

<sup>17</sup> C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/J.MONTGOLFIER/A.KAVANAGH, “Reissance in uncertainty: Luxury builds on its rebound”, *Bain Company*, 2023, p. 9, estudio disponible en <https://www.bain.com/insights/renaissance-in-uncertainty-luxury-builds-on-its-rebound/> (consultado el 2 de febrero de 2024).

<sup>18</sup> C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

ser que no haya ni dos iguales; 2) *Edición limitada*. Estos productos se fabrican en pequeñas cantidades y limitando su número.;3) *Difusión limitada*. Muy cercano a lo anteriormente expuesto están los productos de lujo de difusión limitada. Estos productos debido a que requieren gran detalle a la hora de fabricarse no suelen ser fabricados en grandes cantidades. Por ejemplo, los bolsos de la marca Hermes, en concreto el modelo *Diamond Himalaya Birkin* que en 2017 se subastó en la casa inglesa Christie’s de Hong King por 380.000 dólares<sup>19</sup>;4) *Difusión amplia*. Son productos de lujo pero fabricados en mayores cantidades. Esto sucede con los perfumes, la cosmética o prendas de ropa. Las cifras de producción no se asemejan a las de la producción en masa de productos no considerados de lujo pero las cantidades disponibles del producto difieren mucho de las piezas únicas o las ediciones limitadas. La exclusividad es un aspecto importante para crear la imagen e identidad de la marca. Es un aspecto que en función del producto y de lo que se pretenda transmitir con él habrá que cuidarlo de una forma u otra. Esa exclusividad se debe desarrollar en base a una estrategia adecuada muy relacionada con los valores de la marca para que no dañe la imagen. De este modo, puede haber escenarios en los que si un producto es demasiado exclusivo puede dejar de tener presencia en el mercado. Sin embargo, en sentido contrario puede suceder lo mismo, un producto de lujo muy visto, también puede dejar de considerarse exclusivo debido a esa sobre exposición dañando así el aura de glamour de la marca. La clave es seguir un equilibrio y tener muy presente los valores e identidad de la marca. No es sencillo pero

## V. La industria del lujo por áreas geográficas: La adaptación de un sector

**11.** La industria del lujo es una industria muy potente que implica una parte importante del PIB de cada país. En 2024, el sector del lujo consiguió unos ingresos globales de alrededor 1,48 trillones de dólares<sup>20</sup>. En concreto, por áreas geográficas podríamos destacar:

- *Europa*. El continente europeo ha sido y sigue siendo la cuna de muchas marcas de lujo. De hecho, el 70% de las marcas de lujo son europeas. Francia e Italia, son países claves en esta industria, debido a que un gran número de firmas de lujo tienen sus orígenes en dichos países. Un aspecto que permite entender cómo es y el impacto que tiene la industria del lujo es la reacción de ésta ante las diferentes crisis económicas que se han ido sucediendo en las últimas décadas. En la crisis financiera de los años 2008 a 2014, en los que Europa, pero también otros lugares del mundo, como Estados Unidos, pasaron momentos financieros complicados, se puede decir que el sector del lujo en global no se resintió prácticamente nada<sup>21</sup>. Diversos factores podrían justificar tal hecho en el caso del mercado europeo, pero uno destaca sobre el resto: el turismo. Especialmente, el turismo de ciudadanos asiáticos, sobre todo, de nacionales chinos. El turista chino es un buen comprador de lujo en Europa básicamente por una razón: se ahorra bastante dinero al comprar el producto en Europa con respecto a su país. De hecho, de las ventas totales de las conocidas Galerías francesas *Lafayette*, en torno al 60% reconocen que son a turistas, y dentro de esas cifras del 60% al 80% son a turistas de nacionalidad china<sup>22</sup>. Pero no sólo sucede en Francia, en el resto de países europeos sucede algo similar. De hecho, hay estudios que muestran como el turista

<sup>19</sup> R.RODRÍGUEZ, “El Diamond Himalaya Birkin, el bolso más caro del mundo que cuesta más de 380.000 euros”, disponible en [https://www.elespanol.com/corazon/estilo/20210114/diamond-himalaya-birkin-bolso-mundo-cuesta-euros/550945601\\_0.html](https://www.elespanol.com/corazon/estilo/20210114/diamond-himalaya-birkin-bolso-mundo-cuesta-euros/550945601_0.html) (consultado el 4 de febrero de 2025)

<sup>20</sup> C. D’ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>21</sup> C.MOYA, “El sector lujo, uno de los beneficiados de las crisis económicas (y a qué se debe su crecimiento)”, *el Economista*, disponible en <https://www.economista.es/status/noticias/10349044/02/20/El-sector-lujo-gran-beneficiario-de-las-crisis-economicas-y-a-que-se-debe-su-crecimiento.html> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>22</sup> A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 13.

chino es el comprador de uno de cada tres productos de lujo que se fabrican en el mundo<sup>23</sup>. No obstante, tras la pandemia el turista de otras nacionalidades como la rusa o la estadounidense también es un turista que gasta en lujo. Aunque la pandemia vivida por el covid-19 afectó de forma negativa al mercado europeo del lujo, el cual se contrajo para algunas firmas más de un 25%<sup>24</sup>, también hay que destacar que ha dejado huella y un lema “sólo se vive una vez” que afecta positivamente al consumo de productos de lujo. Otro aspecto a tener en cuenta sobre el mercado europeo es que no sólo tiene como cliente al turista. El europeo es un consumidor que ama al lujo y es asiduo a él. Compraba lujo antes de la pandemia, y lo sigue haciendo en la actualidad, siendo uno de los consumidores más fieles de esta industria. De hecho, el consumidor europeo es el que por poder adquisitivo se puede considerar como el consumidor de lujo más estable<sup>25</sup>.

- *Estados Unidos*. El mercado estadounidense es muy amplio y diverso. En términos generales, a datos de 2022 suponía el 30% del mercado global del lujo. Pero la realidad es que estas cifras son consecuencia de las grandes ciudades como Nueva York, Miami o Los Ángeles. Por lo tanto, una vez que se deja a un lado las grandes ciudades y se observan los datos de los Estados del interior las cifras se desploman. El ciudadano estadounidense no vive ni siente el lujo como los europeos, queda todavía camino por recorrer y para las firmas de lujo europeas no es un mercado fácil de conquistar<sup>26</sup>. En cuanto a las estrategias de marcas de lujo europeas (*Louis Vuitton*, *Hermès*, *Chanel*...) frente a las americanas (*Ralph Lauren*, *Coach*...) decir que estas últimas se han caracterizado por la expansión y durante años han llevado a cabo una política de apertura de establecimientos y de concesión de licencias. Sin embargo, las marcas de lujo europeas, muy al contrario, se han caracterizado por la apertura de pocos establecimientos cuidando mucho los detalles de cada uno de ellos.
- *Asia*. El mercado del lujo en Asia es bastante reciente, hace veinte años prácticamente no existía. Cuando hablamos de mercado asiático deberíamos tener presentes países como China, Japón, la India, Rusia, Corea del Sur, Hong Kong y Oriente Medio. Cada país presenta sus peculiaridades debido a cuestiones geográficas y culturales. Por ese motivo, Japón, Medio este y China son analizados de forma separada tal y como hacen muchas firmas de lujo cuando quieren analizar sus volúmenes de negocio en dichos mercados. En el caso de China, podríamos destacar lo siguiente:

De finales de los 2000 hasta 2016 las marcas de lujo fueron reticentes a realizar grandes inversiones en China. La razón era que, aunque en esos años la clase adinerada en China había aumentado, tal incremento no se traducían en una mayor inversión por parte de las marcas de lujo europeas y estadounidenses en el país asiático. Esto era así básicamente por dos factores: 1) Las marcas de lujo tenían analizado que a los ciudadanos chinos les interesaba comprar lujo cuando salían de su país a hacer turismo. El nacional chino cuando hace turismo no sale tanto a conocer sino a comprar<sup>27</sup>; 2) El mercado chino tiene varios hándicaps bastante importantes a tener en cuenta. La penetración en el mercado no es sencilla debido al gran tamaño del país, lo que dificulta en buena medida la creación de una sólida red de distribución. Sin embargo, esta tendencia de no invertir se ha revertido a partir de 2016 y los conglomerados del lujo invirtieron hasta la pandemia del año 2020 importantes cantidades para poder tener presencia en el mercado chino. Estas inversiones les han permitido seguir vendiendo lujo en China a pesar la crisis del coronavirus. De hecho, el 90% de las ventas de lujo en China en los años 2020 a 2022 se realizaron en el propio país debido a la impo-

<sup>23</sup> Información disponible en [://economia.elpais.com/economia/2016/03/04/actualidad/1457087355\\_664973.html](http://economia.elpais.com/economia/2016/03/04/actualidad/1457087355_664973.html) (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>24</sup> Noticias como esta reflejan lo que sostenemos *vid.* <https://www.economista.es/status/noticias/10899013/11/20/El-sector-del-lujo-sufre-la-caida-mas-grande-de-su-historia-tras-la-crisis-del-coronavirus.html> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>25</sup> A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 13.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>27</sup> Vid al respecto, <https://es.fashionnetwork.com/news/Las-compras-de-turistas-chinos-compensan-el-mercado-de-lujo-en-espana,228262.html> (consultado el 4 de febrero de 2025).

sibilidad de viajar al extranjero<sup>28</sup>. El año 2023 fue un año de reapertura del mercado chino, se permitieron después de tres años viajes de nacionales chinos al extranjero, por lo que las cifras de y el crecimiento del mercado del lujo en China se ha podido observar en todos los segmentos, y en especial en joyería<sup>29</sup>. En contraposición, 2024 ha sido un año de desaceleración en el que el gasto en lujo ha sido inferior al año anterior.

- *Japón*. Otro mercado asiático a destacar debido a que tiene larga tradición en el mercado del lujo es Japón. En la primera década del siglo XXI, Japón era un lugar muy importante para marcas como Hermès, cuyas ventas en dicho mercado implicaban el 30% de sus ventas totales o Louis Vuitton que implicaba entre el 30-40%<sup>30</sup>. Sin embargo, a partir del 2009, debido a factores como la crisis económica global de los últimos años, el terremoto y tsunami del año 2011, el mercado japonés del lujo ha descendió considerablemente<sup>31</sup>. Sin embargo, a partir de 2012 se han visto cambios a la alza, es una población que ama los productos de lujo, sobre todo los cosméticos. Por eso, sigue siendo uno de los mercados más importantes para la industria del lujo. De hecho, en 2023 es el mercado que más ha crecido, en torno a un 17%<sup>32</sup>. En 2023 junto con EE.UU., el japonés fue uno de los mercados más rentables para las marcas de lujo<sup>33</sup> y en 2024 es el mercado que más ha crecido en el área Asia-Pacífico<sup>34</sup>. No obstante, a pesar de las dificultades que pueden plantear estos mercados, se prevé que en las próximas décadas esta zona del mundo sea la más atractiva a la hora de invertir para las marcas de lujo. Esto es así debido a hay datos que estiman que en 2025 el número de personas con un patrimonio financiero superior al millón de dólares se multiplique por dos en esa zona del planeta<sup>35</sup>.
- *Oriente Medio*. Este es uno de los mercados que más ha crecido en 2024<sup>36</sup>, liderando este crecimiento Emiratos Árabes Unidos y ciudades como Dubái y Arabia Saudí. Se estima un aumento del negocio de los productos de lujo personal en la próxima década de 540 billones de euros a 580 billones de euros, teniendo presente que en el año 2019 el volumen de negocio para este sector del lujo en esa región del mundo era de 281 billones de euros<sup>37</sup>.
- *África*. En la actualidad no es un mercado potente. De hecho, se podría afirmar que para las firmas de lujo es prácticamente inexistente. La mayoría de su población carece de lo necesario para sobrevivir, por lo que el lujo queda muy lejano para gran parte del continente. Los primeros años del siglo XXI, en países del norte de África como Egipto o Túnez se apreciaron un incremento en la venta de productos de lujo, especialmente perfumes. Estas compras principalmente eran realizadas por los turistas, ya que que en aquella época el turismo era uno de los motores principales de la economía de esos países. Sin embargo, tras la primera árabe y los atentados de los últimos años en países como Túnez, Marruecos o Egipto, los turistas son casi inexistentes mientras que la clase más adinerada de dichos países, que son los que podrían comprar productos de lujo, han sido los primeros en abandonar esa zona. Así, hay firmas como la americana Burberry o la italiana Ferragamo que han decidido cerrar sus tiendas de forma permanente, las que no lo han hecho, han visto cómo sus ventas han caído en un 70%<sup>38</sup>.

<sup>28</sup> Sobre este particular, vid la noticia del Diario Modaes del 29 de enero de 2024, <https://www.modaes.com/entorno/el-lujo-frena-su-crecimiento-en-china-y-cerrara-2024-con-un-crecimiento-menos-del-10> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>29</sup> <https://www.modaes.com/entorno/el-lujo-frena-su-crecimiento-en-china-y-cerrara-2024-con-un-crecimiento-menos-del-10>

<sup>30</sup> A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 12.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>32</sup> <https://www.bain.com/insights/long-live-luxury-converge-to-expand-through-turbulence/>

<sup>33</sup> I. CARMONA, “Estados Unidos y Japón, los nuevos China cuando el mayor mercado para el lujo falla”, Diario Modaes, febrero 2023, disponible en <https://www.modaes.com/entorno/estados-unidos-y-japon-los-nuevos-china-cuando-el-mayor-mercado-para-el-lujo-falla> (consultado 4 de febrero de 2025).

<sup>34</sup> C. D’ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>35</sup> A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 15.

<sup>36</sup> C. D’ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 16.

## VI. Los protagonistas en la industria del lujo

### 1. Los consumidores de productos de lujo

12. El número de personas que podrían consumir productos de lujo ha crecido exponencialmente en los últimos veinte años. Así, hay algún estudio que señala que los clientes que pudieron consumir lujo en el año 1995 eran unos 90 millones de personas a nivel mundial, mientras que en el año 2013 esa cifra ascendía a los 330 millones<sup>39</sup>. Además, el estudio muestra como esa cifra va a aumentar en las próximas décadas. Así, se estima que en el año 2030 dicha cifra ascendería a 500 millones<sup>40</sup>. Este aumento de potenciales consumidores es consecuencia de la segmentación de la industria del lujo.

13. Dentro de los consumidores de lujo actuales es posible resaltar que un alto número de personas son mujeres, las cuales consumen principalmente cosméticos y moda<sup>41</sup>. Actualmente hay un grupo de consumidores que hace unos años no existía, se trata de un consumidor joven, muy conectado y bastante exigente. Este tipo de consumidor supuso en el año 2023 más ingresos a las firmas de lujo que el consumidor más tradicional y maduro<sup>42</sup>. De hecho, se estima que el gasto que llevaron a cabo estas generaciones más jóvenes, *Z y milleniales* (210 millones del año 2023) se multiplique por dos en 2026. Es más, uno de los retos actuales de la industria del lujo es mejorar la experiencia en el canal *on line* con el objetivo de poder captar a más clientes jóvenes, debido a que en pocos años se estima que dichas ventas pueden suponer el 75% de las ventas<sup>43</sup>.

14. Otro consumidor importante de las firmas de lujo es el turista. Este consumidor generalmente es asiático, especialmente de nacionalidad china. No obstante, también consumen lujo cuando viajan especialmente cuando vienen a Europa porque la conciben como cuna del lujo, clientes de nacionalidades de países de oriente medio, rusos y latinoamericanos. Hasta la crisis que provocó la pandemia del coronavirus, las personas de nacionalidad china solían comprar productos de lujo especialmente cuando viajaban a Europa. Esto también tenía una explicación relacionada con el precio de los productos. Los precios de los productos en China (especialmente de cuero) tienen un precio superior (en torno a un 30%) que en Europa<sup>44</sup>. Aunque las marcas de lujo están cada vez homogeneizando los precios de los productos en todos los mercados en los que operan para evitar fenómenos como el comercio paralelo<sup>45</sup>, sigue habiendo diferencia de precios entre China y Europa. Además, el turista chino se puede ahorrar el IVA de los productos y eso implica que le puedan devolver al salir de Europa en torno al 20%.

Esta forma de consumir del turista chino no se puede trasladar de forma automática al turista japonés. Estas personas consumen mucho más lujo en su mercado local. La japonesa es una sociedad que consume muy asiduamente productos de lujo, se estima que el 94% de las mujeres japonesas menores de 30 años poseen un bolso de la firma Louis Vuitton, más de un 58% tiene algún producto de Prada y alrededor del 50% posee algún producto de la marca Chanel<sup>46</sup>. Aunque actualmente uno de los

<sup>39</sup> Estudio realizado por la compañía Bain & Company en el año 2013 bajo el nombre de “Lens on the World Wide Luxury Consumer”, este estudio se puede consultar en <https://www.bain.com/migration/press-releases/2014/lens-on-the-world-wide-luxury-consumer/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>40</sup> *Vid* al respecto, C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/J.MONTGOLFIER/A.KAVANAGH, “Reissance in uncertainty: Luxury builds on its rebound”, *Bain Company*, 2023, p. 3, estudio disponible en <https://www.bain.com/insights/renaissance-in-uncertainty-luxury-builds-on-its-rebound/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>41</sup> A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 48.

<sup>42</sup> Al respecto *vid.* D. MAURET, “Los clientes de lujo son cada vez más jóvenes, conectados y exigentes”, disponible en <https://es.fashionnetwork.com/news/Los-clientes-del-lujo-son-cada-vez-mas-jovenes-conectados-y-exigentes,1533797.html#zankov> (consultado el 4 de febrero de 2025)

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> Sobre este particular *vid.*, R. ALONSO LÓPEZ, “Las estrategias de precio y oferta de las firmas de lujo en China”, *Fashion Network*, disponible en <https://es.fashionnetwork.com/news/Las-estrategias-de-precio-y-oferta-de-las-firmas-de-lujo-en-china,1499488.html#onitsuka-tiger> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>45</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 111-142.

<sup>46</sup> A.SOM/ C.BLANCKAERT, *The road of...*, p. 12.

consumidores que más puede gastar en lujo es el turista, va a depender de su nacionalidad, de su cultura, de su clase social...

15. Aun así, debido a la segmentación de los productos de lujo y ese deseo de las firmas de llegar a todo tipo de clientes, hay una característica común del consumidor de lujo actual y es la heterogeneidad. La captación de una clientela tan diferente entre sí, es uno de los retos que tienen actualmente las marcas de lujo. Y aunque este objetivo no es sencillo, ya que deben tener presente las expectativas de un consumidor exigente como es el actual y no lo hacen nada mal si atendemos a las cifras de venta de muchas firmas de lujo.

## 2. Las compañías del sector del lujo

16. Las compañías que dominan la industria del lujo a nivel mundial en la actualidad no son muy numerosas. Así, sería posible diferenciar entre empresas que poseen muchas marcas. Y esto es así porque las han ido adquiriendo debido a que muchas de ellas se encontraban en situaciones financieras delicadas, donde la falta de solvencia y de rumbo del negocio les ha hecho vender la firma. De este modo, se podrían diferenciar dos tipos de perfiles compañías que operan en la industria del lujo<sup>47</sup>. Por un lado, estarían los conglomerados internacionales que poseen diferentes marcas, y por el otro, el negocio que posee una única firma. Así, el mercado del lujo se reparte entre pocas empresas y algunas de ellas son grandes empresas multinacionales y otras son empresas que sólo poseen una firma. Una característica que acompaña tanto a grandes conglomerados del lujo como a empresas que sólo poseen una firma es que son familias los dueños, haciendo que el mayor peso de las decisiones se tomen por ellas. Esta presencia de la familia en los consejos de administración impacta en las decisiones de negocio que se toman debido a que tienen muy presente perpetuarse y su perspectiva del negocio está basada en el largo plazo.

17. Entre los conglomerados mundiales más importantes en la industria del lujo es posible destacar al grupo francés *Louis Vuitton Mōet Henessi* (en adelante, LVMH), el cual es el conglomerado de mayor tamaño y que mayor número de firmas posee. LVMH ha ido adquiriendo desde los años 80 hasta la actualidad muchas casas de lujo que presentaban problemas financieros y las ha ido añadiendo a su porfolio. Actualmente posee más de cien firmas de lujo, la mayoría de ellas con una larga tradición pero también ha incorporado algunas creadas recientemente<sup>48</sup>. Por detrás de este gran grupo existen otros también muy potentes como el grupo también francés *Kering*, propietario de firmas de lujo tan emblemáticas como Balenciaga, Saint Laurent o Alexander McQueen. Otro grupo importante es Richemont, grupo suizo dueño de firmas como Cartier, Montblanc o Clhoé. Con menos volumen de negocio pero que también poseen marcas de lujo potentes y muy deseadas por los consumidores de lujo<sup>49</sup> estarían el Grupo Prada, dueño de Prada y Miu Miu, entre otras, y el grupo *Tapestry*. Este último es dueño de la firma Versace, Michael Kors y Jimmy Choo.

18. En cuanto a las compañías que sólo poseen una marca de lujo, y que en mayor o menor medida sus dueños tienen relación con los creadores originarios, es posible destacar: *Hermès*, *Chanel*, *Burberry* o *Armani*. Esta última es de las pocas en la actualidad en la que su fundador todavía sigue vivo y sin idea de jubilarse a pesar de llevar más de cincuenta años liderando su emporio.

19. Dentro de los conglomerados que poseen importantes firmas no es posible dejar de destacar a los conglomerados empresariales dedicados a la fabricación de productos cosméticos y de belleza como el grupo *L’Oreal*, el mayor grupo de belleza del mundo, y al que le siguen importantes empresas

<sup>47</sup> Sobre las diferencias en la gestión entre los conglomerados y los negocios del lujo en manos de familias *vid.*, A. SOM/C.BLANCKAERT, *The road of...*, pp.162-202.

<sup>48</sup> *Vid.*, al respecto <https://www.lvmh.com/houses/> (consultado el 12 de febrero de 2025).

<sup>49</sup> A. ORTEGA, “Prada y Miu Miu son las firmas más deseadas del mundo según el índice Lyst”, noticia de Harpers Bazaar de enero de 2024, disponible en <https://www.harpersbazaar.com/es/moda/noticias-moda/a46604917/prada-miu-miu-moda-firmas-populares-virales-mundo/> (consultado el 12 de febrero de 2025).

como la española *Puig*, los grupos estadounidenses *Coty* o *Estee Lauder* y la empresa japonesa *Shiseido*. Estas empresas que fabrican perfumes y cosméticos juegan un papel clave en el segmento del lujo accesible. Esto es así porque son pocas empresas en todo el mundo las que se dedican a la fabricación de la gran mayoría de los productos de belleza de las diferentes firmas de lujo. La línea *beauty* de muchos de estos conglomerados del lujo señalados anteriormente se fabrica por grandes grupos fabricantes de cosméticos como *L’Oreal*, *Coty* o *Puig*. Un ejemplo sería la empresa española *Puig* que fabrica y distribuye los perfumes de la francesa firma *Hermès* desde el año 2022<sup>50</sup>.

## VII. La distribución en el lujo

**20.** La vía elegida por las marcas de lujo para hacer llegar al cliente su producto es un aspecto clave en la estrategia a seguir por estas empresas. Esto es así debido a que la distribución implica la llegada del producto al consumidor, la forma en la que cliente y marca se ponen en contacto. La distribución o *retail* es clave para crear exclusividad o para mantenerla, para potenciar experiencias y ganar fidelidad a la firma. También la forma de distribuir los productos es esencial para la estructura de costes de una compañía, siendo un aspecto fundamental en la expansión internacional de la marca y la conquista de mercados extranjeros.

**21.** Las marcas de lujo que no han tomado decisiones acertadas en cuanto a la distribución de sus productos lo han pagado caro. Ejemplos no faltan. Este fue el caso hace unos años de las firmas *Gucci* o *Ralph Lauren*, en las que no había un control de la distribución realizada por terceros<sup>51</sup>. El control de la distribución es un aspecto clave en la actualidad y en el que preocupan y ocupan las firmas de lujo. Algunos estudios de consultoras como *Bain & Company* muestran como el 50% de las ventas de las firmas de lujo en relación a productos de lujo personal provienen de distribuidores oficiales y el otro 50% las realiza la propia firma en sus propios canales de venta como sus *boutiques*, su propia página *web* o su canal *outlet*<sup>52</sup>. Este estudio muestra la evolución de quién se encargaba las ventas en las firmas desde el año 2010 hasta el año 2022. Así, se puede observar como en el año 2010 sólo 28% de las ventas se realizaban por la propia firma de lujo y un 72% del producto de lujo personal se vendía por distribuidores oficiales. De este modo, se puede observar cómo año a año las firmas de lujo ganan peso en la propia venta de sus productos y no deciden delegarla en terceros distribuidores. Esto también tenía una explicación y es que en los años 90 hasta los 2000, las firmas de lujo estaban muy centradas en la creación y en el producto<sup>53</sup> y también eran negocios muy locales y poco globales. De este modo, con la necesidad de adaptarse a una economía global, la distribución se delegaba a terceros expertos debido a que les permitía expandirse internacionalmente y con poco coste, por eso en aquel momento, la distribución, no era un aspecto que desarrollaran ellas mismas de forma principal. En la actualidad, esto ya no es así, preservar la imagen de marca y que se le atribuyan unos valores homogéneos con independencia del mercado es un aspecto clave. Esto requiere que la distribución se realice por la propia firma de lujo. Además, en la actualidad es más sencillo que hace treinta años, la posibilidad de vender por internet y seguir con su *storytelling* en las redes sociales les permite tener un control mayor de todo el proceso de venta.

<sup>50</sup> C. JUÁREZ, “Puig se hace con la distribución de la perfumería y cosmética de Hermès en España”, disponible en <https://www.modaes.com/empresa/puig-se-hace-con-la-distribucion-de-la-perfumeria-y-cosmetica-de-hermes-en-espana> (consultado el 2 de febrero de 2025).

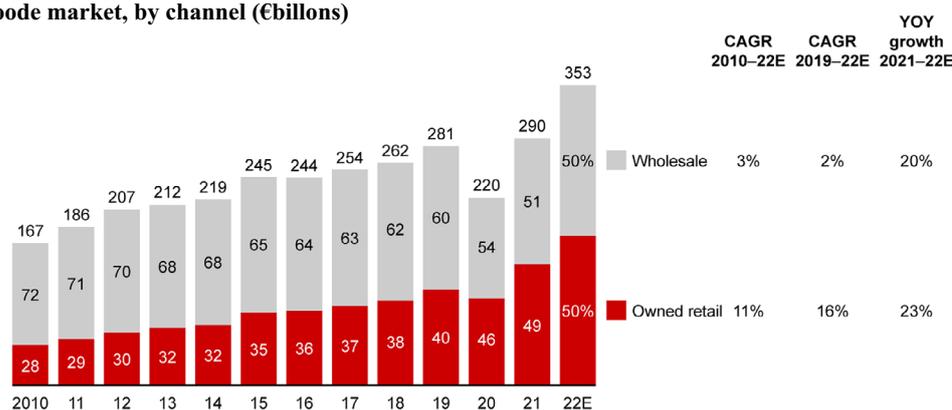
<sup>51</sup> Si en la distribución de los productos de una firma todos los operadores no llevan a cabo las mismas políticas y estrategias se puede acabar dañando la imagen de marca. Esto sucede, por ejemplo, cuando la firma no hace descuentos y distribuidores oficiales sí. En el caso de Gucci, uno de sus problemas fue tener una presencia excesiva en el mercado debido a la concesión de licencias sin demasiado control. Esto hace que se pierdan los valores de la marca, su tradición, su esencia, afectando a aspectos básicas para una firma de lujo como la exclusividad o la calidad del servicio preventiva y/o posventa.

<sup>52</sup> Vid. sobre estas expectativas de crecimiento del mercado del lujo para 2023 C. D’ ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/J.MONTGOL-FIER/A.KAVANAGH, “Reissance in uncertainty: Luxury builds on its rebound”, *Bain Company*, 2023, p. 3, estudio disponible en <https://www.bain.com/insights/renaissance-in-uncertainty-luxury-builds-on-its-rebound/> (consultado el 2 de febrero de 2025).

<sup>53</sup> A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury...*, p. 334.

**Global personal luxury goods market, by channel (€billions)**

Note: Growth shown at current exchange rates  
Source: Bain & Company



**22.** En la práctica actual esto ha llevado a que las firmas de lujo estén rescindiendo contratos de distribución con distribuidores que no siguen sus estrictas políticas de servicios preventa y postventa, de *marketing* y de comunicación y sus políticas de precios. Este último particular es relevante debido a que actualmente una de las cláusulas claves en los contratos de distribución es aquella en la que las firmas de lujo exigen a sus distribuidores oficiales no hacer descuentos. Como ya se adelantó en el capítulo anterior, una estrategia actual en la que trabajan estas empresas dedicadas al lujo es la de homogeneizar precios en todos los mercados en los que venden. El objetivo de evitar esas diferencias de precios entre mercados persigue paliar la presencia del comercio paralelo o ventas grises. Es decir, la reventa de productos originales al margen de la red oficial de distribución<sup>54</sup>.

**23.** Además, no hay que olvidar que para vender con descuentos las firmas de lujo tienen creado un canal específico que es el canal *outlet*, canal propio de la firma de lujo. Las tiendas de firmas de lujo que podemos ver en *outlets* europeos (*ad ex.*, Las Rozas Village en Madrid, La Roca en Barcelona, el Valle en París, Serravalle en Milán, entre otros) donde sólo comercializan sus productos firmas de lujo no son distribuidores oficiales los que se encargan de dichas ventas, estas ventas son propias de la firma de lujo y es la vía mediante la cual la propia firma se va quitando el *stock* de temporadas anteriores.

**24.** Por lo tanto, se puede afirmar que la distribución es un elemento clave en los negocios del lujo, siendo un aspecto importante para la internacionalización de las firmas y el desarrollo del fenómeno conocido como la “democratización del lujo”. Las marcas han querido expandirse lo máximo posible en estos últimos treinta años con el fin de llegar a todos los clientes posibles. Estos les ha hecho adaptarse y vender todo tipo de productos, lo conocido como “accesorización”. Aunque el objetivo es vender, no es sencilla la estrategia de distribución cuando no es la propia firma la que se encarga y la encomienda a terceros, ya que se deben combinar diversos factores como alta calidad, imagen de marca uniforme, exclusividad y ahorro de costes. Son aspectos que o se conjugan bien o al final se acaba dañando la imagen de marca. Así, aunque se puede afirmar que a día de hoy una de las estrategias de las firmas de lujo es integrar la distribución de sus productos en su compañía lo máximo posible estando muy enfocados en hacer la distribución *on line* y *off line* un canal único<sup>55</sup>, todavía, como hemos señalado en torno al 50% de las ventas que realizan se llevan a cabo por distribuidores oficiales, realizando contratos de distribución con distribuidores más tradicionales donde combinan distribución física y *on line* pero también con *pure players* del lujo. Es decir, plataformas de comercio electrónico como *Mytheresa*, *Farfetch*, *Alibaba Tmall luxury Pavilion* o *Net-a-Porter*.

<sup>54</sup> No hay que olvidar que en el EEE el comercio paralelo en términos generales es lícito cuando existe agotamiento europeo del derecho de marca. El titular de una marca de lujo no puede oponerse como regla general a la reventa de su producto en el EEE cuando el derecho de marca se ha agotado. No obstante, este particular también plantea excepciones. Sobre el comercio paralelo, *vid.*, I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015. Más reciente y en abierto, I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta on line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 402-413.

<sup>55</sup> *Vid.* A. SOM/ C. BLANCKAERT, *The Road of luxury...*, p. 337 y ss.

### VIII. La importancia de la distribución en el comercio transnacional

25. La distribución es en una fase fundamental del comercio llegando a ser una actividad diferenciada dentro de este. Las labores de intermediación y comercialización de productos y servicios dan lugar a lo que se conoce como canales o redes de distribución. Dentro de una red de distribución es posible distinguir dos figuras contractuales diferentes. Por un lado, se encontrarían los contratos celebrados entre los fabricantes o proveedores y los distribuidores, mayoristas o minoristas. Por el otro, los contratos formalizados entre el distribuidor minorista y los consumidores. Estos últimos escapan del objeto del Derecho de la distribución comercial<sup>56</sup>.

26. La red de distribución se compone en un extremo por el fabricante que vende los productos a un mayorista que, a su vez, revende los productos a un minorista, siendo este último el que vende los productos directamente al consumidor<sup>57</sup>. La longitud de las redes de distribución varía en función del sistema de organización y del número de sujetos que intervienen. Así, se puede diferenciar entre canales de distribución “cortos” y “largos”.

El *canal de distribución largo* se caracteriza porque el número de intermediarios que intervienen en la distribución es elevado y variado. Este tipo de canal es frecuente verlo en la distribución de productos perecederos. Diferentes mayoristas y minoristas se suceden unos a otros hasta que el producto llega al consumidor final.

En contraposición a este tipo de canal, podemos encontrar el canal de *distribución corto*. Este canal se caracteriza por el reducido número de intermediarios que intervienen en la distribución. En términos generales, los canales cortos se componen del fabricante o proveedor y el minorista. Éstas son las redes de distribución mediante las que se venden productos de lujo o de alta tecnología. La propia red de distribución aporta valor al bien. El fabricante o proveedor para garantizar el halo de exclusividad de sus productos permanece cercano. Así, como posteriormente vamos a estudiar, el titular de estas redes selecciona cuidadosamente a los distribuidores que van a conformar su red, prefiriendo generalmente evitar que distribuidores mayoristas formen parte de la misma y sólo integrando la red con minoristas.

27. El Derecho de la distribución comercial es un derecho especial que se rige por normativa propia y abarca diferentes disciplinas jurídicas tanto de Derecho público como de Derecho privado, entre las que destacan el Derecho la competencia, el comercio interior y el Derecho privado contractual. Así, el Derecho de la distribución afecta a diferentes sectores de la industria y de los servicios<sup>58</sup>.

28. Los contratos formalizados entre fabricantes y distribuidores pueden obedecer a diferentes formas contractuales. Todas ellas, aunque diferentes entre sí comparten el mismo fin: fomentar las ventas del distribuidor. De este modo, con el fin de incentivar e incrementar las ventas de los distribuidores en ocasiones dichos contratos contienen cláusulas que son restrictivas de la competencia.

### IX. La distribución integrada vs. la distribución no integrada

29. En atención al grado de integración de la distribución de los productos podemos diferenciar entre empresas que tienen integrada la distribución en su compañía frente aquellas que no tienen tal integración. Como se ha señalado, en el apartado anterior, ya se ha dejado de manifiesto, que cada vez más las firmas de lujo integran la distribución en la compañía para ejercer el mayor control posible sobre la misma.

<sup>56</sup> Vid. R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, p. 59.

<sup>57</sup> Vid. J. CASARES RIPOL, “Canales comerciales. Redes de distribución. Ideas nuevas para ceremonias antiguas”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, La ley, Madrid, 2010, p. 87.

<sup>58</sup> Vid. R. ALONSO SOTO, “Tipología de los ...”, p. 59.

**30.** A las empresas que integran la distribución se las conoce como empresas verticalmente integradas. Las mismas no sólo se encargan del diseño y de la fabricación de sus productos, también de su almacenaje, transporte, venta final al consumidor y atenderle en todo el proceso *presale* y *aftersale*. Una de las vías para que esta distribución integrada pueda llevarse a cabo por el fabricante es recurrir a los agentes. + Los agentes no asumen el riesgo que implica la distribución de los productos, lo asume el principal, es decir, el fabricante o proveedor de los mismos y esto impacta en la aplicación del Derecho de la competencia europeo

A pesar de que las empresas del sector del lujo son un ejemplo de integración vertical tanto aguas arriba (fase fabricación) como aguas abajo (fase distribución), hay que destacar que son compañías complejas desde un punto de vista estructural y financiero. De este modo, aunque la distribución directa es uno de sus pilares, también recurren a otras vías como la distribución selectiva o la franquicia para la comercialización de sus productos internacionalmente. También hay que tener presente de un aspecto que define al negocio de la moda y que la diferencia del negocio del lujo, es su dinamismo y carácter cíclico, dando lugar a nuevos productos cada poca semana. En contraposición, la industria del lujo es diferente, hay menos rotación de producto, hay más tradición y artesanía, y por lo tanto, menos cambios.

Así, en la industria del lujo, las empresas suelen integrar la distribución en la compañía, pero también recurren a terceros para comercializar sus productos. Ejemplo de empresa de la industria del lujo que salvo perfumes integra por completo la distribución en su compañía es Hermès. Esta firma francesa podríamos decir que es una de las firmas de lujo por excelencia. No conceden licencias ni celebran contratos de distribución salvo para perfumes y cosméticos y todo producto relacionado con moda o piel lo comercializa ella misma, bien a través de sus *boutiques* propias o bien a través de su propia *webpage*.

**31.** En contraposición, podemos encontrar las empresas que deciden fabricar, pero encomendar la distribución a terceros especializados: los distribuidores. Intermediarios que conocen muy bien determinados mercados, ciertos sectores y que sin ellos sería más complicado y sobre todo más costoso la comercialización de los productos internacionalmente. En la industria del lujo, no ha empresas que encomienden toda su distribución a terceros, esto es habitual en productos de gran consumo pero no para productos de lujo, donde cuidar la imagen de marca es esencial para el negocio.

**32.** Dentro de la distribución no integrada podríamos diferenciar:

- 1) *La distribución no integrada* En atención a este tipo de distribución, el proveedor o fabricante vende los productos a un tercero para que este los venda. La relación contractual entre proveedor y distribuidor se limita a la compra-venta de las mercancías. Este tipo de contratos serían contratos de distribución simples mediante los cuales no se establece ninguna colaboración entre los empresarios situados en diferentes planos de la cadena comercial.
- 2) *La distribución integrada indirecta*. Esta forma de distribuir consiste en que el fabricante vende las mercancías al distribuidor, pero su relación va más allá de una simple compraventa de los productos. El distribuidor en virtud de estos contratos queda integrado en la red oficial de distribución, así es como sucede en el caso de la venta de productos de lujo por distribuidores oficiales<sup>59</sup>. A pesar de que el distribuidor oficial es un empresario independiente si quiere pertenecer a la red y por tanto tener accesos a esos productos del fabricante/proveedor debe cumplir con los criterios que el titular de la red exige. Estos requisitos que se exigen a los distribuidores para pertenecer a la red son normalmente cualitativos y van en consonancia con: 1) el tipo de producto; 2) la imagen de marca que se persigue preservar. Un ejemplo de este tipo de red de distribución integrada indirecta son las redes de distribución selectiva, las cuales posteriormente estudiaremos, ya que son las más importantes en los que a distribución de productos de los considerados de lujo se refiere.

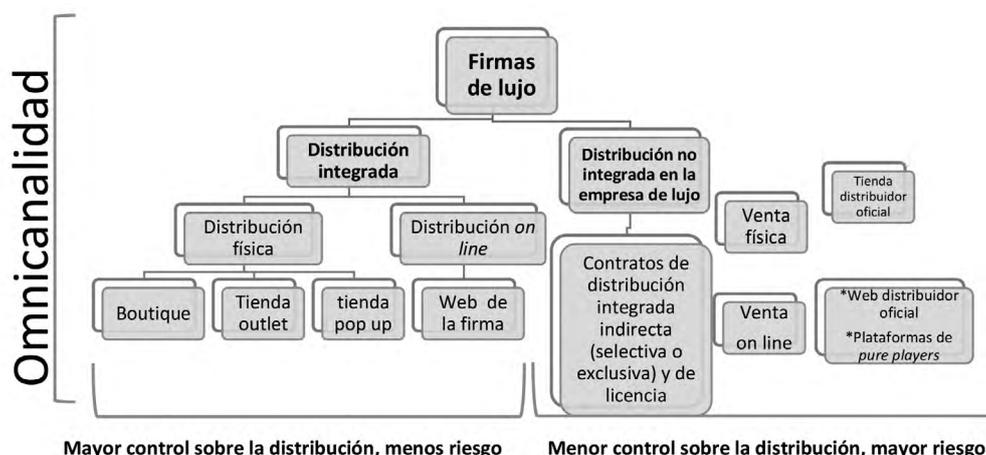
<sup>59</sup> Sobre este particular *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta on line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 402-413.

**33.** El titular de la red con la exigencia de estos criterios persigue una distribución uniforme y cuidada. Una forma de venta y promoción de sus productos en consonancia con su imagen de marca y los valores de la misma. Aspecto que es clave para que los productos puedan diferenciarse en el mercado y captar la atención del cliente. La competencia en la industria de la moda es voraz y todo detalle cuenta; en la del lujo sobre todo en cosméticos, perfumes, joyería no se compite tanto por el precio sino en atención a otros factores como la calidad de los productos, la innovación en los mismos, la experiencia que se ofrece y para ello la distribución es pieza angular.

## X. Las vías a las que acuden las firmas de lujo para vender sus productos

### 1. Aproximación inicial

**34.** Como hemos apuntado en el presente capítulo, la imagen de marca es un factor clave en la industria del lujo. Este factor no es baladí y va a condicionar el tipo de distribución. Así, si la firma quiere ejercer un control más férreo sobre su distribución integrará la distribución en la empresa con el objetivo de preservar y potenciar una imagen de marca uniforme. Sin embargo, esta forma de distribuir totalmente integrada es costosa y también resta a estas empresas presencia en el mercado, por lo que también recurren a distribuidores oficiales. En el siguiente esquema se puede apreciar las formas actuales de venta a las que recurren las empresas del sector del lujo. Con independencia de que la distribución esté más o menos integrada en la compañía con el objetivo de preservar la imagen de marca intentan siempre dar la sensación al cliente de que es únicamente la propia firma de lujo la que comercializa los productos, a esto se le denomina omnicanalidad.



\*Esquema de elaboración propia.

### 2. La venta al por menor en la propia tienda insignia

**35.** Esta forma de distribuir es la que más integración de la distribución ofrece a una compañía. No se encomienda la distribución a un tercero. Se podría decir que es una de las mejores opciones para conseguir que la imagen de marca no quede diluida por la expansión de la firma mediante acuerdos de distribución celebrados por terceros. No obstante, un aspecto importante a tener en cuenta es el tipo de productos que se esté comercializando. No es lo mismo la venta de un reloj, que la de un perfume, que la venta de accesorios o de un bolso elaborado con materiales raros y exóticos cuyo precio puede llegar a ser muy elevado. Como su propio nombre indica la distribución al por menor o al detalle integrada en la propia compañía es la venta con delicadeza, cuidado por el detalle, por el buen servicio. Por eso, se podría decir que la mejor opción para cuidar los valores y esencia de la marca.

**36.** El instrumento elegido por las marcas de lujo cuando asumen llevar a cabo ellas mismas la distribución al por menor de sus productos es “la tienda insignia” o *flagship shop*. Esta tienda es un local comercial, generalmente de grandes dimensiones, ubicado en las zonas más exclusivas de las grandes ciudades. No hay que olvidar que a las firmas de lujo tienen como estrategia agruparse, estar todas juntas en una calle o barrio, eso no es casualidad. Se hace así también como forma de potenciar su estatus. Estas tiendas insignias han servido a las marcas para poder tener presencia en las ciudades más importantes del mundo.

**37.** La apertura de este tipo de tiendas ha sido una de las opciones más elegidas para la expansión internacional de las marcas de lujo en mercados como el europeo, el estadounidense, Oriente Medio, Japón y cada vez más tienen presencia mediante esta vía en países como China. La apertura de este tipo de tiendas creció exponencialmente en los años 2000 pero con la crisis de 2009, la apertura de *flagship shops* descendió de forma considerable incluso se cerraron algunas ya existentes debido a su escasa rentabilidad. La crisis del coronavirus también impactó sobre estos establecimientos debido a que en la mayoría de los casos los locales están en régimen de alquiler (en contadas ocasiones las firmas de lujo compran los locales en los que instalan sus firmas de lujo) y tuvieron que renegociar con los propietarios esos alquileres tan elevados en los momentos más duros de confinamiento. El *real state* es uno de los aspectos que más ocupa a los abogados *in house* de las empresas del lujo.

**38.** Un aspecto a destacar de las tiendas insignias de las firmas de lujo es su ubicación. Todas las ciudades importantes, las capitales de un gran número de países tienen una calle o dos donde se encuentran las marcas más prestigiosas y exclusivas. El hecho de estar presente en esas ubicaciones potencia la identidad de la marca. Calles como Los Campos Elíseos en París, la calle Serrano en Madrid, Regent Street en Londres o Ginza en Tokio. La ubicación permite incluso potenciar la cultura y valor de la marca. No obstante, la ubicación sin un espacio cuidado, pulcro, que evoque a los sentidos y a las emociones, que permita soñar... sirve para poco. Las marcas de lujo lo saben. Así, se preocupan mucho por la decoración, estructura de sus tiendas insignias, de vincularlas con la cultura o al arte del país en el que se encuentran. Todo detalle que aparece en una tienda insignia está pensado y meditado al milímetro para que en ningún caso desentone con la identidad y valores de la marca. Es un espacio que debe permitir experimentar, transmitir, sentir, mezclar la fantasía con la realidad... Dichos espacios deben crearse con el fin de generar el deseo de comprar a la persona que entra.

De este modo, junto con el escenario que se crea en estas tiendas, otro factor importante, es el personal al frente de la tienda insignia. Debe tratarse de un personal muy cualificado, que conozca el producto y el perfil del cliente que compra los productos de la firma.

**39.** No obstante, la apertura y mantenimiento de tiendas insignias se enfrenta constantemente a un problema con los costes. Son establecimientos caros de mantener y no en todos los países funcionan del mismo modo. En ocasiones no acaban de encajar en los países en los que se instalan, ya que la cultura y tradiciones del país influyen en la estrategia que debe desarrollarse para poder adentrarse en el mercado. También hay otros aspectos que no deben olvidarse como son los impuestos (muy elevados en algunos países), las fluctuaciones monetarias o los niveles de turismo. La realidad es que a pesar de los inconvenientes es una de las mejores opciones de expansión internacional para las marcas de lujo. Esto es así debido al aspecto al que ya hemos hecho referencia anteriormente, la necesidad de preservar la imagen de marca.

**40.** Una cuestión que nos planteamos es cómo será las tiendas insignias de un futuro cercano. A nuestro juicio, consideramos que estas tiendas aunarán todavía más, a lo que lo hacen en la actualidad, el canal *on line* y *off line*. Consideramos que estos establecimientos potenciarán la experiencia en función de la identidad y valores de la marca. Así, creemos que habrá dos perfiles de tiendas: 1) de perfil tecnológico donde haya innovación y creatividad y el cliente pueda interactuar y formar parte de la creación del producto. Imaginamos que en dichas *boutiques* del futuro habrán espejos inteligentes, se podrán

crear productos a medida mediante impresoras 3D, etc; 2) de perfil cultural y artístico. Lugares donde se conecte con la cultura al cliente, mediante música, arte o incluso restauración...<sup>60</sup>

### 3. Las tiendas *pop-up*

41. Las tiendas *pop-up* son un fenómeno relativamente reciente. Son establecimientos de corta duración que tienen como objetivo promocionar o dar a conocer un producto en un mercado. Este tipo de tiendas están ideadas para que el cliente disfrute de una experiencia diferente, distinta mientras conoce o prueba un producto o servicio.

42. Este tipo de establecimientos cuyo coste de implantación es mucho menor que el de una *flagship shop* no persigue la venta de productos sino más bien crear presencia de la marca. En definitiva, que el cliente esté al día de la novedad que se presenta por la firma en ese momento. La tienda *pop up* es una vía para que la firma de lujo pueda conocer la acogida que determinados productos podrían tener entre los clientes<sup>61</sup>. Las tiendas *pop-up*, como su propio nombre indica, no surgen con el fin de permanecer en el tiempo, sino para tener una duración limitada, la cual puede ser desde días hasta semanas o meses. En definitiva, el fin es promocionar la firma. Otras veces, el espacio elegido para abrir una *pop-up shop* es un espacio diferente o singular. Por ejemplo, la firma japonesa *Comme des Garçons* que creó una tienda en un garaje de Nueva York durante varias semanas<sup>62</sup>.

43. Aunque este concepto surgió en EE.UU. también se ha extendido por Europa y Asia. Así, por ejemplo, la marca de coches *BMW* abrió una tienda *pop-up* en Moscú con el fin de dar a conocer y comprobar la reacción del público con respecto a su modelo de coche de más alta gama, el *BMW* serie 7<sup>63</sup>. En dicha tienda sólo había un modelo. Pero también la tienda se complementó con una cafetería, una sala de lectura, una pequeña biblioteca... Otro ejemplo de tiendas *pop up* en el sector del lujo sería la marca de lujo *Louis Vuitton* que en virtud de su colaboración con el artista japonés *Yayoi Kusama* ha abierto diferentes *pop ups* en todo el mundo, una de ellas en el año 2023 en los almacenes londinenses *Harrods*<sup>64</sup>.

### 4. Las tiendas *outlet*

44. Las tiendas *outlet* también existen para para los productos de lujo. De hecho, el canal de venta que mejores resultados ha presentado para las firmas de lujo en 2024 ha sido el canal *outlet*<sup>65</sup>. Un ejemplo de *outlet* de productos de lujo es las Rozas *Village* en Madrid o Val d'Europe en París. Este tipo de tiendas con importante presencia en Europa permite que las marcas de lujo se deshagan de su *stock* sobrante y además, es una vía para que la marca de lujo capte a otro tipo de clientela. Este concepto de tienda *outlet* proviene de Estados Unidos, donde a las afueras de las ciudades se han creado grandes espacios comerciales donde las marcas comercializan una parte importante de su *stock* sobrante. En Europa, una empresa importante a cargo de gran parte estos centros *outlets*, cuya construcción y disposición imita al de una ciudad, con características de la localidad donde se encuentra el *outlet*, es la

<sup>60</sup> Sobre los experimentos que están llevando a cabo las firmas de lujo actualmente sobre futuros conceptos de tiendas insignias *vid.*, A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 341.

<sup>61</sup> *Vid.* A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 317.

<sup>62</sup> Al respecto *vid.* E.STANYOL I CASALS, “Pop-up”, un nuevo concepto de tiendas y restaurantes”, *COMeIN*, agosto-septiembre 2012, núm. 14. ISSN: 1696-3296. DOI: <https://doi.org/10.7238/c.n14.1257> <http://www.uoc.edu/divulgacio/comein/es/numero14/articulos/Article-Elisenda-Estanyol.html> (consultado el 3 de febrero de 2025).

<sup>63</sup> *Vid.* A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 317.

<sup>64</sup> D. MURET, “Louis Vuitton saca el máximo provecho a su colaboración con Yayoi Kusama”, *Fashion Network*, febrero 2023, disponible en <https://es.fashionnetwork.com/news/Louis-vuitton-saca-el-maximo-provecho-a-su-colaboracion-con-yayoi-kusama,1481911.html> (consultado el 3 de febrero de 2025).

<sup>65</sup> C. D'ARPIZIO/F.LEVATO/F.PRETE/A.STEINER, “Luxury in Transition: Securing Future Growth”, disponible en <https://www.bain.com/insights/luxury-in-transition-securing-future-growth/> (consultado el 4 de febrero de 2025).

empresa *Value Retail*. Esta compañía es la propietaria de doce espacios *outlets* de lujo en Europa, en China y también en Estados Unidos<sup>66</sup>.

45. Una cuestión a destacar es que los artículos que se venden en este tipo de *outlet* no siempre son un producto barato, con descuento<sup>67</sup>. Aunque el precio es *outlet*, puede ser un poco inferior al precio del producto de temporada, no necesariamente es un precio bajo. Los productos que se venden en estas tiendas suelen ser productos de lujo accesible de otras temporadas pero también se pueden encontrar productos de edición limitada<sup>68</sup>. Esto es así porque la firma desea guardarse esos productos para la venta *outlet* con el fin de captar a nueva clientela, fidelizar a otra... De hecho, hay firmas que tienen una fabricación específica para sus tiendas *outlet*.

46. Un aspecto que no debe olvidarse es que el servicio ofrecido por la firma en sus tiendas *outlet* es de un nivel inferior que en una tienda insignia. El cliente se encuentra con la paradoja de que está comprando un producto de precio elevado, pero con un servicio menos cuidado y exclusivo. Las compañías dedicadas al lujo hacen esto de forma consciente. El objetivo es que quede bien diferenciado las dos formas de venta dirigidas a dos perfiles de clientes distintos: el cliente que entra en una tienda insignia y el que compra en *outlet*. La marca de lujo quiere abarcar lo máximo posible. Mediante el *outlet* puede captar a un tipo de cliente que en principio no entraría de forma general en una tienda insignia. Esta forma de venta permite, sin duda, ampliar el público al que vender los productos. También hay que tener presente que un cliente principal de los outlets de lujo en Europa es el turista, y en especial, turista asiático. *Value Retail* dueño de los centros *outlets* que hay en España (La Roca en Barcelona y las *Rozas Village* en Madrid) tienen acuerdos con hoteles, touroperadores y aeropuertos para que los turistas que visiten Madrid o Barcelona también pasen por estos outlets durante su estancia en dichas ciudades.

## 5. La venta *on line*

47. El comercio electrónico es imparable, cada vez más personas compran en internet, en España<sup>69</sup>, en Europa<sup>70</sup> y en el mundo. Por ese motivo, las marcas de lujo no se quedan fuera de un mercado tan necesario para su negocio. Aunque en los inicios del *ecommerce* fueron reticentes y su inclusión en el mismo no fue rápida ni poco meditada. Entre las razones de esa reticencia se podía encontrar, *ad ex.*, el miedo a dañar la imagen de marca, a la exclusividad, ya que internet representa justo lo contrario, accesibilidad. Por ese motivo, estuvieron años con temor a que internet pudiera poner en peligro el prestigio y valores de la firma... Aun así, en la actualidad, esos miedos iniciales, se han ido disipando. Hoy en día, las marcas de lujo ven internet en su conjunto, y en particular las redes sociales, la venta *on line*, la comunicación y *engagement* con el cliente, etc. En la actualidad se persigue la omnicanalidad, que la venta *on line* y la física se fusionen lo máximo posible para que el cliente no aprecie demasiada diferencia entre un canal y otro. Por ello, se podría afirmar que las firmas de lujo han pasado de ver internet con temor, a verlo como uno de los mejores aliados y tratarlo como una herramienta más para ensalzar la marca, una oportunidad para seguir en contacto directo con el cliente, para promocionar el producto, lanzar campañas de marketing, crear experiencias...

<sup>66</sup> Más información sobre la empresa Value Retail en <https://www.valueretail.com/value-retail/en/villages> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>67</sup> Así lo confirma Desiree Bollier, CEO de Value Retail, en una entrevista, la cual está disponible en <https://es.fashion-network.com/news/Desiree-bollier-de-value-retail-habla-sobre-el-exito-de-sus-outlets-y-bicester-village,882981.html> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>68</sup> Vid. A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 323.

<sup>69</sup> Prueba de ello es que el comercio electrónico superó en España los 19.000 millones de euros en el primer trimestre de 2023, un 22,7% más que en el año 2022, sobre este particular *vid.* la nota de prensa de la CNMC disponible en <https://www.cnmc.es/prensa/ecommerce-1T23-20231006> (consultado el 4 de febrero de 2024).

<sup>70</sup> El volumen de negocio del *ecommerce* en Europa fue en 2022 de 899 billones de euros, sobre el impacto económico del *ecommerce* en Europa *vid.* *European Ecommerce Report 2023*, disponible en [https://ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2023/09/2023-European-E-commerce-Report-\\_LIGHT-Version-Final\\_19-sep.pdf](https://ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2023/09/2023-European-E-commerce-Report-_LIGHT-Version-Final_19-sep.pdf) (consultado el 4 de febrero de 2025).

48. No obstante, hay aspectos en los que las firmas de lujo trabajan en relación a la venta *on line* con el fin de evitar que la marca se diluya o sea invadida por las falsificaciones. Para ello la marca debe cuidar mucho su *web*, debe intentar transmitir experiencias únicas, donde los sentidos se vean conmovidos de la misma forma que lo hace con la tienda insignia la ciudad x. El *brand content* y el *storytelling* no es olvidado por las marcas de lujo en la venta *on line*. Los vídeos, podcast, imágenes, la creación de comunidades, el contenido a través de *influencers* o de redes sociales son vías que las marcas de lujo utilizan para continuar potenciando la identidad de la marca. Además, internet ofrece importantes ventajas a las firmas. Una de ellas es que brinda mucha información de sus clientes gracias al *big data* y al análisis que se puede realizar sobre esos datos con el correspondiente algoritmo(s)<sup>71</sup>. Entre las actividades que internet permite realizar a las empresas podríamos destacar desde monitorizar las visitas, las búsquedas, el tiempo que el cliente pasa en un determinado producto, los productos que generan más interés...Esta información puede utilizarse para fines muy variados desde predecir demanda, ajustar producción de determinados productos hasta ser aspectos a tener presente para futuras campañas de *marketing* y/o comunicación.

49. Las firmas de lujo cuentan con diferentes opciones para diseñar sus ventas en la red. Así, una de ellas es vender de forma directa a través de propia su web propia. Otra sería recurrir a plataformas de comercio electrónico operadas por terceros donde se pueden encontrar firmas de lujo diferentes. El objeto de la presencia de las firmas de lujo en estos *pure players* es llegar al máximo de clientes posibles. Este tipo de plataformas puede ser por ejemplo *My Theresa*, *Net-A-Porter*, *Alibaba TMall Luxury Pavilion*, *Farfetch*<sup>72</sup>. También otra opción, que posteriormente estudiaremos a la luz del Derecho de la competencia, es la venta *on line* por parte de distribuidores oficiales que venden físicamente pero también operan *on line*, comercializando los productos mediante su propia web o recurriendo a plataformas de terceros.

50. Por último, un aspecto que no debe olvidarse es que internet no es sólo una vía para la comercialización de productos. La red puede utilizarse para vender pero también para que se conozca la firma, sus valores, para que se anime al cliente a visitar la tienda física, para poder obtener información sobre la empresa y los propios productos, etc. La transparencia será un papel crucial en los próximos años con todo lo relativa a la economía circular y evitar el *green washing*.

51. En definitiva, internet nunca ha implicado que la tienda física vaya a desaparecer. Tampoco con los desarrollos futuros de internet, es decir, web3 y posible Metaverso persigan tal objetivo. Desde nuestro punto de vista, internet es un gran escaparate mundial, las marcas de lujo son conscientes y saben que la digitalización de su negocio es clave para poder llegar al cliente de generaciones jóvenes y generar deseo sobre la firma.

## 6. El *travel retail*: Venta de productos de lujo en los aeropuertos

52. El *travel retail* es una vía de distribución para productos de lujo relativamente reciente. Dentro de este se podrían diferenciar las ventas realizadas en tiendas de los aeropuertos, en las tiendas *duty free*, ventas a bordo de aviones o de otro tipo de transporte como pueden ser los cruceros, también tiendas en espacios urbanos como podrían ser *outlets* de lujo y tiendas fronterizas.

53. La existencia de este tipo de ventas tiene que ver con el deseo de viajar de las personas. En el año 2018 se batió récords y hay datos que señalan que viajaron unos 1.400 millones de personas en el

<sup>71</sup> Sobre el potencial del *big data* vid. *ad ex.*, sin carácter exhaustivo, A. GARCÍA VIDAL (Dir), *Big data e internet de las cosas. Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 24 y ss.

<sup>72</sup> Un análisis de estas plataformas puede encontrarse en A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2021, p. 367-373.

mundo<sup>73</sup>. Con la pandemia del año 2020, todo lo relacionado con los viajes, y por lo tanto, con la venta relativa al *travel retail* descendió a niveles nunca vistos, pero a datos de 2022 se vuelve a ver como los viajes ocupan un lugar importante en la vida de las personas y se desplazaron unos 1.000 millones de personas<sup>74</sup>. El negocio del *travel retail* a datos de 2021 estaba valorado en 104 billones de dólares pero se estima que en 2030 el crecimiento de este segmento para productos de lujo crezca en torno a un 9% y se sitúe en torno a 233 billones de dólares<sup>75</sup>. Este crecimiento podría ser mayor debido a que se quiere digitalizar más el *travel retail* y que los clientes pueden tener una gama más amplia de productos que adquirir, ya que esta es una limitación actual del *travel retail*.

54. En definitiva, el turismo es una industria que no cesa, especialmente en países como España. Por lo tanto, la venta de productos de lujo en los medios de transporte o en los lugares donde se espera a los mismos puede ser una importante vía de ingresos para las empresas. Hay un factor que hace que las ventas en las zonas aeroportuarias, libres de impuestos prosperen y es que el consumidor tiene tiempo muerto, tiene que esperar, no puede ir a otro lugar... Por lo tanto, las compras son una opción que se tiene muy en cuenta por los pasajeros para hacer más liviana la espera.

## 7. La concesión de licencias en la industria del lujo

55. La concesión de licencias para que terceros puedan vender productos y/o servicios una marca de lujo en mercados extranjeros es una opción para conquistar mercados y que algunas firmas llevan utilizado desde los años 90<sup>76</sup>. Sin embargo, también hay otras que nunca han sucumbido a esta forma de expansión internacional rápida y bastante económica como es el caso de *Hermés* o de *Louis Vuitton*, hay otras que sí lo han hecho, especialmente en el pasado, como es el caso de *Gucci* o *Ralph Laurent*.

56. La concesión de licencias de marca puede ser una opción interesante cuando se desea una expansión internacional de la marca rápida y sin demasiado coste. Es una vía a tener en cuenta cuando no se quieren acometer grandes inversiones en un país extranjero. Se podría decir que la opción *low-cost* para la expansión internacional. También resulta interesante para el licenciataria ya que es una forma de introducirse en el mundo del lujo rápidamente y con un coste que podría ser razonable. Sin embargo, en concreto para las marcas de lujo, donde se debe poner especial cuidado en aspectos como la imagen de la marca, la uniformidad en la veta, la exclusividad puede que no siempre sea la mejor opción. Esto es así porque requiere que el titular de licencia esté muy pendiente de la gestión que realiza el licenciataria, para evitar uno de los mayores riesgos que presenta la concesión de licencias, dañar la imagen de marca.

57. En lo que al sector del lujo se refiere hay tanto buenas como malas experiencias. Un ejemplo de concesión de licencias que han ido bien y que no han perjudicado a la marca es el caso de la marca *Montblanc*, *Luxottica*, *Fossil*, *Swatch*, *L'oreal*. En cuanto a ejemplos de experiencias negativas, tenemos el caso de *Calvin Klein*, *Gucci* o *Polo Ralph Laurent*, debido a que la concesión sin control provocó que durante un tiempo la imagen de la marca se diluyera y perdiera exclusividad<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> L. G. DÍAZ, “Las cifras del turismo a nivel mundial”, National Geographic, 2019, disponible en [https://viajes.nationalgeographic.com.es/a/cifras-turismo-a-nivel-mundial\\_14640#:~:text=Viajar%20es%20una%20tendencia%20al,6%25%20con%20respecto%20a%202017](https://viajes.nationalgeographic.com.es/a/cifras-turismo-a-nivel-mundial_14640#:~:text=Viajar%20es%20una%20tendencia%20al,6%25%20con%20respecto%20a%202017). (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>74</sup> El turismo en el mundo, Statista, disponible en <https://es.statista.com/temas/3612/el-turismo-en-el-mundo/#topicOverview> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>75</sup> P. BOUSQUET-CHAVANNE, “Luxury Travel Retail Poised To Skyrocket With China’s Reopening”, *Forbes*, abril 2023, disponible en <https://www.forbes.com/sites/patrickbousquet-chavanne/2023/04/26/luxury-travel-retail-poised-to-skyrocket-with-chinas-reopening/#> (consultado el 4 de febrero de 2025).

<sup>76</sup> Para un mayor detalle sobre la importancia de las licencias en los negocios relacionados con la moda *vid.* M. AZCÁRATE MANCHADO, ¿Cómo impactan las licencias de marca y de tecnología en el negocio de la moda?,

<sup>77</sup> A. SOM/ C.BLANCKAERT, *The Road of luxury*, Wiley, 2014, p. 319.

## 8. Los contratos de distribución

### A) Aproximación inicial

58. Como ya hemos señalado en el presente estudio, las firmas de lujo tienen la opción de integrar la distribución en su compañía, pero también de recurrir a terceros. Cuando utilizan a distribuidores externos a su empresa para comercializar sus productos deben celebrar acuerdos de distribución. Los cuales son normalmente acuerdos que integran al distribuidor dentro de una red oficial de distribución con el objetivo de que se cuide la imagen de marca en la venta, y por eso, el tipo de distribución a la que se recurre es bien a la distribución exclusiva o a la distribución selectiva.

59. Los contratos de distribución son el vehículo mediante el cual el fabricante acuerda con el distribuidor la entrega de un bien para su reventa<sup>78</sup>. En *strictu sensu*, es la materialización de la colaboración entre un empresario que encomienda a uno o varios distribuidores la colocación en el mercado de sus productos o servicios<sup>79</sup>. La distribución permite también que la empresa se expanda internacionalmente y conquiste mercados extranjeros. Del mismo modo, los contratos de distribución son una de las vías para que las marcas implementen sus políticas de precios, la homogeneización de su marca en los mercados en los que comercializan sus productos como vía para evitar las ventas o el comercio paralelo.

60. Sin ánimo de ser exhaustivos sobre este particular, los contratos de distribución se caracterizan por las siguientes notas:

- a) *Contratos atípicos*. Los contratos de distribución no están tipificados en el ordenamiento jurídico español. Tampoco lo están en la mayoría de los países europeos. La realidad es que se ha intentado legislar en la materia tanto a nivel europeo como nacional. Sin embargo, no ha habido mucho éxito al respecto. Uno de los proyectos fallidos pero no el único fue la “Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución”, la cual se publicó en 2006 y fue elaborada por la Comisión General de Codificación. En el año 2011 se intentaron varias iniciativas desde la modificación de la Ley de Contrato de Agencia hasta el “Proyecto de Ley de contratos de distribución” y también la “Proposición de Ley de contratos de distribución”, ninguno prosperó<sup>80</sup>. Tampoco lo hizo la regulación prevista para este tipo de contratos en la “Propuesta de Código Mercantil” del año 2013, la cual fue descartada debido a la imposibilidad de acuerdo entre operadores públicos y privados y no formó parte del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014<sup>81</sup>. En la actualidad, podemos afirmar que la regulación más completa se deriva del *Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*<sup>82</sup>, el cual se estudiará en el siguiente capítulo.

<sup>78</sup> Vid. R. ALONSO SOTO, “Tipología de los contratos de distribución comercial”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A.J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, p. 61.

<sup>79</sup> Vid. J. SÁNCHEZ CALERO GUILLARTE/ F. SÁNCHEZ CALERO, “Capítulo 48: contratos de colaboración y distribución: contrato de agencia, de concesión mercantil, de franquicia, de corretaje y de factoring”, en J. SÁNCHEZ CALERO GUILLARTE/ F. SÁNCHEZ CALERO *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, p. 1 (versión consultada Thomson Reuters proview).

<sup>80</sup> Para un mayor detalle sobre estos fracasos legislativos, vid. D. VÁZQUEZ ALBERT, “El contrato de distribución exclusiva”, en J.I. RUIZ PERIS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 116-117.

<sup>81</sup> Sobre este particular vid. R. ALONSO SOTO, “La regulación proyectada de los contratos de distribución en la propuesta de Código Mercantil”, en M.J. MORILLAS JARILLO/ M.P. PERALES VISCASILLAS/ L.J. PORFIRIO CARPIO, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1163-1175.

<sup>82</sup> DOUE núm. 134, de 11 de mayo de 2022.

- b) *Contratos mercantiles*. Contratos de duración continuada y generalmente de adhesión, por lo que les resultaría aplicable la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación<sup>83</sup> en el caso de que el Derecho material español fuera el aplicable al contrato.
- c) *Contratos de colaboración*. Los contratos de distribución son colaboración entre empresarios independientes, normalmente entre un fabricante y varios comerciantes, con el fin de crear una red de venta o distribución de los productos de aquél.
- d) *Contratos en los que se permite el uso de derechos de propiedad industrial e intelectual*. Son contratos que conllevan generalmente cesión o licencia de Derechos de propiedad industrial e intelectual (marcas, patentes, know-how...).
- e) *Contratos intuitu personae*. Contratos basados en la confianza recíproca de las partes, ya que entre las partes se entabla una relación de colaboración duradera. No obstante, en sentido estricto la confianza en estos contratos no se refiere tanto a la persona en sí misma sino más bien a sus aptitudes como empresario -capacidad organizativa, financiera y comercial-.

**61.** La característica esencial que permite agrupar este tipo de contratos dentro de una misma categoría es la causa negocial común que comparten, esto es, la comercialización de bienes o servicios, mediante estructuras económicas integradas y duraderas a través de empresarios jurídicamente independientes<sup>84</sup>. Como ya se ha visto, los contratos de distribución objeto de análisis tienen una función doble. No sólo se emplean para vender productos, sino que lo que se pretende con ellos es integrar al distribuidor en una estructura organizada de distribución, conocida como canal o red de distribución. El distribuidor, como empresario independiente, podrá actuar con independencia pero sometido a las reglas que impone el fabricante o proveedor para mantener controlados sus productos. Estas reglas o restricciones que el fabricante impone al distribuidor a la hora de organizar su negocio se contrarrestan con los beneficios que este obtiene de poder acceder a la clientela o contar con el prestigio del titular de la red<sup>85</sup>.

**62.** Dentro de los contratos de distribución se pueden diferenciar diferentes modalidades en atención a las características particulares que presentan. Así, en función de aspectos como las cualidades requeridas al distribuidor, la delimitación de la zona en la que el distribuidor puede vender o la exclusividad a la hora de comprar los productos, se puede atender a<sup>86</sup>:

- 1) El contrato de distribución exclusiva o de concesión;
- 2) El contrato de distribución selectiva o de establecimiento autorizado;
- 3) El contrato de franquicia.
- 4) El contrato de agencia.

**63.** Los contratos de distribución que más celebran las firmas de lujo con terceros son los de distribución indirecta integrada. En particular, el contrato de distribución selectiva<sup>87</sup>. Esto es así porque permiten exigir al distribuidor oficial una serie de requisitos para poder pertenecer a la red de distribución, requisitos que deben ir en consonancia con el aura de *glamour* y prestigio de la marca. Sin ánimo de ser exhaustivos, tales requisitos son aquellos tales como un buen servicio preventa y post venta, publicidad, un local cuidado y un personal que conoce los productos y cómo llegar al cliente, entre otros.

<sup>83</sup> BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

<sup>84</sup> Vid. R. ALONSO SOTO, “Tipología de los...”, p. 62.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>86</sup> Para un mayor sobre cada uno de estos contratos vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución de productos de lujo en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

<sup>87</sup> Vid al respecto para un mayor detalle, F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 73 y ss; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31 y ss; B. TORRUBIA CHALMETA, “el contrato de distribución selectiva”, *Rcd*, nº 8, 2011, pp. 93-122.

## B) La distribución y la importancia del Derecho de la competencia

**64.** Los contratos de distribución contienen cláusulas que afectan a la ordenación del mercado. Un ejemplo para comprender la afirmación anterior sería el siguiente: una de las cláusulas por excelencia en un contrato de distribución exclusiva es la de reparto de clientela. Es decir, a cada distribuidor se le asigna una zona geográfica de venta, de la cual no puede salirse. Uno de los efectos de este tipo de cláusulas es que se restringe la clientela del distribuidor, ya que, no puede buscar clientes fuera de su zona. Esta cláusula recogida en un contrato de distribución puede afectar a la estructura del mercado de un determinado sector o producto a nivel nacional, europeo o mundial en función del volumen de negocio de los operadores. De este modo, debido a que estos contratos limitan la capacidad de decisión de los distribuidores, la libre competencia se puede ver afectada. Así, las autoridades de competencia europeas decidieron recoger en la normativa de competencia aspectos como definiciones, efectos y cláusulas de los acuerdos de distribución que más relevancia tienen para el Derecho de la competencia con el fin de clarificar su régimen jurídico.

**65.** Los contratos de distribución desde la óptica del Derecho de la competencia son denominados acuerdos verticales<sup>88</sup>. Esta denominación es adquirida porque son acuerdos formalizados entre empresarios independientes que operan en diferentes niveles de la cadena de producción y de distribución<sup>89</sup>. De este modo, estos acuerdos en principio podrían ser objeto de prohibición de acuerdo al art. 101.1 TFUE o al art. 1.1 LDC<sup>90</sup>. Sin embargo, como consecuencia de los aspectos positivos que suelen presentar los acuerdos verticales para el mercado y los consumidores suelen quedar exentos de prohibición de acuerdo al art. 101.3 TFUE -art. 1.3 LDC-. Los aspectos positivos cumulativos que señala el art. 101.3 TFUE han sido desarrollados en Reglamentos de exención por categorías con el fin de que las partes que vayan a formalizar un acuerdo sepan cuando el mismo va a quedar exento a pesar de que incluya restricciones de competencia. La ventaja que presentan los Reglamentos de exención en bloque es que a diferencia de lo que ocurría con anterioridad al Reglamento (CE) nº. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (en adelante, R. 1/2003) no es necesario comunicar ni notificar a la Autoridad de competencia, bien europea -Comisión- o nacional -Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC)-, el acuerdo<sup>91</sup>. Las partes deberán atenerse a lo dispuesto en los Reglamentos de exención y sus Directrices para saber si su acuerdo está permitido o prohibido de acuerdo a las normas de competencia.

**66.** El Reglamento de exención por categorías o en bloque relevante para la distribución es el *Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*<sup>92</sup> (en adelante, Reglamento UE 2022/720). Sin embargo,

<sup>88</sup> Para un estudio de la evolución de la política europea de competencia respecto a los acuerdos de distribución vid. M<sup>a</sup> M. CURTO POLO, “Tratamiento antitrust de los contratos de distribución. Especial referencia a la experiencia comunitaria”, en M<sup>a</sup> J. HERRERO GARCÍA (DIR.), *La contratación en el Sector de la Distribución comercial*, Aranzadi, 2010, pp. 49-58.

<sup>89</sup> Sobre la definición de acuerdo vertical vid. A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 981-982; G. DEMME, *Le Droit des restrictions verticales*, Economica, Paris, 2011, p. 4 y ss; J. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Acuerdos verticales” en L. A. VELASCO SAN PEDRO (DIR.), *Derecho europeo de la competencia (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex nova, Valladolid, 2005, pp. 132-133; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 173 y ss; U. IMMENGA/E.-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band 1 EU, Teil 1, Verlag, C.H. Beck, München, 2012, pp. 1091-1098; A. JONES/B. SUFRIN/N.DUNNE, *EU Competition Law. Text, cases and materials*, 8<sup>th</sup> ed, 2023, p. 769; V. KORAH/ D. O’ SULLIVAN, *Distribution agreements under EC competition rules*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 173-177; F. WICKMANS/ F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2<sup>o</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 139-148; R. WHISH, *Competition Law*, p. 652; A. ZURIMENDI ISLA, *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 47-55.

<sup>90</sup> BOE núm. 159 de 4 de Julio de 2007.

<sup>91</sup> DO L 1/1 de 4 de marzo de 2003.

<sup>92</sup> DOUE núm. 134, de 11 de mayo de 2022. Para un estudio sobre este Reglamento sin carácter exhaustivo vid. B. ROHRSEN, *VBER 2022: EU Competition Law for Vertical Agreements. Digital, Dual, Exclusive and Selective Distribution plus Franchising*, Springer, Suiza, 2023.

existen otros Reglamentos de exención por categorías para otro tipo de acuerdos como las licencias de transferencia de tecnología<sup>93</sup>, incluso Reglamentos que persiguen la exención de acuerdos horizontales<sup>94</sup>. Es decir, para acuerdos celebrados entre partes que están situados al mismo nivel del comercio, o sea, competidores. Estos Reglamentos se aplican directamente en el ordenamiento español en virtud de la remisión en bloque del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo y posteriormente del art. 1.4 LDC<sup>95</sup>.

67. Así, se puede afirmar que la normativa de defensa de la competencia tiene un peso importante en la formación y régimen jurídico de los contratos de distribución. Estas normas permiten que las partes doten de contenido a su contrato y sepan si este es legal de acuerdo al Derecho de la competencia europeo. Aunque esta regulación no es exhaustiva debido a que está enfocada a los efectos jurídicos y económicos que provocan los acuerdos de distribución en el mercado, es de gran ayuda para los profesionales y estudiosos de la distribución. En base a los conceptos generales y cláusulas prohibidas que se recogen tanto en los Reglamentos de exención por categorías como en las Directrices que los desarrollan un jurista que se dedica a asesorar en materia de contratos de distribución se forjar una buena idea del régimen legal de los mismos tanto a nivel nacional como europeo.

68. De este modo, como hemos señalado, al ser las normas de competencia europeas directamente aplicables (principio de primacía del Derecho europeo), se puede afirmar también que siempre se van a tener presente por los jueces europeos cuando diriman un asunto que afecte a un contrato de distribución, ya se rija o no ese contrato por el Derecho de un Estado europeo. El razonamiento de la presencia del Derecho europeo de la competencia en los contratos de distribución internacional se derivaría de dos escenarios:

- 1) *Escenario 1*. Las partes han elegido a su contrato de distribución un Derecho de un Estado miembro. Las normas de competencia son parte de ese ordenamiento jurídico y directamente aplicables. Esto sucede del mismo modo en los casos en los que las partes no han elegido el Derecho aplicable o esa elección no es válida y conforme al art. 4 del *Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)* (en adelante, R.Roma I)<sup>96</sup> resulta de aplicación la Ley de un Estado miembro.
- 2) *Escenario 2*. Las partes han elegido el Derecho aplicable de un tercer Estado y las normas de competencia pueden ser aplicable como leyes de policía del ordenamiento del foro. En particular, el Derecho de la competencia entraría en escena en virtud del art. 9 del R. Roma I. Un juez europeo podría tener presente las normas de policía del foro (art. 9.2 ) o incluso de terceros Estados que guardan relación con la ejecución del contrato (art. 9.3). Aunque el art. 9 R. Roma I define las normas de policía de forma abierta y no determina de forma precisa qué normas se consideran de policía y cuáles no<sup>97</sup>, el TJUE en diferentes ocasiones<sup>98</sup>, ha señalado como el Derecho de la competencia europeo es norma de policía para los jueces europeos, siendo parte de su orden público internacional<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> Reglamento (UE) no 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

<sup>94</sup> Los actuales Reglamentos de exención por categorías de acuerdos horizontales son dos: 1) el Reglamento (UE) n° 1218/2010, de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización; 2) el Reglamento (UE) 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.

<sup>95</sup> BOE núm. 90, de 15 de abril de 2003.

<sup>96</sup> DOUE L 177/6, 4 de julio de 2008.

<sup>97</sup> Sobre este particular *vid.* A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado Crítico de Derecho internacional privado*, vol. V, Edisofer, 2024, pp.554-579.

<sup>98</sup> STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc.*, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605, apartados 25.

<sup>99</sup> STJCE de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, apartado 39.

69. Por lo tanto, las empresas que celebran un contrato de distribución, en el caso de productos de lujo, sobre todo contratos de distribución selectiva, tendrán que atender al Derecho de la competencia europeo a la hora de redactar su contrato, en particular al citado Reglamento UE 2022/720, debido a que el Derecho europeo de la competencia es de aplicación con independencia del Derecho aplicable al contrato, también es indiferente el domicilio de las empresas que participan en el acuerdo. Hay que tener presente que el ámbito territorial del Derecho europeo de la competencia hace que sus normas sean aplicables con independencia de los factores anteriores, y que, por tanto, la clave para su aplicación reside en si los acuerdos o prácticas de las empresas presentan “efectos” en el comercio entre Estados miembros<sup>100</sup>.

### C) El contrato de distribución selectiva

#### a) Concepto y régimen jurídico

70. El contrato de distribución selectiva cobra especial importancia en el presente estudio debido a la estrecha relación que guarda con productos de lujo<sup>101</sup>. Hay que tener presente que los productos vendidos mediante los sistemas de distribución selectiva son productos de marca y son los que más atraen a los distribuidores independientes para la reventa debido a las características que presentan estos productos. Un ejemplo de firma de lujo que utiliza este sistema de venta para comercializar sus productos es *Rolex*, siendo un gran número de firmas las que utilizan este tipo de contrato cuando deciden no ocuparse de la distribución y encomendársela a un tercero. También la marca *Sephora*, perteneciente al grupo LVMH es otro ejemplo de venta de productos cosméticos mediante un sistema de distribución selectiva.

71. La distribución selectiva o autorizada como el resto de contratos de distribución carece de regulación legal, por lo que no existe una ley en el ordenamiento español que recoja cuál es el concepto y régimen jurídico de este tipo de contrato. Esta carencia de un régimen legal específico ha dado lugar a que hayan sido los profesionales, quienes al necesitar este tipo de distribución para sus negocios los que han ido dando forma al concepto y caracteres de este contrato. Esta “tipificación informal” basada en el principio de autonomía de la voluntad (1255 CC) ha sido ratificada y modulada por los tribunales a razón de los casos que se iban presentando en los juzgados. El modo de operar de profesionales y de los tribunales siempre ha estado en cierta forma dirigido por las normas del Derecho de la competencia europeo y las normas de competencia nacionales. Como ya se ha señalado estas normas son prácticamente las únicas que regulan los contratos de distribución. De este modo, la regulación que realiza el Derecho europeo de la competencia va a ser crucial para que las partes doten de contenido a su contrato y sepan si este es legal de acuerdo a las normas de defensa de la competencia, bien nacionales o europeas.

72. El citado Reglamento 2022/720 en su artículo el art. 1.1 g) define el sistema de distribución selectiva como “*un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete 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 en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema*”.

73. Por lo que respecta a la jurisprudencia, tanto europea como española, es posible destacar su numerosidad, que aunque no ha forjado un concepto único, sí que ha establecido la naturaleza y funciones de la distribución selectiva. A modo de ejemplo los tribunales españoles han definido la distribución

<sup>100</sup> Comunicación de la Comisión- Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE C 101/81, de 27 de abril de 2004. En la jurisprudencia del TJUE *vid. ad ex.*, STJCE de 31 de mayo de 1979, Hugin, as. 22/78, ECLI:EU:C:1979:138, apartado 17. STJCE de 14 de julio de 1981, *Züchner*, as. 172/80, ECLI:EU:C:1981:178, apartado 18; STJCE de 19 de febrero de 2002, *Wouters*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, apartado 95.

<sup>101</sup> Para un análisis del contrato de distribución selectiva desde una perspectiva económica *vid.* T. BUETNER/ A. COSCELLI/ T. VERGÉ/ R. WINTER, “An economic analysis of the Use of Selective distribution by Luxury Goods Suppliers”, *ECJ*, vol 5, nº1, abril 2009, pp. 201-226.

selectiva como “*un mecanismo de comercialización de productos de marca que posibilita al fabricante a seleccionar revendedores, de manera que sólo sirve, directamente o por medio de un distribuidor, el producto original a minoristas que cumplen determinadas condiciones y se compromete a mantenerlas*” al igual que como “*aquel en el que el fabricante o un licenciataria exclusivo en España selecciona los distribuidores que reúnen los requisitos exigidos para preservar debidamente la imagen de marca*”<sup>102</sup>.

74. Por lo tanto, en atención a lo anteriormente expuesto se puede afirmar que la distribución selectiva o autorizada es un sistema de venta que se forma en torno a las cualidades que presentan los distribuidores<sup>103</sup>. Estas cualidades de los distribuidores deben fundamentarse en criterios objetivos y específicos que están enfocadas en relación a la naturaleza del producto o productos objeto del contrato. Los productos que requieren distribución selectiva son productos de marca, generalmente de lujo e incluso de cierta complejidad, por lo tanto, la prestación al cliente de servicios adicionales a la venta es una obligación característica de este contrato junto con la prohibición impuesta a los miembros de la red a revender las mercancías a terceros no pertenecientes a la misma. No obstante, conviene tener presente en que las actuales Directrices que acompañan al Reglamento UE 2022/720, permiten actualmente que el distribuidor selectivo se pueda seleccionar también en atención a criterios cuantitativos<sup>104</sup>.

## b) Función de la distribución selectiva en la industria del lujo

75. La función de la distribución selectiva es la creación de un sistema de ventas caracterizado por la elección de sus miembros en atención principalmente a criterios objetivos basados en la calidad que pueden aportar a la distribución de los productos. El fin es que los revendedores autorizados puedan prestar un servicio de venta lo más acorde posible a la naturaleza y características del producto<sup>105</sup> y a la imagen de la marca.

76. Las peculiaridades del producto son las que hacen necesario que su distribución sea especial. De nada sirve fabricar un buen perfume con un envase de alta calidad si el consumidor puede comprarlo en establecimientos de saldo. De este modo, no todos los productos o servicios van a necesitar una distribución selectiva para su venta. Así, se puede decir que, en principio, este tipo de distribución debería quedar relegada a los productos de alta tecnología y productos de lujo<sup>106</sup>. Estos productos tienen un amplio porcentaje de beneficio lo que permite que el distribuidor tenga margen para encarecer el producto en función de las exigencias (publicidad, servicios posventa, etc.) que requiere el proveedor para la venta de su producto.

77. El acuerdo de distribución selectiva es semejante al contrato de distribución exclusiva. Sin embargo, una diferencia entre ambos es que el distribuidor autorizado cuenta con más autonomía económica de la que disponen los distribuidores exclusivos o concesionarios. El resultado es que el distribuidor autorizado no tiene exclusividad territorial y va a poder trabajar con diferentes marcas<sup>107</sup>. De este modo, la estructura de la distribución selectiva es menos integrada que la de la distribución exclusiva.

<sup>102</sup> SAP Madrid, Secc. 28, de 5 de octubre de 2006 (Jur 2007/54756); SAP Valencia, Secc. 9, de 5 de octubre de 2007 (AC 2007/2063).

<sup>103</sup> Para una mayor profundización en el concepto de distribución selectiva, *vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva”, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 73; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31 y ss; B. TORRUBIA CHALMETA, “el contrato de distribución selectiva”, *Rcd*, nº 8, 2011, pp. 93-122; M. BOTANA AGRA, “La distribución selectiva en el derecho comunitario de la competencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 1983, caso AEG/Comisión”, *ADI*, X, 1984-1985, pp. 257 y ss.

<sup>104</sup> Directriz 144 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>105</sup> R. ALONSO SOTO, “Tipología de los...”, p. 68; U. IMMENGA/E-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band 1. EU, Teil 1, Verlag C.H. Beck München, 2012, p. 287.

<sup>106</sup> F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)”, en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 154.

<sup>107</sup> R. ALONSO SOTO, “Tipología de los...”, p. 68.

El distribuidor es titular de un establecimiento autorizado o especialista en la venta de dichos productos, pero su establecimiento no es el único lugar de la zona en el que se pueden adquirir dichos productos<sup>108</sup>. Un ejemplo de establecimiento que refleja muy bien la venta mediante distribución selectiva es la joyería o relojería. Se pueden encontrar marcas de diferentes firmas vendidas en un mismo establecimiento físico u *on line* por un mismo distribuidor.

**78.** Las ventajas que plantea esta forma de distribuir los productos son que el fabricante va a poder vender sus productos de acuerdo a las características de éstos. Mientras que el distribuidor comercializa productos que ya han adquirido un cierto reconocimiento en el mercado, aprovechándose de la buena reputación e imagen del fabricante. Sin embargo, la distribución selectiva no es una panacea. Las prestaciones accesorias que el proveedor exige al distribuidor hacen que los gastos aumenten, lo que supone un incremento en los precios de los productos que los consumidores deberán soportar. Además, de unos precios elevados, los consumidores, en ocasiones, se verán obligados a pagar prestaciones accesorias que no desean<sup>109</sup>. No obstante, la importancia del precio en este tipo de productos es bastante relativa, incluso podríamos afirmar que no es relevante. Los productos que se venden en estos sistemas de distribución suelen ser de lujo o de alta gama y el consumidor más que un buen precio busca distinción, calidad, un buen servicio, una experiencia<sup>110</sup>.

### c) Los criterios para la selección de los miembros de la red

**79.** La formación de la red de distribución selectiva se centra en dos aspectos: i) La selección de los distribuidores conforme a *criterios de calidad*; ii) En atención a la *naturaliza del producto*.

**80.** La selección de los distribuidores reside principalmente en la capacidad de éstos para cumplir con las exigencias del producto y de la imagen de marca que lleva el mismo. Estos criterios de selección utilizados por los proveedores, fabricantes o importadores para seleccionar a los distribuidores tienen gran importancia, especialmente para el Derecho de la competencia. Esto es así debido a que los criterios utilizados pueden infringir el art. 101.1 TFUE por restringir la competencia. La razón es que los criterios de selección son los que justifican que unos distribuidores puedan pertenecer a la red y otros no.

**81.** No obstante, cada vez más las autoridades de competencia y los tribunales aceptan que se puedan exigir criterios de selección cuantitativos junto los cualitativos. De hecho, aunque en realidad no tiene demasiado sentido pensar en distribución selectiva basada sólo en criterios cuantitativos, puesto que para seleccionar a los distribuidores en relación al territorio existen otras fórmulas específicas como podría ser la concesión o la distribución exclusiva, sí que estaría permitido en atención a las actuales normas de competencia<sup>111</sup>. Esto difiere de una primera época de jurisprudencia del TJUE en la que se exigían exclusivamente criterios objetivos, basados en la naturaleza y calidad del producto y aplicados de forma uniforme y no discriminatoria<sup>112</sup>.

**82.** Actualmente, se sigue considerando que los criterios cualitativos son inherentes a la distribución selectiva. No obstante, tanto el Reglamento 330/2010 como el actual Reglamento (UE) 2022/720 otorgan libertad a las partes para que formen su red como mejor les convenga, pero exige que exista algo muy lógico que es la consonancia entre las exigencias al distribuidor y las necesidades del producto. En el Reglamento 330/2010 no quedaba del todo claro la consideración de los criterios cuantitativos, si eran criterios de selección de los distribuidores al mismo nivel que los criterios cualitativos o eran un

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>109</sup> C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p 29.

<sup>110</sup> T. BUETNER/ A. COSCELLI/ T. VERGÉ/ R. WINTER, “An economic analysis of the Use of Selective distribution by Luxury Goods Suppliers”, *ECJ*, vol 5, n°1, abril 2009, p. 205.

<sup>111</sup> Directriz 144 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>112</sup> *Per alia* STPI de 2 de diciembre de 1996, *Leclere*, as-19/1992, ECLI:EU:T:1996:190, apartado 112.

añadido más<sup>113</sup>. Sin embargo, con el actual Reglamento (UE) 2022/720 este particular se aclara, ya que los criterios cuantitativos se permiten del mismo modo que los cualitativos. Las Directrices que acompañan al Reglamento (UE) 2022/720, en su apartado 144 precisan que los criterios cualitativos limitan la selección de los distribuidores de forma indirecta, mientras que los criterios cuantitativos la limitan de forma directa. Es decir, seleccionando un número fijo de distribuidores, lo cual es lícito en atención a las actuales normas de competencia. Una novedad que incorpora el Reglamento (UE) 2022/720 es que entre esos criterios cualitativos que se le pueden exigir al distribuidor podrían estar criterios basados en la sostenibilidad. Es decir, en base a las actuales Directrices el proveedor podría exigir al distribuidor que para pertenecer a su red se deben cumplir determinados criterios basados en conseguir objetivos de sostenibilidad como combatir el cambio climático o reducir el uso de residuos naturales<sup>114</sup>. Así, *ad ex.*, a un distribuidor en base a esta normativa se le podría requerir que para ser parte de la red no uso empaquetado de plástico o que en el caso de minoristas que venden moda que dentro del establecimiento físico ofrezcan la posibilidad de que los clientes depositen ropa para reciclar.

**83.** En lo referente a la *naturaleza* de los productos que pueden ser objeto de distribución selectiva señalar que sí que ha habido diferencias con respecto a la primera etapa de sentencias del TJUE<sup>115</sup>. Se ha ido aceptando cada vez más que los productos que pueden venderse mediante distribución selectiva sean prácticamente de cualquier naturaleza. Así queda constancia en resoluciones judiciales que proceden tanto del Tribunal de Justicia como de las autoridades de competencia españolas donde se acepta que bienes que no sean de especial lujo ni de alta tecnología puedan ser vendidos mediante distribución selectiva sin vulnerar el art. 101.1 TFUE<sup>116</sup>. La distribución selectiva cobra sentido en productos en los que se cuida la imagen de marca no siendo el precio del producto un aspecto importante para el consumidor, para eso, es necesario que los que venden -distribuidores- den un servicio especializado y de calidad que se cumple eligiendo a los revendedores en base a criterios cualitativos y objetivos, limitar el número de los mismos por zona, es un añadido. Sin embargo, que se trate de un tipo de distribución ideal para productos de una naturaleza especial no obsta para que actualmente en atención a la flexibilidad del nuevo régimen normativo y jurisprudencial, la distribución selectiva pueda ser utilizada para productos de casi cualquier naturaleza sin ser contrario al Derecho *antitrust* ni europeo ni nacional, siempre que el mercado de referencia acepte restricciones de competencia *intramarca*<sup>117</sup>.

#### d) Características de la distribución selectiva

**84.** El contrato de distribución selectiva como contrato de distribución es un contrato mercantil, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y en la mayoría de los casos de adhesión por el poco margen de negociación con el que cuentan los distribuidores frente a los proveedores. Como se ha estudiado, criterios cualitativos y cuantitativos podrían utilizarse para seleccionar a los distribuidores, por lo tanto, cláusulas de unas figuras contractuales se mezclan con cláusulas de otras y es difícil categorizar los contratos en la práctica de forma estanca. Aun así, respecto a las peculiaridades de este tipo de distribución es posible destacar las que siguen:

<sup>113</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución...*, pp. 147-148.

<sup>114</sup> Directriz 144 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>115</sup> STJCE de 10 de julio de 1980, *Lancôme SA/Etos BV*, as. 99/79, ECLI:EU:C:1980:193, apartado 20; de 11 de diciembre de 1980, *L'Oréal/PVBA “De Nieuwe AMCK”*, as. 31/80, *Rec.* 1980, p. 3775, apartados 15-17; de 16 de junio de 1981, *Maria Salonia/Giorgio Poidomani*, as. 126/80, ECLI:EU:C:1981:136, apartado 27; de 11 de octubre de 1983, *Demo-Studio Schmidt/Comisión*, as. 210/81, *Rec.* 1983, p. 3045; de 25 de octubre de 1983, *Telefunken/Comisión*, as. 107/82, ECLI:EU:C:1983:293, apartado 33; de 22 de octubre de 1986, *Metro/Comisión*, as. 75/84, ECLI:EU:C:1986:399, apartados 37-45.

<sup>116</sup> STJCE de 3 de julio de 1985, as. 243/1983, *Binon*, ECLI:EU:C:1985:284; STPI de 12 de diciembre de 1996, *Leclerc*, T-19/92, ECLI:EU:T:190. Resolución TDC de 23 de junio de 1992, *Andreas Stihl S.A.*, Exp. 31/92 donde se permite un sistema de distribución selectiva para maquinaria de jardinería, industria agrícola, forestal y construcción; Resolución CNC de 18 de noviembre de 2009, pinturas DYRUP, Exp. S/0149/09, en la que se considera lícito un sistema de distribución selectiva para pinturas de toda clase que se utilizan para la decoración y la industria.

<sup>117</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución*, p. 137.

- 1) *El distribuidor asume los riesgos económicos y financieros derivados de la venta de los productos.* El distribuidor suele ser un minorista<sup>118</sup>. Los minoristas se encargan de la distribución al detalle al cliente final. El hecho de que se base el sistema de distribución selectiva en minoristas guarda sentido con su propia esencia. Esto es así por dos razones. Por un lado, el proveedor tiene más control de que los criterios exigidos para estar en la red son cumplidos por el distribuidor. Por el otro, evita que existan fugas en las redes de distribución. El proveedor al crear su red con minoristas la tiene mucho más controlada que si en la misma existen mayoristas y minoristas. Sin embargo, actualmente cada vez es más habitual incluir a mayoristas en estas redes y que así la red se forme tanto de distribuidores mayoristas como de minoristas. De hecho, para fomentar la inclusión de mayoristas el art. 4.c) ii del Reglamento (UE) 2022/720 señala no se aplicará la exención del art. 2 a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que restrinjan los suministros cruzados entre distribuidores que pertenezcan al mismo sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles de la cadena de distribución. Esto es así porque los distribuidores selectivos no tienen obligación de suministrarse de una única fuente de aprovisionamiento, a diferencia de lo que puede suceder en los contratos de distribución exclusiva. Así, se consideraría una cláusula prohibida contraria a las normas *antitrust* aquella que imponga al distribuidor selectivo la compra exclusiva al proveedor y prohíba que los distribuidores se puedan suministrar a través de otros miembros de la red oficial (suministros cruzados).
- 2) *La distribución selectiva se ve particularmente afectada por el comercio paralelo.* Los distribuidores autorizados no compiten tanto por el precio sino más bien por la calidad y los servicios pre-venta y pos-venta de los productos que ofertan debido a la naturaleza de los productos que generalmente son objeto de la distribución selectiva<sup>119</sup>. Esto provoca que el producto se encarezca considerablemente por esta forma de distribuir, puesto que para ser elegido como distribuidor es necesario cumplir con unos criterios que exigen importantes inversiones. Con el fin de amortizar dichas inversiones, los productos de marca que se venden mediante estas redes suelen tener un precio diferente en función del país o del mercado en el que se comercialicen. Esto da lugar a que distribuidores independientes o *free riders* conscientes del funcionamiento de estas redes y de las características de los productos que en ellas se venden, aprovechen incumplimientos contractuales de los distribuidores autorizados para adquirir productos en un mercado a un precio inferior para posteriormente revenderlo en otro en el que es posible un precio mayor de venta. Las vías mediante las cuales los comerciantes paralelos suelen conseguir los productos de marca originales de la red pueden ser variadas, pero una de ellas es debido a incumplimientos contractuales de los propios distribuidores autorizados<sup>120</sup>. Éstos se saltan una de las cláusulas más importantes de estos contratos (“no vender los productos a distribuidores ajenos a la red”) y acaban vendiendo los productos de marca a agentes independientes que en principio no cumplen con los criterios cualitativos que la red de distribución exige para poder pertenecer a la misma. Esta reventa al margen de la red puede dañar la imagen de marca, el prestigio, exclusividad y *glamour* de la misma, aspectos claves en la comercialización de productos de lujo y que tanto potencian las redes de distribución selectiva<sup>121</sup>.
- 3) Ante esta situación, el titular de la marca suele encontrarse con una situación compleja para defender su red desde un punto de vista jurídico. Por un lado, la primera opción será expulsar de la red al distribuidor autorizado incumplidor. Contra éste se podrían ejercer acciones tanto contractuales (incumplimiento del contrato), extracontractuales (reclamación de daños y perjuicios) como de competencia desleal. Por el otro, el agente independiente

<sup>118</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 791.

<sup>119</sup> Vid. C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 27. P. VON HÜLSEN, “Ausgewählte praktische Probleme des selektiven Vertriebs aus Kartellrechtlicher Sicht”, *Zeitschrift für Vertriebsrecht (ZvertriebR)*, 5/2012, p. 299. STJCE de 25 de octubre de 1977, *Metro/Comisión*, as. 26-76, ECLI:EU:C:1977:167, apartado 21.

<sup>120</sup> Para un mayor detalle vid. I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y...*, p. 296 y ss.

<sup>121</sup> STJUE 23 abril 2009, *Copad v. Christian Dior*, C-59/08, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 28.

frente al cual se podrían ejercer acciones marcarias aunque incluso el producto de marca estuviera agotado<sup>122</sup> y la reventa del producto estuviera permitida en aras de la libre circulación de mercancías. Esto es posible si esa forma de venta del distribuidor independiente se aleja mucho de cómo venden los distribuidores oficiales pudiendo causar daños en el prestigio de la marca<sup>123</sup>. Esto podría ser un motivo legítimo que exceptuara el agotamiento del Derecho de marca (art. 15.2 Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas<sup>124</sup> y art. 36.2 Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas<sup>125</sup>). No obstante, en ocasiones no sólo son agentes especializados los que revenden las mercancías al margen de la red oficial pudiendo menoscabar el *goodwill* de la marca, pueden ser también consumidores finales<sup>126</sup>. Éstos pueden realizar estas ventas debido a que sacan partido de dos aspectos: 1) De la diferencia de precio de los productos de lujo de unos mercados a otro; 2) De la facilidad para vender los productos mediante plataformas de comercio electrónico.

### Aspectos nuevos que incorpora el Reglamento UE 2022/720

**85.** A pesar de que los hemos mencionado a lo largo de este apartado consideramos necesario hacer una recopilación de los cambios que introduce el Reglamento que analizamos, los cuales básicamente son los siguientes:

- 1) Se pueden transmitir restricciones de ventas activas y pasivas más abajo en la cadena de distribución con el objetivo de proteger la red de distribución selectiva. Esta restricción se puede imponer a lo largo de toda la cadena de distribución sin limitarse a los clientes del distribuidor como sucede en la distribución exclusiva<sup>127</sup>.
- 2) Se pueden imponer a los distribuidores criterios diferentes y que no sean equivalentes<sup>128</sup> en la venta *on line* y *off line*. Siempre que esos criterios distintos no estén encubriendo una prohibición para que el distribuidor pueda vender por internet.
- 3) Se pueden exigir criterios para pertenecer a la red de distribución selectiva basados en la sostenibilidad. Una economía más circular y que cause un menor impacto negativo en el medio ambiente son objetivos claves que persigue la legislación europea que se ha creado y que está en proceso de gestación en los últimos años<sup>129</sup>.

<sup>122</sup> Sobre el agotamiento del Derecho de marca *Vid.* A.BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; M.Botana Agra, «El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con café», *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, n.º 9, 1992, pp. 41 y ss.; A.CASADO CERVIÑO/ C.BORREGO, «Agotamiento del derecho de marca», en *Comentarios a la Ley y al Reglamento de marcas* (González Bueno, C. coord.), Madrid, Civitas, 2003; T.DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C.FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp.371-391; A.GARCÍA VIDAL, «El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE», *ADI*, 20, 1999; M.LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.; P.MARTÍN ARESTI, «Art. 36, agotamiento del derecho de marca», en A.BERCOVITZ CANO (Dir.)/ J.A.GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ,(Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008; C.PRAT, «Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del derecho marcario y del Derecho antitrust», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 230, 2004, pp. 27- 44.

<sup>123</sup> SAP Alicante de 17 de junio de 2013, núm. 265/2013, ECLI: ES:APA:2013:2076, FJ 5.

<sup>124</sup> DOUE L 336/1, de 23 de diciembre de 2015.

<sup>125</sup> BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001.

<sup>126</sup> STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal v. eBay*, C-324/09, ECLI:C:EU:2011:474, apartado 51.

<sup>127</sup> B. ROHRSEN, *VBER 2022: EU...*, p. 110.

<sup>128</sup> Directriz 235 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>129</sup> Un ejemplo de ello es el pacto verde europeo, Para un mayor detalle *vid.* <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/> (consultado el 24 de enero de 2024). Para un mayor detalle sobre esta futura normativa en la industria textil *vid.* J.L.QUINTANA CORTÉS, “La regulación del impacto ambiental de la moda: hacia la deseada circularidad”, en I.ANTÓN JUÁREZ (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho de la Moda*, Aranzadi La Ley, Navarra, 2023, pp. 347-375.

### Excepciones de prohibición del art. 4. letra c Reglamento UE 2022/720

- c) En relación a la *distribución selectiva*, está prohibido conforme al art. 4 letra c inciso i) la restricción del territorio o del grupo de clientes a los que los distribuidores miembros de un sistema de distribución selectiva pueden vender activa o pasivamente los bienes o servicios objetos del contrato de distribución. Sin embargo, el propio Reglamento 2022/720 señala cinco excepciones de prohibición:
- i) *Excepción 1.* El proveedor puede limitar la capacidad de los distribuidores selectivos y de sus clientes directos para que vendan fuera del sistema de distribución selectiva. De este modo, el proveedor puede limitar las ventas activas pero también las pasivas (esto es una novedad con respecto al Reglamento 330/2010) a distribuidores no autorizados por parte de sus distribuidores oficiales y de sus clientes directos en un territorio o grupo de clientes reservado al proveedor o que éste haya asignado a un máximo de cinco distribuidores.
  - ii) *Excepción 2.* El proveedor puede restringir las ventas tanto activas como pasivas de los distribuidores selectivos a distribuidores no autorizados en cualquier territorio en el que la red opera. El proveedor o titular de la red va a poder exigir a sus miembros que no vendan a distribuidores no pertenecientes a la misma siempre que los no miembros operen en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema<sup>130</sup>. Es decir, el proveedor no puede prohibir la venta a usuarios ajenos al sistema de distribución selectiva en los mercados en los que la red de distribución selectiva no existe, ya que de tener tal facultad se extenderían las restricciones de estos sistemas a mercados donde dicha red no está establecida. Este límite tiene como fin evitar la obstaculización excesiva de la libre circulación de mercancías y del comercio paralelo. Por lo tanto, el distribuidor, ya sea mayorista o minorista, no podrá revender los productos o servicios a miembros ajenos a la red de distribución selectiva en el territorio en los que el proveedor aplique este sistema. Así, si el proveedor aplica el sistema de distribución selectiva en todos los Estados miembros de la UE, el distribuidor oficial está obligado a respetar la prohibición en todos los países europeos<sup>131</sup>. Este tipo de prohibición de venta a terceros ajenos a la red de distribución selectiva como se sabe limita el comercio paralelo. Pero también es cierto que limitando esta restricción a los territorios donde se aplique el sistema de distribución selectiva se evita una obstaculización excesiva de las importaciones paralelas. Los titulares de las redes de distribución conscientes de que aplicando el mismo sistema a todos los territorios del EEE evitan fugas en su red de distribución es lo que normalmente tienden a hacer<sup>132</sup>. Aun así, se puede decir que este tipo de restricciones incluso limitando la competencia intramarca quedan exentas de prohibición por los efectos positivos intramarca que presentan en el mercado. En definitiva, se puede decir es un bálsamo para las redes de distribución selectiva, un bálsamo ante los efectos que provoca el agotamiento de los Derecho de marca en este tipo de redes.

<sup>130</sup> Vid.G. DEMME, *Le Droit des...*, p. 211.

<sup>131</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, pp. 810-811.

<sup>132</sup> Además de evitar fugas en el sistema de distribución selectiva, la aplicación de este tipo de distribución en todo el EEE da lugar a que se convierta en una red cerrada o estanca lo que genera problemas no sólo por los efectos restrictivos que puede provocar para la competencia sino también los efectos negativos para la libre circulación de mercancías. En la STJCE de 13 de enero de 1994, C-376/1992, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Cartier SA*, asunto C-376/92, *Rec.* 1994, p. I-00015, apartados 26 y 27. El Tribunal de Justicia rechazó la estanqueidad como un elemento necesario en las redes de distribución selectiva para evitar y/o paliar las fugas de la red. En palabras del propio Tribunal “(...) *supeditar la validez de un sistema de distribución selectiva, con arreglo al apartado 1 del art. 85 del Tratado, a su <<estanqueidad>> lleva al resultado paradójico de que, con arreglo a dicho precepto, se depara un trato más favorable a los sistemas de distribución más rígidos y cerrados que a los sistemas de distribución más flexibles y abiertos al comercio paralelo. Por último, el reconocimiento de la validez de una red de distribución selectiva en el mercado común no puede depender de la capacidad que pueda tener el fabricante de lograr <<estanqueidad>> del sistema en todas partes (...)*”.

Un ejemplo podría ser el siguiente: La empresa WATCHI la cual es conocida en Europa por fabricar y comercializar relojes de lujo que pueden perdurar de generación en generación. Esta empresa tiene instaurada una red de distribución selectiva en Portugal, España, Francia y Alemania. WATCHI con sede en Barcelona restringe las ventas activas y pasivas a sus distribuidores minoristas oficiales no permitiéndoles que vendan sus productos a agentes ajenos a la red de distribución en los países donde está instaurada la red. Recientemente, la empresa catalana ha introducido una nueva cláusula en los contratos de distribución selectiva donde obliga a sus distribuidores a que no vendan activa ni pasivamente a ningún distribuidor no autorizado que opere en el territorio europeo. WATCHI considera que esta cláusula es lícita en atención a las nuevas modificaciones que introduce el Reglamento UE 2022/720. Sin embargo, WATCHI se equivoca no puede restringir ventas activas y pasivas a sus distribuidores oficiales para que no vendan a distribuidores no autorizados instaurados en territorios donde la red de distribución selectiva no opera. El objetivo es evitar una obstaculización excesiva del comercio paralelo. El cual es lícito una vez el derecho de marca está agotado.

- iii) *Excepción 3.* El proveedor puede obligar al distribuidor a comercializar los productos en determinados establecimientos. Es lo que se conoce como “cláusula de establecimiento” y que posteriormente desarrollaremos. El objetivo de esta cláusula es que el proveedor pueda controlar dónde y sobre bajo qué condiciones se comercializan los productos objetos del contrato de distribución con el fin de que el distribuidor cumpla los criterios cualitativos que marca la red.
- iv) *Excepción 4.* El proveedor puede restringir las ventas activas o pasivas a los usuarios finales un distribuidor selectivo que opera al por mayor. Esto permite, como ya vimos, en la distribución exclusiva que el proveedor pueda mantener separada la venta al por mayor de la venta al por menor<sup>133</sup>.
- v) *Excepción 5.* El proveedor puede restringir al distribuidor la venta activa o pasiva de componentes suministrados a competidores del proveedor que persiguen incorporarlos a un producto para fabricar el mismo tipo de bienes que el proveedor.

### c) Obligaciones de las partes

**86.** Como en todo contrato, las partes que en él intervienen adquieren una serie de derechos y obligaciones, la exposición de éstos es de gran utilidad para fijar con claridad la función y las singularidades de la distribución selectiva.

**87.** Por lo tanto, bajo un sistema de distribución selectiva, las obligaciones y derechos del fabricante o proveedor son las siguientes:

- 1) El fabricante o proveedor debe suministrar los productos de marca objeto de la relación contractual de acuerdo a la demanda de cada distribuidor y aplicando a los miembros de la red iguales condiciones<sup>134</sup>. El proveedor como parte fuerte del contrato suele incluir entre las cláusulas alguna en términos amplios como “el proveedor se compromete a ejecutar lo mejor posible” que le permite evitar la responsabilidad que se podría derivar de un desabastecimiento puntual a los distribuidores<sup>135</sup>. Esta situación suele compensarse con los suministros cruzados entre miembros de la red sin necesidad de que el fabricante o proveedor de su consentimiento al respecto<sup>136</sup>. La obligación de suministro se extiende a todos los productos

<sup>133</sup> Directriz 232 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>134</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 814.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 814.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 814.

necesarios para prestar un servicio preventa y posventa, tales como repuestos, recambios, accesorios y muestras.

- 2) El fabricante debe prestar la información y la asistencia técnica necesaria al distribuidor y a sus empleados de acuerdo a la naturaleza de las obligaciones contractuales. Además, de todo el material publicitario necesario para que el distribuidor pueda seguir una política publicitaria acorde a las exigencias que el fabricante o proveedor considera acorde a la naturaleza del producto.
- 3) El fabricante o proveedor cuenta con un derecho fundamental que marca claramente su relación el distribuidor autorizado. Este derecho es el control y la vigilancia de que permanecen las condiciones cualitativas que el distribuidor reunió para incluirlo en la red. Una de las consecuencias del incumplimiento del distribuidor autorizado es la resolución del contrato por parte del proveedor.

**88.** En lo referente al distribuidor autorizado es posible destacar las siguientes obligaciones y derechos:

- 1) El distribuidor debe adquirir los bienes o servicios del fabricante o proveedor. El distribuidor suele comprometerse a la adquisición de una cantidad mínima de productos en función de su volumen de ventas. Este compromiso suele ir acompañado de la obligación de mantener almacenados un número de mercancías para que el producto pueda estar siempre disponible. El mantener productos almacenados es uno de los aspectos que encarece la distribución autorizada respecto a la no autorizada. El *free rider* se va abasteciendo a la vez que va dando salida a los productos, sin embargo, un distribuidor oficial debe contar con un local que le permita dicho almacenaje.

El precio de adquisición de las mercancías es fijado por el proveedor de acuerdo a una lista de precios -fijación directa- o mediante el precio de tarifa -fijación indirecta-<sup>137</sup>. Este último es el resultado de aplicar un descuento al precio de venta al público recomendado por el proveedor. Cuestión diferente al precio de adquisición es el precio al que debe vender el distribuidor. Como ya se ha señalado en relación al contrato de distribución exclusiva, el proveedor no puede fijar el precio al que el distribuidor puede vender, sólo puede establecer precios máximos o recomendados<sup>138</sup>.

La compra en exclusiva a favor del proveedor no es una característica de estos contratos. La distribución selectiva no se caracteriza por vender productos de una única marca sino de vender diferentes marcas de acuerdo a la calidad y prestigio de las mismas. Por lo que un distribuidor selectivo podría celebrar diferentes contratos de distribución selectiva con diferentes fabricantes y/o proveedores. Un ejemplo de este tipo de establecimientos podrían ser las joyerías. Los responsables celebran acuerdos con diferentes proveedores para poder vender en un mismo establecimiento marcas como *Rolex*, *Cartier*, etc. Sin embargo, esto no implica que el proveedor exija al distribuidor que no venda junto con sus productos algunos que puedan dañar o desvalorizar su imagen de marca<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 815.

<sup>138</sup> Vid. sin carácter exhaustivo A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 981-982; J. ECHEBARRÍA SÁENZ, “Acuerdos verticales” en L. A. VELASCO SAN PEDRO (Dir.), *Derecho europeo de la competencia (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex nova, Valladolid, 2005, pp. 132-133 ; C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 199-200; C. HERRERO, “La fijación de...”, p. 88 y ss; U. IMMENGA/E.-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band 1. EU, Teil 1, Verlag C.H. Beck München, 2012, pp. 1091-1098 ; V. KORAH/ D. O’SULLIVAN, *Distribution agreements under EC competition rules*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, pp. 173-177; F. WIJCKMANS/ F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2º ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 139-148; R. WHISH, *Competition Law...*, p. 664-665; A. ZURIMENDI ISLA, “Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia”, en A. ALONSO UREBA/ L. VELASCO SAN PEDRO/ C. ALONSO LEDESMA/ J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ A. J. VIERA GONZÁLEZ (Dir.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 771-772.

<sup>139</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 818.

- 2) El distribuidor se compromete a vender las mercancías únicamente en los locales y establecimientos autorizados por el proveedor o fabricante. Esta cláusula restrictiva de la competencia puede quedar exenta de acuerdo al art. 4 letra c) Reglamento UE 2022/720. No obstante, conviene recordar que aunque el proveedor o fabricante pueden controlar que los establecimientos de venta del distribuidor son acordes a los criterios cualitativos que la pertenencia a la red exige, esto no significa que se pueda prohibir al distribuidor la venta total por internet<sup>140</sup>.
- 3) El distribuidor debe prestar asistencia al cliente. Un criterio exigido al distribuidor para poder pertenecer a la red oficial es prestar servicios preventa -consejo y demostración del producto acorde a su naturaleza- y posventa -mantenimiento y reparación-. Esta asistencia también incluye la obligación del distribuidor de tramitar las reclamaciones y devoluciones consecuencia de la disconformidad de los clientes con el contrato o por el mal estado de los productos<sup>141</sup>.
- 4) El distribuidor puede usar la marca del fabricante o proveedor. El uso que el distribuidor va a realizar de la marca - en internet, folletos, anuncios, escaparates, rótulos, etc.- se suele fijar en el contrato. Este uso beneficia al distribuidor de forma considerable, ya que después de las inversiones realizadas para poder pertenecer a la red oficial de distribución, lo que le interesa es que el público conozca que es un distribuidor autorizado. En ocasiones, para que el consumidor pueda apreciar esa colaboración estrecha entre proveedor y distribuidor autorizado el proveedor permite que el distribuidor ponga su propia marca en los productos que distribuye junto con la marca de los productos. Esto permite reforzar la imagen de marca y beneficiar tanto a proveedor como al distribuidor. Esto es así porque hay casos en los que vender los productos en un determinado establecimiento por su prestigio y calidad favorece y potencia a la firma de lujo<sup>142</sup>. Al mismo tiempo, este tipo de prácticas también se lleva a cabo no sólo para potenciar la imagen de marca sino también para paliar el comercio paralelo. El consumidor se acostumbra en un determinado mercado a encontrarse el producto empaquetado con unos determinados logos y signos, y cuando no los aprecia así presentados, desconfía y cree que son productos no originales. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, pueden ser productos originales pero simplemente adquiridos en un mercado diferente al español por el *free rider* donde el distribuidor autorizado que vende en España no opera y por eso no aparece junto con la marca del producto la del distribuidor autorizado.
- 5) El distribuidor tiene la obligación de realizar o participar en campañas publicitarias para la promoción de la venta de los productos. De forma general, el proveedor es el que asume el peso de la actividad publicitaria, cumpliendo el distribuidor una actividad de colaboración que consiste, *ad ex.*, en situar los eslóganes, carteles y demás reclamos publicitarios de forma visible. No obstante, que existan campañas publicitarias organizadas por el proveedor no significa que el distribuidor no pueda llevar a cabo sus propias campañas como empresario independiente que es<sup>143</sup>.
- 6) El distribuidor no puede revender a miembros ajenos a la red oficial. Esta es la obligación por excelencia en los sistemas de distribución selectiva, puesto que su incumplimiento provoca que los productos sean vendidos por distribuidores no autorizados al margen de la red oficial perjudicando a la propia existencia de la red. Hay que tener presente que el art. 4 letra c, i Reglamento UE 2022/720 limita esta prohibición a distribuidores no autorizados al territorio o territorios donde el proveedor haya establecido una red de distribución selectiva. El objetivo de estas cláusulas es evitar fugas en la red oficial de distribución y paliar que los productos puedan ser revendidos por terceros no autorizados ajenos a la red oficial.

<sup>140</sup> STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartados 40-47.

<sup>141</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, p. 820.

<sup>142</sup> F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva”, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 92.

<sup>143</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, pp. 821-822.

- 7) El distribuidor mayorista selectivo puede ser obligado a no vender a usuarios finales. Esta restricción es lícita en atención al art. 4 letra c 1. 4) Reglamento UE 2022/720. Esto es posible debido a que este tipo de restricciones permiten evitar que el distribuidor mayorista pueda quitarle clientes a los distribuidores minoristas selectivos. Es una forma que los miembros de la red no se perjudiquen unos a otros y permite dejar claro cual es mercado en el que debe operar cada miembro de la red.

#### d) La venta por internet del distribuidor autorizado selectivo

##### i. Aproximación inicial

**89.** Unas de las cláusulas más importantes en la actualidad es la que organiza la venta *on line* del distribuidor autorizado. Por este motivo, hemos considerado necesario destacarlo en un epígrafe separado dentro de las obligaciones, derechos y deberes de las partes, ya que presentan interesantes implicaciones tanto para el proveedor como el distribuidor<sup>144</sup>. En definitiva, el objetivo de este apartado sería determinar qué exigencias están permitidas por parte del proveedor y cuales no por ser contrarias al Derecho de la competencia europeo<sup>145</sup>.

**90.** Hay que partir de que el Reglamento (UE) 2022/720 no es que se haya transformado por completo lo dispuesto en el régimen anterior (Reglamento 330/2010) pero sí que hay una mayor profundización y aclaración respecto a las restricciones que los fabricantes/proveedores pueden imponer a sus distribuidores autorizados. Esto se debe en gran medida a los asuntos que ha tenido que resolver el TJUE en estos años sobre la materia. Estos asuntos han sido el asunto *Pierre Fabre*<sup>146</sup> y el asunto *Coty*<sup>147</sup>. Estos dos asuntos han dado lugar a que se incorporan nuevas reglas en relación a las restricciones de la venta *on line* que se pueden exigir a los distribuidores oficiales. Esta nueva regulación europea en este Reglamento y en las Directrices<sup>148</sup> que lo acompañan genera una mayor seguridad jurídica debido a que las partes que celebran estos contratos conocen con mejor precisión qué se permite y que no en atención a las normas de competencia europeas respecto a las ventas *on line* de distribuidores oficiales.

<sup>144</sup> Sobre este particular *vid.* sin carácter exhaustivo, I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta *on line* de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva, Cuadernos de Derecho Transnacional (cdt), vol. 11, nº 2, pp. 407 y ss; F. DIEZ ESTELLA, “Los contratos de distribución se visten de Prada: Derecho de la competencia, restricciones verticales y luxury brands”, en I. ANTÓN JUÁREZ (Dir), *Cuestiones actuales del Derecho de la Moda*, Arzandi La Ley, 2023, pp. 191 a 220; F. DIEZ ESTELLA, “Las restricciones verticales y la distribución *on line* de productos de lujo; ¿dónde estamos después de la sentencia *Coty*?”, pp. 50-59 disponible en [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/restricciones\\_verticales\\_coty\\_\(2019\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/restricciones_verticales_coty_(2019).pdf) (consultado el 30 de enero de 2025); C. RODILLA MARTÍ, “Distribución selectiva y plataformas digitales”, en J.J. CASTELLÓ PASTOR/A. GUERRERO PÉREZ/M. MARTÍNEZ PÉREZ, *Derecho de la contratación electrónica y comercio electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 256-282.

<sup>145</sup> Al respecto es interesante el trabajo de A. WITT debido a que hace un recorrido desde los primeros asuntos como el caso *Metro I* hasta lo más recientes (caso *Guess*) destacando las implicaciones que presentan para el Derecho de la competencia las restricciones en la venta *on line* para los distribuidores selectivos que los proveedores tratan de imponer en aras de preservar la imagen de marca *vid.* A. WITT, “Selective distribution in the Age of E-Commerce: An overview of EU and national developments”, *Concurrences*, marzo 2021, pp. 1-19.

<sup>146</sup> STJUE de 13 de octubre de 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

<sup>147</sup> STJUE 6 diciembre 2017, *Coty Germany*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* entre la doctrina española, *ad ex.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los productos de lujo y su venta en Internet a través plataformas digitales: en torno a la STJUE de 6 de diciembre de 2017, *Coty Germany*”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución (Red)*, no 22, 2018, pp. 1-13; J. ARPIO SANTACRUZ, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), asunto C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente gmbh*, de 6 de diciembre de 2017 [ECLI: EU: C:2017:941] Acuerdos de distribución selectiva de productos cosméticos de lujo. Restricción de las ventas a través de plataformas en línea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 6, junio 2018, pp. 329-332; A. ARROYO APARICIO, “Productos de lujo y distribución a través de plataformas de internet desde el Derecho europeo de la competencia” (TJUE C-230/16, asunto *Coty*), *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, no 1, 2019, pp. 663-670.

<sup>148</sup> Directrices de la Comisión que acompañan y desarrollan el Reglamento UE 2022/720 (Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01 [DOUE C 248 de 30 junio 2022]).

**91.** La restricción especialmente grave relativa al uso efectivo de internet por parte de distribuidores oficiales se recoge en el art. 4 en su letra e). Este artículo debe ser interpretado teniendo en cuenta dos aspectos<sup>149</sup>:

- 1) *El considerando 15 Reglamento UE 2022/720 y la Directriz 203 Reglamento UE 2022/720.* Un aspecto a tener presente que en el anterior Reglamento UE 330/2010 no se contemplaba es lo dispuesto en el considerando 15 del Reglamento UE 2022. Lo mismo se señala en la Directriz 203. El citado considerando señala que para la calificación de una restricción de venta o publicidad en línea como especialmente grave se puede tener en cuenta el contenido y el contexto de la restricción pero dicha calificación no puede depender de las circunstancias específicas del mercado ni de las características individuales de las partes. Por lo tanto, esta restricción no precisa de un análisis basado en los efectos que provoca en el mercado. Así, una restricción aplicada de facto o legalmente, directa o indirectamente a que los distribuidores puedan vender o realizar publicidad *on line*, se podrá calificar como especialmente grave sin verificar los efectos particulares que presenta en el mercado.
- 2) *El concepto ampliado de ventas activas.* El Reglamento UE 2022/720 ha ampliado el término en relación con la anterior normativa, con el Reglamento 33/2010 restringir el idioma en el que podía vender el distribuidor oficial en su web se consideraba venta pasiva<sup>150</sup> y no se permitía. En las actuales Directrices se permite y este tipo de restricciones se considera restricción de venta activa, por lo que el proveedor podría restringir que el distribuidor tenga una web con un idioma diferente (salvo en inglés) al del territorio en el que está establecido. Este tipo de restricción está especialmente pensada para la distribución exclusiva.

ii. Restricciones de competencia prohibidas y permitidas a la luz del Derecho de la competencia europeo

**92.** Las restricciones prohibidas del art. 4 letra e) Reglamento UE 2022/720 se aplican a todo tipo de distribución, es indiferente si la distribución es exclusiva, selectiva o libre.

**93.** Las restricciones que el proveedor puede imponer al distribuidor y quedar aun así exentas de prohibición serían las siguientes:

- 1) Restringir o incluso prohibir al distribuidor el uso de determinados *marketplaces*.
- 2) Exigir criterios cualitativos para poder desarrollar la venta *on line*.
- 3) Obligar al distribuidor a que cuente con una tienda física para poder vender *on line*. Esta era una cuestión que generaba duda sobre si se exceptuaba de prohibición en el régimen anterior de exención por categorías. En la actual regulación se ha aclarado, y por tanto, se ha ganado en seguridad jurídica.
- 4) Requerir al distribuidor a que disponga de precios diferentes para las ventas físicas y para la venta *on line*. El precio dual con el anterior Reglamento 330/2010 no se permitía. Con el actual Reglamento es posible que el fabricante/proveedor fije para un mismo un precio mayorista diferente al distribuidor en función de si éste lo va a comercializar en tienda física u *on line*<sup>151</sup>. El precio dual ha dejado de ser una restricción especialmente grave siempre que i) no tenga por objeto (directo o indirecto) que el distribuidor o sus clientes no utilicen internet como canal para la venta de los productos, ii) se recompense un nivel adecuado de inversiones, iii) se relacione con los costes soportados en cada canal. El precio dual esconde una prohibición de las ventas por internet cuando i) ese precio hace que al distribuidor la venta *on line* no le sale rentable; ii) el precio dual se utiliza para limitar la cantidad de productos que el distribuidor puede comercializar *on line*.

<sup>149</sup> B. ROHRSEN, *VBER 2022: EU...*, pp. 121 y 122.

<sup>150</sup> Directriz 52 de las Directrices relativas al Reglamento UE 330/2010.

<sup>151</sup> Directriz 209 relativas a las restricciones verticales.

5) Exigir al distribuidor a que realice un número de ventas mínimo en tienda física.

Un ejemplo TIMELESS es una empresa fabrica relojes. Su sede se encuentra en California y opera en Europa desde hace más de dos décadas. De hecho, su cuota de mercado en el mercado de la fabricación de relojes en Europa es significativa, alrededor del 20%. En mercados como el español, el francés y el italiano tiene instaurada una red de distribución exclusiva. Debido a los vaivenes del mercado y la pérdida de beneficios está tomando medidas para reestructurar la parte de su compañía que opera en Europa. De este modo, una de las medidas que ha tomado es modificar los acuerdos de distribución con sus distribuidores oficiales. Así, quiere prohibir distribuidores que operen exclusivamente en internet y exigirles un establecimiento físico. Además, incluye una cláusula en los nuevos contratos en la que exige criterios diferentes para la venta *on line* y la tienda física. Para la venta *on line* exige un empaquetado especial y una presentación de los productos determinada. Mientras que para la tienda física exige que los empleados del distribuidor tengan una experiencia de venta en este tipo de productos de al menos 12 meses. Además, prohíbe el uso de dos *marketplaces* concretos en los que pueden operar sus distribuidores oficiales. Los distribuidores oficiales al leer las nuevas condiciones consideran que algunas de ellas son contrarias al Derecho de la competencia europeo. En particular, las relativas a criterios diferentes para la venta física y *on line* y también la que les exige un establecimiento físico. La solución en este caso tendría que tener presente que los distribuidores de TIMELESS se equivocan. El fabricante de relojes les puede exigir todas esas restricciones sin lesionar el Derecho de la competencia europeo debido a que así lo permite el Reglamento UE 2022/720 y de tal modo se especifica en las Directriz nº 208 que lo acompañan.

94. En contraposición, el proveedor no puede llevar a cabo las siguientes prácticas<sup>152</sup>:

- 1) Obligar al distribuidor a que para poder vender *on line* pida primero permiso al proveedor.
- 2) Exigir al distribuidor que sólo venda en tienda física o con la presencia física de personal autorizado<sup>153</sup>.
- 3) Requerir al distribuidor que impida a los clientes situados en otro territorio visitar su sitio web.
- 4) Obligar al distribuidor a que rescinda las transacciones con los consumidores cuando los datos de su tarjeta de crédito revelan que esos consumidores no pertenecen al territorio del distribuidor.
- 5) Prohibir al distribuidor que establezca o explote una o más tiendas *on line*, con independencia de que dicha tienda esté alojada en el servidor del propio distribuidor o de un tercero.

95. Respecto a las restricciones que se le pueden exigir al distribuidor en relación a los mercados de comercio electrónico, las Directrices recogen unas indicaciones para esos casos donde las partes superan el 30% de poder de mercado<sup>154</sup>. Así, los cuatro aspectos a valorar para saber si las restricciones impuestas a los distribuidores en relación al uso de *marketplaces* quedaría exenta de prohibición serían los siguientes:

- a) Se debe evaluar la posición en el mercado del proveedor y de sus competidores. Esto permite conocer el grado de competencia intermarca. Una reducción de la competencia intramarca es difícil que produzca por sí misma efectos negativos en la competencia intermarca si existe competencia fuerte intermarca a nivel de proveedor y distribuidor<sup>155</sup>.
- b) Hay que atender al tipo y alcance de la restricción que se le impone al distribuidor en relación a los *marketplaces*. Es mucho más probable que una restricción total del uso de mercados en línea pueda ser más lesiva para la competencia que una restricción que sólo va dirigida al uso de determinados *marketplaces*<sup>156</sup>.

<sup>152</sup> Directriz 206 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>153</sup> STJUE 13 octubre 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, apartado 47.

<sup>154</sup> Directriz 337 a 342 relativas a las restricciones verticales.

<sup>155</sup> Directriz 341 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>156</sup> Directriz 341 relativas a las restricciones verticales 2022.

- c) Se debe valorar la importancia que tienen los *marketplaces* restringidos como canal de venta en los mercados de producto y geográfico de referencia<sup>157</sup>.
- d) Es necesario evaluar el efecto acumulativo de cualquier otra restricción exigida por el proveedor en relación a las ventas o a la publicidad en línea<sup>158</sup>.

**96.** Este análisis basado en los criterios señalados permitirá determinar si tales restricciones pueden quedar exentas de prohibición en atención al art. 101.3 TFUE, o si por el contrario, deben prohibirse. Las mismas quedarán exentas si generan eficiencias como evitar las falsificaciones o asegurar el aura de prestigio de la marca. Las restricciones de venta en *marketplaces* a los distribuidores basadas en la calidad no van a quedar exentas de prohibición cuando<sup>159</sup>: i) El propio proveedor utiliza el mercado en línea que al distribuidor se le prohíbe utilizar; ii) El proveedor prohíbe el uso de *marketplaces* a algunos distribuidores, pero no a otros; iii) La plataforma de comercio electrónico es un miembro de la red de distribución selectiva.

iii. Las restricciones que puede imponer el proveedor respecto a la publicidad on line en el Reglamento 2022/720

**97.** El proveedor puede requerir a sus distribuidores que la publicidad en línea llevada a cabo por los mismos cumpla determinados requisitos, los cuales pueden estar relacionados con proporcionar información de calidad, concreta y rigurosa a los clientes.

**98.** La regla general es que el proveedor no puede prohibir directamente el uso de las herramientas webs que permiten la comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda. Esto es así porque este tipo de servicios permite al distribuidor ganar visibilidad en la red lo que se traduce en muchas ocasiones en más ventas. Sin embargo, muchas veces los proveedores restringen el uso de comparadores de precios argumentando la protección de la imagen de la marca debido a que en estos buscadores los productos se diferencian únicamente por el precio y no por otros aspectos como la gama de los productos o su calidad<sup>160</sup>. También es habitual encontrar restricciones en la publicidad en línea, prohibiendo a los distribuidores que pujen por palabras claves, con el fin hacerlo el proveedor por sí mismo. Pues bien, las Directrices señalan que ni directamente pero tampoco indirectamente se puede prohibir al distribuidor a que utilice herramientas en línea de comparación de precios o la publicidad en motores de búsqueda, así estaría prohibido conforme a las normas de competencia: i) Que el proveedor prohíba la utilización de las marcas o nombres comerciales del proveedor para pujar con el fin de posicionarse en motores de búsqueda<sup>161</sup>; ii) Que el proveedor prohíba que el distribuidor proporcione información relativa a los precios en las herramientas de comparación de precios. Esto es así debido a que esta restricción debilita la competencia en precios, pudiendo dar lugar a la compartimentación del mercado, y por tanto, afectando negativamente a la competencia intramarca e intermarca. No obstante, el proveedor sí puede prohibir el uso de determinadas herramientas de comparación de precios cuando éstas no cumplan determinados aspectos relacionados con la calidad y cuando no sean utilizados por la mayoría del público<sup>162</sup>.

**99.** Al igual que señalamos en las restricciones de venta *on line*, las Directrices recogen una serie de pautas para evaluar la compatibilidad de las restricciones en el uso de herramientas de comparación de precios por parte del distribuidor en aquellos acuerdos que no caen dentro de la exención en bloque porque *ad ex.* superan el umbral de la cuota de mercado del 30%. Dichos factores a tener en cuenta son<sup>163</sup>:

<sup>157</sup> *Ibidem.*

<sup>158</sup> *Idem.*

<sup>159</sup> Directriz 342 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>160</sup> Directriz 345 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>161</sup> Directriz 206 letra g) relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>162</sup> Directriz 350 relativas a las restricciones verticales 2022.

<sup>163</sup> Directriz 353 relativas a las restricciones verticales 2022.

- 1) La posición del mercado del proveedor y de sus competidores.
- 2) La relevancia de las herramientas de comparación de precios como canal publicitario en el mercado de referencia para la venta de servicios y bienes contractuales.
- 3) El tipo y alcance de las restricciones y la importancia relativa al servicio concreto de comparación de precios que se restringe o prohíbe.
- 4) Si el proveedor también impone restricciones al distribuidor para utilizar otras formas de publicidad en línea.

#### e) La extinción de un contrato de distribución selectiva

**100.** Las principales causas que originan la extinción del contrato pueden quedar resumidas en las siguientes:

- 1) La llegada a término del plazo establecido en el contrato. En el supuesto de un contrato de duración determinada, el transcurso del plazo establecido implica el fin de la relación jurídica entre las partes, salvo que se establezca en el contrato la posibilidad de prorrogarlo.
- 2) La resolución unilateral en el caso de contratos de duración indefinida o indeterminada. Como ya se vio en el contrato de distribución exclusiva, las relaciones jurídicas no pueden ser eternas por lo que las partes tienen el derecho de rescindir el contrato unilateralmente sin justa causa. Las partes pueden establecer que la denuncia de la prórroga del contrato con un plazo de preaviso suficiente para que la otra parte pueda adaptarse a los cambios que le ocasiona es una forma de finalizar la relación contractual. La falta de preaviso o un plazo de preaviso insuficiente puede ser causa suficiente para que la otra parte reclame daños y perjuicios por considerar que existe mala fe en el desistimiento<sup>164</sup>
- 3) La resolución por incumplimiento. El no cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a las que las partes se comprometen en el contrato pueden ser justa causa para que se resuelva el mismo. De hecho, es habitual que las partes incluyan la resolución automática del contrato - *ipso iure*- por incumplimiento de obligaciones transcendentales en la relación contractual como la prohibición de reventa a un tercero no miembro de la red oficial<sup>165</sup>. Este tipo de resolución implica que la finalización del contrato es inmediata y de pleno derecho, por lo que no es necesario el preaviso y mucho menos una indemnización. Este tipo de resoluciones automáticas no sólo encuentran su base jurídica en el incumplimiento de la cláusula propiamente dicha, sino también en los efectos que provoca – pérdida de confianza- el infringir dicha cláusula para una relación basada en la colaboración. De este modo, el incumplimiento puntual no puede ser una justa causa para la resolución de contrato, *ad ex*. el impago de una partida de productos o su envío en mal estado no puede generar la resolución del contrato. La gravedad y la reiteración son aspectos esenciales para que la resolución por incumplimiento obedezca a una justa causa<sup>166</sup>.
- 4) La muerte o declaración de fallecimiento de alguna de las partes. Esta es una causa de extinción del contrato cuando no existen herederos o legatarios o alguna persona física o jurídica a la que se le haya cedido el negocio<sup>167</sup>. La muerte implica la imposibilidad de que la persona jurídica continúe operando en el tráfico jurídico. El concurso no es causa automática de extinción del contrato (art. 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

<sup>164</sup> STS de 16 de diciembre de 1988 (RJ 1988/6691).

<sup>165</sup> F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 96-97.

<sup>166</sup> F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de...”, pp. 828-829.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 826.

## f) Las indemnizaciones a favor del distribuidor

**101.** La indemnización por extinción del contrato de distribución selectiva es mucho menos habitual que en el supuesto de un contrato de distribución exclusiva. Son tres los factores que permiten comprender la falta de razón de ser de la indemnización al distribuidor. En primer lugar, como se ha estudiado, el distribuidor autorizado no sólo vende productos de marca de un solo proveedor sino que puede vender de todos cuantos pueda. Las cláusulas de marca única no son legales en los sistemas de distribución selectiva. Esto implica que su negocio no depende de un único proveedor, por lo que la extinción del contrato, en principio, no es un impedimento para que el distribuidor pueda continuar su actividad empresarial<sup>168</sup>. En segundo lugar, el distribuidor autorizado no genera nueva clientela, es más, es él el que se beneficia de pertenecer a la red de distribución de una marca de prestigio. En tercer lugar y como resultado de lo anterior, la extinción del contrato no implica que el proveedor se beneficie injustamente del trabajo realizado por el distribuidor, a diferencia de lo que generalmente ocurre con la extinción de los contratos de distribución exclusiva.

**102.** Por lo tanto, la indemnización para este tipo contractual quedaría relegada para los supuestos en los que el proveedor haya resuelto el contrato de forma imprevista, sin un plazo de preaviso y sin que obedezca a una causa estipulada expresamente en el contrato, además de que el distribuidor pueda justificar los daños producidos<sup>169</sup>.

**103.** Otro aspecto relevante cuando acaba un contrato de distribución selectiva es qué sucede con el *stock* sobrante<sup>170</sup>. Esta situación puede estar prevista o no en el contrato.

En el caso de que las partes prevean la solución en el contrato, normalmente la misma suele ser que el proveedor recompre los productos que el distribuidor no ha podido comercializar. El precio que pagará el proveedor por los productos será el que pagó el distribuidor por los mismos. Si hay pagos todavía no abonados por el distribuidor, el proveedor aprovechará para cobrarse parte de la deuda con la mercancía. No obstante, se deberá tener presente que si hay productos en mal estado o que no se pueden comercializar porque están en mal estado debido a la culpa del distribuidor, el proveedor no querrá recomprarlos.

Otro escenario diferente es que en el contrato de distribución no se prevea nada en relación al stock remanente. En ese caso, el proveedor o fabricante podría tener interés en recomprar las mercancías. Sin embargo, también hay que tener presente que si no se estipula en el contrato tampoco tendría obligación de hacerlo. Quizás en los casos en los que al distribuidor se le exige una compra mínima tendría más posibilidad de que el proveedor recomprara las mercancías, pero habría que analizar el caso concreto. Aun así, no se puede pasar por alto que el distribuidor es un empresario independiente y es el propietario de las mercancías por lo que si el proveedor se niega a comprarlas el distribuidor podrá seguir vendiéndolas en su establecimiento hasta agotar el *stock*. El distribuidor podría justificar la legalidad de esa venta aunque el contrato de distribución haya llegado a su fin al igual que el contrato de licencia en el principio del agotamiento del Derecho de marca (art. 36 LM)<sup>171</sup>, principio que estudiaremos más adelante y que es clave para el comercio paralelo. Una duda que le puede surgir al distribuidor es si a pesar de que el contrato se ha extinguido se puede seguir usando la marca a pesar de la prohibición del proveedor. La respuesta es sí, en atención al agotamiento del Derecho de marca es posible, ya que el distribuidor sobre el uso de la marca podría alegar que ese uso es meramente descriptivo para poder revender las mercancías.

<sup>168</sup> *Idem*, “El contrato de...”, p. 830.

<sup>169</sup> *Idem*, p. 830.

<sup>170</sup> *Vid.* sobre este particular, F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estímulos*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 99.

<sup>171</sup> F. CARBAJO CASCÓN, “El contrato de distribución selectiva, en J.I. RUIZ PERIS/ J. MARTÍ MIRAVALLS, *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estímulos*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 99.

## XI. El Comercio o distribución paralela

**104.** Como hemos estudiado en la parte inicial del trabajo, los productos de lujo accesible, es decir, pequeña marroquinería, perfumes, cosméticos, gafas de sol, entre otros, son productos con los que las firmas más exclusivas y deseadas llegan a clientes de todo el mundo a través de una distribución cuidada. Este tipo de productos se pueden considerar de lujo porque incorporan una marca prestigiosa, tienen un precio elevado y son de calidad, pero la exclusividad, desde nuestro punto de vista, no es tal. Esto es así porque estos productos “lujo accesible” podrían ser comprados por cualquiera que esté dispuesto a pagar x euros por un pintalabios de una marca de lujo como CHANEL, x euros por un perfume de DIOR o x euros por unas gafas de sol que incorporen la conocida marca PRADA. Estos productos de lujo accesible son verdaderamente rentables para estas firmas debido a que se fabrican en masa y les suponen un importante margen de beneficio. Sin embargo, como todo en la vida, hay ventajas e inconvenientes, el inconveniente para las firmas de lujo es que estos productos de lujo accesible al producirse de forma masiva y ser productos que atraen al consumidor porque siguen incorporando la deseada firma de lujo suelen ser objeto del comercio o distribución paralela.

- g) El comercio paralelo, las importaciones paralelas o distribución paralela son términos sinónimos para denominar al mismo fenómeno: la reventa de productos de marca originales vendidos al margen de la red oficial de distribución. La distribución o ventas paralelas tienen lugar cuando se importa un producto original sobre el que recae un derecho de propiedad industrial e intelectual -generalmente un derecho de marca- otorgado por el país de exportación y se comercializa por un operador económico que no es el titular del derecho ni un agente autorizado, sino un intermediario denominado en el tráfico jurídico como distribuidor independiente, distribuidor no autorizado o *free rider*<sup>172</sup>. Este distribuidor independiente opera al margen de la red oficial, por lo que su actividad comercial queda reducida a una importante tarea: conocer muy bien los precios a los que se venden los productos que le interesa importar en los diferentes Estados miembros. La información es poder, pero en el caso del comercio paralelo es la base de un negocio, ya que este consiste en comprar las mercancías en un país a un precio inferior que el mercado o país donde se van a vender finalmente.

<sup>172</sup> Sobre el comercio paralelo en la doctrina *vid.*, I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015; ID, E. M<sup>a</sup>. ARES ÁLVAREZ, “Importaciones Paralelas”, En L. A. VELASCO SAN PEDRO, *Diccionario De Derecho De La Competencia*, Iustel, Madrid, 2006, Pp. 420 Y Ss.; E. BONADIO, “Parallel Imports In A Global Market: Should A Generalised International Exhaustion Be The Next Step?”, *European Intellectual Property Review*, 2011, P. 154; F. CARBAJO CASCÓN, “La Marca en los sistemas de Distribución selectiva (El Problema De Las Ventas Paralelas)”, En E. Galán Corona/F. Carbaajo Cascón (Coord.), *Marcas Y Distribución Comercial*, Ediciones Universidad De Salamanca, 2011, Pp. 165-166; M. Farquharson/V. Smi Th, *Parallel Trade In Europe*, Sweet&Maxwell, 1998, P. 68; C. Górriz López, *Distribución Selectiva Y Comercio Paralelo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, Pp. 29-30; N. Lewin, “The Ten Comandents Of Parallel Importation”, *Law And Policy In International Business*, I, N<sup>o</sup> 18, 1986, Pp. 218-219; D.A Malueg/ M. Schwartz, “Parallel Imports, Demand Dispersion, And International Price Discrimination”, *Journal Of International Economics*, Vol. 37, 1994, P. 168; A. J. De Martín Muñoz, *El Llamado Comercio Paralelo En El Derecho Mercantil Europeo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2001, P. 23; A. F. MUÑOZ PÉREZ, “El Conflicto Entre La Distribución Selectiva Y El Comercio Paralelo”, En Alonso Ureba/ L. Velasco San Pedro/ C. Alonso Ledesma/ J. A. Echebarría Sáenz/ A.J. Viera González (Dirs.), *Los Contratos De Distribución*, La Ley, Madrid, 2010, P. 691; L. A. Nester, “Keywords, Trademarks, And The Gray Market: Why The Use Is Not Fair”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 7, Issue 1, 2003, Pp. 242-245; C. Prat, “Comercio Paralelo: Un Flujo De Productos Y Novedades Jurídicas Que No Cesa. La Doble Perspectiva Del Derecho Marcario Y Del Derecho Antitrust”, *Gaceta Jurídica De La Unión Europea Y De La Competencia*, N<sup>o</sup> 2230, 2004, Pp. 27-28; W. A. Rothnie, *Parallel Imports*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, P. 1; C. Stothers, *Parallel Trade In Europe: Intellectual Property, Competition And Regulatory Law*, Hart Publishing, 2007, Pp. 2-3; X. Van Overmi Ere/C. Schillings, *Les Importations Paralleles Dans L’Union Européenne*, Anthemis, 2012, Pp.17-22; Sobre El Comercio Paralelo En Estados Unidos Vid. S. Ghosh, “An Economic Analysis Of The Common Control Exception To Gray Market Exclusion”, 15, U. Pa. J. Int’L Bus. L., 373, 410, 1994, Pp. 373 Y Ss.; H.C.Hansen, “Gray Markets Goods: A Lighter Shade Of Black”, 13brook. J. Int. L. L., 249, 1987, pp. 249-265; T.H. Hiebert, *Parallel Importation in U.S. Trademark Law*, Greenwood Press, 1994; W. Skinner, “Preventing Gray Markets: Is copyright law the solution?”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.*, 315, 1998-1999, pp. 315-336; D.R. Sudgen, *Gray Markets, Prevention, Detection and Litigation*, Oxford, Nueva York, 2009.

Un ejemplo permitirá ilustrar mejor el comercio paralelo. Imaginemos que FASHION BOOTS es una empresa española con sede en Alicante (España) cuya actividad comercial es la fabricación y distribución de calzado. FASHION BOOTS se ha enterado de que en Estados Unidos hay un distribuidor oficial de la marca NIK (marca de ropa deportiva conocida en el mundo entero) que está vendiendo modelos originales de temporadas pasadas a unos precios muy asequibles al por mayor y que es mucho más barato que los precios de compra que ofrecen los distribuidores oficiales de NIK en España. FASHION BOOTS decide comprar mil pares y aunque es consciente de que son muchos, los está comprando a 20 euros el par, teniendo presente que esos modelos en el mercado español se está comercializando por distribuidores oficiales de NIK a más de 100 euros. De este modo, la empresa alicantina tiene pensado comercializar las zapatillas en su web y tienda física en torno a 80 euros. Es un precio mucho más elevado que el pagado en EE.UU. por cada par de zapatillas, pero es inferior al precio al que se comercializan estos productos en España. Así, ante este escenario cabe plantearse si FASHION BOOTS podría vender estos productos en España sin el consentimiento del titular de la marca, ni del distribuidor oficial ni de ningún agente autorizado sin cometer ningún ilícito marcario o de competencia desleal.

**105.** Hay que tener presente que el titular de un derecho de marca ostenta determinadas prerrogativas al tener ese derecho, entre los cuales destaca la posibilidad de controlar, limitar o excluir las importaciones de los productos distinguidos con su marca. Esta facultad permite al titular del signo controlar la calidad de sus productos desde su fabricación hasta su venta al consumidor. Sin embargo, como se va a desarrollar a lo largo de este estudio, este derecho se limita a la primera comercialización del producto. La institución que limita la facultad del titular a oponerse a las importaciones de su producto se denomina agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual. En particular, el agotamiento del derecho de marca. El agotamiento está ligado íntimamente con las importaciones paralelas, ya que el titular del derecho de marca no puede prohibir las importaciones de sus productos por terceros al Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) una vez que el derecho está agotado. Sin embargo, no es tan sencillo como afirmar que el comercio paralelo sería lícito sin más una vez que el derecho de marca está agotado. Es necesario tener presente que el agotamiento del derecho de marca tiene excepciones. En otras palabras, el comerciante paralelo no puede ampararse en el agotamiento del derecho de marca para llevar a cabo cualquier tipo de reventa. No hay que olvidar que los productos que suelen ser objeto del comercio paralelo son productos de los considerados de lujo. Productos cosméticos, perfumes, productos de lujo accesible, en definitiva, que al estar distinguidos con marcas muy conocidas y de lujo hacen que el consumidor se sienta más atraído y los acabe comprando a precios elevados si comparamos con productos del *mass market*. Sin embargo, ese prestigio o *aura de glamour* de las marcas se puede proteger por sus titulares, aunque el derecho de marca esté agotado.

**106.** En definitiva, en el presente trabajo se analizará la figura del comercio paralelo en la industria de productos de lujo o alta gama. Como ya se ha ido adelantando, el comercio paralelo es la reventa de productos originales al margen de una red oficial de distribución. Redes que se crean como consecuencia de la existencia de contratos de distribución. El comercio paralelo es una brecha en estas redes debido a que el objetivo del fabricante, proveedor o importador oficial de que los productos se vendan únicamente mediante la red oficial no se cumple. En aras de entender el comercio paralelo dentro del EEE es necesario el estudio de los motivos económicos y legales que propician su aparición, del mismo modo que estudiar a quiénes afecta y cómo, los problemas jurídicos que origina y su regulación tanto a nivel internacional como europeo. Especialmente importante es ésta última, debido a que es la que permite entender cuál es el tratamiento del comercio paralelo en la UE y de la forma que influye en otras disciplinas como el Derecho de la competencia, el Derecho de la competencia desleal y los derechos de propiedad industrial e intelectual, en especial el derecho de marca.

## XII. Factores que propician la existencia del comercio paralelo

107. El comercio paralelo es un método de distribución o de comercialización de productos que tiene lugar cuando concurren una serie de presupuestos muy diferentes entre sí. En particular, estos presupuestos serían tres:

- 1º) *Mercados en los que existen restricciones de competencia*<sup>173</sup>. Dichas restricciones son consecuencia de la instauración de sistemas de distribución limitada que condicionan el número de revendedores en función del territorio o de las cualidades de éstos. Es decir, sistemas de distribución selectiva o exclusiva principalmente. La distribución paralela o comercio paralelo no va a poder tener lugar en aquellos mercados en los que cualquiera puede ser un distribuidor oficial de la marca. El comercio paralelo no tiene razón de ser en los mercados completamente abiertos en los que el fabricante vende su producto a cualquier distribuidor. De este modo, con independencia de que se ocupe el propio fabricante de la venta de sus productos o utilice a terceros para su distribución, un aspecto esencial del comercio paralelo es que los productos no son accesibles para todos. Hay distribuidores que son excluidos o a los que se les aplican condiciones comerciales distintas<sup>174</sup>. Esta exclusión es consecuencia de que dichos productos están protegidos por un derecho de marca o de patente. Por este motivo los medicamentos, los automóviles, las joyas, los productos de perfumería, de moda de alto nivel son un atractivo junto con los productos de alta tecnología para los comerciantes paralelos o distribuidores independientes.
- 2º) *La diferencia de precio entre mercados*<sup>175</sup>. El precio de los productos vendidos por la red oficial varía en función de las características del mercado donde se comercializan. Esto es así principalmente por dos razones: a) No todos los mercados aceptan un mismo precio; b) El coste de instaurar redes de distribución en un país o mercado puede variar, incluso entre países europeos. No todos los países instaurar una red de distribución para vender perfumes y cosméticos de marcas de formas de lujo cuesta lo mismo. Un distribuidor no autorizado lo que hace es adquirir los productos a un precio inferior que el del mercado donde finalmente los va a acabar colocando<sup>176</sup>.

Un mercado en el que los productos se vendan a un precio similar en cualquier punto de venta nacional o extranjero desincentiva el comercio paralelo. Este es uno de los motivos que ha llevado a las firmas de lujo en los últimos años a homogeneizar el precio de sus productos en todos los mercados donde venden. Si no existen diferencias sustanciales en los precios de los productos en atención al mercado, la intervención de revendedores independientes solo podría incrementar el coste del producto por los gastos de transporte<sup>177</sup>. Además, los consumidores ante productos de precios similares vendidos por un distribuidor conocido o desconocido, es mucho más probable que se lo compraran al distribuidor oficial de la marca<sup>178</sup>. De este modo, se puede decir que la diferencia de precio no sólo incentiva a los *free riders* a explotar una vía de negocio sino que también incentiva a los consumidores a arriesgarse y probar con un distribuidor menos conocido pero con un producto más barato.

La razón de la diferencia de precios obedece a motivos diferentes en función del producto. Así como en los fármacos la diferencia se puede deber a si el coste de los medicamentos es sufragado por completo o en parte por los Sistemas de Seguridad Social, en el caso de los productos de lujo influye considerablemente el nivel de vida de los Estados en cuestión. Y todo esto sin olvidar las fluctuaciones monetarias que permiten disponer de una moneda con más o menos poder, los gastos que conlleva el

<sup>173</sup> A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 24.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>175</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, *La distribución selectiva y el comercio paralelo de productos de lujo*, Ibañez-Depalma-Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 88.

<sup>176</sup> Vid. en este sentido C. PRAT, “Comercio paralelo: un...”, p. 28.

<sup>177</sup> Vid. A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 24.

<sup>178</sup> *Idem*, p. 24.

funcionamiento de los sistemas de distribución o los gustos y preferencias de los consumidores que no son iguales en todos los países.

Un sistema de distribución exclusivo o selectivo permite al titular de la marca controlar la calidad del producto desde su fabricación hasta su venta al consumidor. Este sistema incrementa los costes de los productos o servicios debido a que suelen requerir inversiones bastante fuertes en publicidad y en servicio preventa y postventa.

El resultado es que los productos sometidos a este tipo de distribución tienen un precio más elevado. Pero no en todos los países cuesta lo mismo mantener una red de distribución limitada. Esto es, un perfume francés en el mercado chino no tiene el mismo precio que en el mercado alemán. Ante esto, cabría preguntarse cuál es la razón de esa diferencia de precios, en ocasiones muy acusada, sobre todo en lo referente a productos de lujo. En lo que respecta a la distribución es importante tener en cuenta que cuando un producto se fabrica en un país con la misma calidad y propiedades para venderlo en todo el mundo mediante una red de distribución, pero su precio varía de un país a otro, se puede deducir que esa diferencia de precios es artificial<sup>179</sup>. Esto es así debido a que, cuando se trata de productos de lujo, la diferencia de precios no suele atender a cuestiones como el coste del transporte, la distribución o razones fiscales del país sino como explicamos en otras publicaciones el consumidor de productos de lujo compra por razones ajenas al precio<sup>180</sup>.

Sin embargo, esta diferencia de precios hace que empresarios ajenos a las redes de distribución autorizadas en los diferentes países en los que se comercializa un producto intuyan la rentabilidad del negocio: compras en un país en el que el producto se vende a un precio menor para luego importarlo a un país en el que el precio es más elevado<sup>181</sup>. Debido a que el empresario que realiza estas prácticas no debe realizar demasiada inversión para la venta, debido a que no suele ofrecer servicios preventa o posventa, la variación en el precio le permite obtener un considerable margen de beneficio<sup>182</sup>. Este es sin lugar a dudas el motivo principal por el que se produce el comercio paralelo.

En la última década una práctica habitual debido a esa diferencia de precio en los productos entre Europa y China ha sido el *daigou* o comercio paralelo de productos que se compraban por ciudadanos chinos en España, Francia o Italia, entre otros países europeos y los importaban a China. Esta práctica ha hecho que las firmas de lujo se replanteen sus políticas de precios y tengan una política más homogénea. Aun así, los precios de los productos de lujo entre China y Europa sobre todo en productos de piel pueden existir diferencias en torno al 20-30%. El principal motivo son los aranceles que el gobierno chino impone a estos productos. Esto hace que el nacional chino deba pagar más por el producto si lo compra en China. Esto ha dado lugar a que en los últimos años un negocio muy lucrativo sea la importación de productos de lujo de Europa a China. Para evitar el *daigou*, las marcas de lujo han intentado homogeneizar precios en todos los mercados en los que venden, sin embargo, no siempre es tan sencillo como subir los precios. Esto es así porque, en ocasiones, esas estrategias para controlar precios y evitar las importaciones paralelas pueden implicar vulneraciones de competencia. Un ejemplo de ello fue la empresa GUESS en el año 2018<sup>183</sup>. La firma estadounidense quiso restringir la publicidad que hacían sus distribuidores oficiales en la red y controlar las ventas que sus distribuidores realizaban entre Estados miembros. Estas prácticas, entre otras, se consideraron contrarias al art. 101.1 TFUE y GUESS fue multada por la Comisión Europea con 39 millones de euros. Por lo tanto, esa diferencia de precio entre mercados es verdaderamente uno de los aspectos clave para que las importaciones paralelas tengan lugar y las marcas de moda y de lujo son muy conscientes de ello. Sin embargo, subir los precios e intentar

<sup>179</sup> Vid. B. X. MUÑIZ CALAF, “La carga probatoria...”, p. 3.

<sup>180</sup> Sobre este particular vid. I. ANTÓN JUÁREZ, La distribución de productos de lujo en la Unión Europea, Tirant lo blanch, 2024, p. 60 y ss.

<sup>181</sup> Vid. noticia en el periódico Washington Post en la que se recoge como un empresario alemán se ha hecho millonario con las importaciones paralelas de medicamentos dentro de la UE ([http://www.washingtonpost.com/german-entrepreneur-makes-millions-in-eu-through-parallel-pharmaceutical-trade/2012/03/19/gIQAPnZrYS\\_story.html](http://www.washingtonpost.com/german-entrepreneur-makes-millions-in-eu-through-parallel-pharmaceutical-trade/2012/03/19/gIQAPnZrYS_story.html), consultado el 2 de febrero de 2025)

<sup>182</sup> Vid. G. GRASSIE, “Parallel imports and trademarks- where are we? Part 1”, *European Intellectual Property review*, 28(9), 2006, p. 474.

<sup>183</sup> Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2018, caso Guess, AT 40428, C(2018) 8455 final.

vender en todos los mercados al mismo precio no siempre es la solución y en ocasiones puede implicar prácticas lesivas del Derecho de la competencia.

- 3º) En tercer y último lugar, la rentabilidad del comercio paralelo está vinculada con el *traspaso de fronteras nacionales*. La compra de un producto por un tercero ajeno a cualquier red de distribución en un país en el que los precios de dichos productos son considerablemente más bajos que en el país donde los va a colocar. El negocio está en que el margen de beneficio es suficiente como para soportar los gastos de transporte, de asentamiento en dicho mercado y de llegar al consumidor y además le permite al *free rider* ganar dinero. Por lo tanto, el comercio paralelo sin dimensión internacional no es comercio paralelo.

### XIII. Origen y situación actual del comercio paralelo

**108.** La existencia del comercio paralelo va ligada al aperturismo económico y a la internacionalización de los mercados<sup>184</sup>. Por esta razón no fue hasta los años ochenta cuando verdaderamente se pudo notar la fuerza del comercio paralelo en la economía europea.

**109.** A nivel mundial con anterioridad a los años 80 se pueden diferenciar dos etapas. En un primer momento, la etapa la que abarcaría desde finales del siglo XIX hasta los años veinte del pasado siglo. En esta etapa las importaciones paralelas son aceptadas en base al principio de universalidad de la marca<sup>185</sup>. De este modo, el titular del derecho de marca no podía alegar dicho derecho una vez comercializado por primera vez el producto porque se consideraba agotado. Sin embargo, a pesar de la aceptación del comercio paralelo, su transcendencia económica y jurídica fue escasa como consecuencia del coste del transporte y de las dificultades que este entrañaba, a lo que se sumaba la falta de información de la que disponían los importadores paralelos para conocer la situación de los productos en los mercados de otros países<sup>186</sup>. Esta situación queda reflejada en las contadas resoluciones judiciales sobre la materia cuya procedencia en su mayor parte es alemana, inglesa y estadounidense<sup>187</sup>.

**110.** Posteriormente, pasada la II Guerra Mundial y dejando atrás un fuerte proteccionismo económico, el comercio paralelo reaparece en escena como consecuencia del proceso de liberalización e internalización de la economía<sup>188</sup>. Esto da lugar a que se empiece a forjar la primera doctrina y jurisprudencia sobre la materia. Así, después del caso *Lux*, el cual se podría considerar el primero importante en llegar a los tribunales, le siguen resoluciones de una importancia considerable para el estudio del tema que nos ocupa<sup>189</sup>.

- h) Desde los años ochenta hasta la actualidad el incremento del comercio paralelo ha sido considerable en todas las áreas comerciales del mundo. En Europa, sin ir más lejos, no hay duda del importante crecimiento de este tipo de comercio desde mediados de los ochenta hasta la actualidad. Las razones de este incremento obedecen a diferentes factores como la

<sup>184</sup> A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 31.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>187</sup> *Appollinaris v. Sherer*, 27 F.18(CC SDNY, 1886); *Appollinaris v. Herrfeldt*, 4 RPC 478 (Ch.D., 1887); *VITASCOPE Co. v. United States Phonograph Co.* 83 F. 30 (CC D NJ 1897); *Enterprise, OLG Hamburg*, 13-4-1898, 1899 Bl. f. PMZ. 11; *Russia Cement Co. v. Fruenhar*, 133 F 518 (CA 2 1904); *U.S. Supreme Court Bourjourns v. Katzel*, 260 U.S 689, 691 (1923). Para un análisis detallado de las resoluciones citadas *Vid.* T.H. HIERBERT, *Parallel Importation in US Trademark*, 1994, pp. 32- 35 y 43-56.

<sup>188</sup> *Vid.* A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 31.

<sup>189</sup> *Vid.* entre otros casos *Grundig*, del Hoge Raaad alemán del año 1956, en *GRUR Int.* 1957; *Maja*, del Bundesgerichtshof (BGH) alemán de 22 de enero de 1964, en *GRUR Int.* 1964, fasc. 7, pp. 372-376; STJCE de 13 de julio de 1966, *Grundig/Consten*, asuntos acumulados 56 y 58-64, ECLI:EU:C:1966:4.

globalización de la economía y la instauración de la sociedad de la información<sup>190</sup>. Ambos aspectos facilitan de forma considerable la actividad del *comerciante paralelo* debido al hecho de que va a disponer de información importante –precios de las mercancías, fluctuaciones monetarias...- para su negocio, de forma rápida y con poco esfuerzo. A lo que hay que sumarle un importante hecho como fue la creación de la Unión Europea (en adelante, UE) que implicó la supresión de los aranceles en el EEE y su reducción en términos generales en el comercio mundial. A pesar de que las trabas arancelarias habían dejado de ser un problema importante para el comercio paralelo, ahora con la era Trump que comenzamos en 2025 los aranceles al comercio internacional están más presentes que nunca<sup>191</sup> y se tendrá que ver qué sucede al respecto.

#### XIV. La relación entre el comercio paralelo y el comercio negro

**111.** El comercio paralelo en ningún caso es un comercio ilícito porque implique la venta de productos falsificados<sup>192</sup>. El comercio paralelo, también denominado “comercio gris”, no guarda relación alguna con el conocido “comercio negro” o las falsificaciones o copias. Los productos que se venden vía comercio paralelo son productos originales que se venden legalmente fuera de la red de distribución oficial. Sin embargo, los productos falsificados o *counterfeit products* son productos que se fabrican y se revenden al margen del fabricante<sup>193</sup>. Ante esto cabría preguntarse si el comercio paralelo favorece la instauración del comercio negro. La respuesta es negativa, el comercio gris y el comercio negro no guardan relación alguna, siendo la última una actividad delictiva que se puede perseguir penalmente en atención al ordenamiento jurídico español y que nada tiene que ver con la vía de venta al margen de la red de distribución.

**112.** En contraposición con el “comercio negro” y el “comercio gris” se encontraría el “comercio blanco”, en el que se engloban las transacciones realizadas por el distribuidor oficial. En un estadio intermedio entre el “comercio blanco” y el negro se encuentra el “comercio gris”, identificado en Estados Unidos con el comercio paralelo. Sin embargo, en Europa no ha calado la expresión *grey market* como sinónimo de comercio paralelo y como forma de distinguirlo del mercado de las falsificaciones<sup>194</sup>. De hecho, algunos autores consideran que la expresión *grey market* ha sido instaurada por los detractores de las importaciones paralelas para crear la duda sobre su legalidad y para emparentarlos con el comercio negro<sup>195</sup>.

#### XV. Las partes a las que afecta el comercio paralelo

**113.** La práctica comercial que se lleva a cabo mediante las importaciones paralelas no sólo afecta a distribuidores oficiales y a los *free riders*, sino que también se ven implicados en este tipo de comercio, de forma directa, los consumidores y los Estados de origen y destino de las mercancías. Entre las partes a las que puede afectar el comercio o distribución paralela podemos destacar:

<sup>190</sup> A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, pp. 34-35.

<sup>191</sup> Noticias relativas a los aranceles que el presidente Donald Trump está dispuesto a imponer a productos y materias primas europeas *vid ad ex.* <https://www.bbc.com/mundo/articulos/c3w80z1jwq8o> (consultado el 2 de febrero de 2025), <https://elpais.com/internacional/2025-02-10/trump-extiende-a-todo-el-mundo-su-guerra-comercial-con-aranceles-al-aluminio-y-el- acero.html> (consultado el 2 de febrero de 2025).

<sup>192</sup> Comunicación de la Comisión de 30 de diciembre de 2003 relativa a las importaciones paralelas de especialidades farmacéuticas cuya comercialización ya ha sido autorizada [DO 30-12-2003], p. 20. DOUE 30-12-2003. Aunque esta comunicación esta dirigida exclusivamente a las importaciones paralelas de especialidades farmacéuticas podría aplicarse a cualquier producto la afirmación de que el comercio paralelo no es ilegal.

<sup>193</sup> Para una mayor profundización en las diferencias entre el comercio paralelo y el comercio de las falsificaciones, *vid.* N. LEWIN, “The Ten Comandents...”, pp. 222-224.

<sup>194</sup> *Vid.* A. J DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio...*, p. 25.

<sup>195</sup> *Vid.* N. LEWIN, “The Ten Comandents...”, p. 218.

1. *El free rider o importador paralelo.* Este puede ser un mayorista, minorista o simplemente un comerciante. En definitiva, el *free rider* es un comerciante, que atento a las diferencias de precios en los productos, especialmente de los protegidos por derechos de marca, patente o *copyright*, ve un negocio rentable en la importación paralela de productos. La independencia del *free rider* es un aspecto inherente a su condición. Junto con el importador paralelo, se encuentra otra característica relevante que es la temporalidad de sus actuaciones. La permanencia del *free rider* en un mercado generalmente no es duradera, debido a que el ánimo del distribuidor independiente no es vender siempre el mismo tipo de mercancías en un concreto mercado, sino más bien ir de un mercado a otro buscando diferentes oportunidades de reventa.

En contra de las opiniones de los detractores de este tipo de comercio, el importador paralelo crea un modelo de negocio que satisface las necesidades de un determinado grupo de consumidores. Desde el punto de vista del importador paralelo dicha satisfacción del cliente encaja con su política comercial: vender los productos a un precio más bajo que el distribuidor autorizado.

2. *El distribuidor oficial.* Este agente puede ser el propio fabricante o un empresario independiente, bien un mayorista, o bien un minorista local -agente, importador autorizado, licenciario-. El minorista autorizado puede ser también titular de la licencia de marca de los productos que vende en el área asignada. Su visión del comercio paralelo difiere bastante de la del distribuidor paralelo. Esto es así debido a que con la presencia del comercio paralelo el distribuidor oficial pierde la exclusividad en la importación de los productos protegidos<sup>196</sup>. La pérdida de exclusividad tiene una consecuencia importante para el distribuidor oficial: deja de ser la única fuente de suministro de dichos productos en el mercado por lo que los precios deben ajustarse a la realidad de este. Por lo tanto, el cambio que implica la existencia o no del comercio paralelo en un mercado es interesante de analizarlo desde una perspectiva concurrencial. El comercio paralelo implica una mayor competencia, porque es una fuente alternativa de suministro. Eso no obsta para que desde la perspectiva marcaria pudiera plantear un daño a la reputación de la marca u otros ilícitos como veremos.

Por lo tanto, la no existencia de comercio paralelo permite al distribuidor oficial no tener competencia en lo que a precios se refiere. El producto puede ser vendido al precio más alto que el mercado local pueda tolerar<sup>197</sup>. Esto provoca que el consumidor pague por el mismo producto un precio diferente en función del mercado en el que se encuentre.

Ante estas evidencias, los revendedores pertenecientes a redes oficiales de distribución suelen argumentar que el comercio paralelo desincentiva la inversión en investigación y progreso debido a la caída de los beneficios, especialmente en lo referente a productos farmacéuticos y agroquímicos<sup>198</sup>. Del mismo modo, los distribuidores oficiales también consideran que el comercio paralelo desincentiva la donación de productos a países en vías de desarrollo por temor a su posterior reventa en países desarrollados. Por último, la percepción de aprovechamiento del *free rider* de las políticas de marketing y publicidad que asume la red oficial<sup>199</sup>.

3. *Los consumidores.* Éstos son los mayores beneficiarios de la existencia de importaciones paralelas debido a que pueden acceder a determinados productos a un precio menor.
4. *Los Estados.* La importancia de las políticas legislativas de un gobierno en cuanto a si se permite o restringe el comercio paralelo es considerable. Las importaciones paralelas suponen un freno a las prácticas restrictivas contrarias al Derecho de la competencia<sup>200</sup>. Esto es así porque el comercio paralelo permite otras fuentes de suministro y precios más competitivos, lo que beneficia tanto al consumidor como a los distribuidores independientes, al igual que al mercado en cuestión. Una competencia efectiva contribuye a que las empresas se esfuer-

<sup>196</sup> Vid. D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, “Parallel Trade: a user’s guide”, en *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, en A. KRATTIGER, R.T. MAHONEY, L. NELSEN (eds.), Vol. II, Oxford, 2007, p. 1431.

<sup>197</sup> Vid. D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, “Parallel Trade: a...”, p. 1431

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 1431

<sup>199</sup> *Idem*, p. 1431.

<sup>200</sup> Vid. D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, “Parallel Trade: a...”, p. 1430.

cen por mejorar e innovar sus productos, mientras que en un mercado sin competencia las empresas tienden a la relajación y descuidan sus inversiones en innovación, a diferencia de lo que defienden los distribuidores oficiales. Sin embargo, la existencia del comercio paralelo también puede vulnerar la marca del producto en cuestión objeto del comercio paralelo. Como vamos a estudiar, el comerciante paralelo no realiza todos los servicios (información, servicio postventa, publicidad) que el titular de la marca ofrece a sus clientes para mantener la imagen de marca y el aura de glamour de la misma, sino que con el objetivo de que sus transacciones sean lo más lucrativas posible comercializa los productos (no siempre pero sí en muchas ocasiones) de forma muy alejada a como lo hace la red oficial de distribución. Esto provoca que la marca en cuestión pueda sufrir daños en su reputación y el titular pueda protegerla mediante acciones judiciales en materia de marcas y/o en materia de competencia desleal. Como vamos a estudiar a continuación, en la UE la posición sobre las importaciones paralelas al estar íntimamente relacionado con la libre circulación de mercancías, no la pueden decidir los Estados sino hay una posición conjunta de los 27.

## XVI. La regulación internacional del comercio paralelo

**114.** La regulación del comercio paralelo no viene recogida en ningún texto legal de ámbito internacional. Tampoco en ninguna norma derivada del legislador europeo. El mayor aspecto relacionado con el comercio paralelo que se recoge en algún texto internacional es el agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual. El agotamiento es de especial importancia para la regulación del comercio paralelo debido a que va a permitir que sea posible o no.

A nivel internacional el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad intelectual relacionados con el comercio, que constituye el anexo IC del Acuerdo por el que se establece la OMC*, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994 (en adelante, ADPIC) otorga libertad a sus miembros para que decidan el alcance del agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual<sup>201</sup>.

**115.** Un derecho está agotado cuando su titular, o bajo su consentimiento, ha comercializado el producto por primera vez en un mercado<sup>202</sup>. La cuestión importante a resolver en aras de una regulación internacional uniforme del comercio paralelo es qué agotamiento se adopta. El alcance del agotamiento es importante para conocer si el comercio paralelo se permite o se prohíbe. Se pueden diferenciar tres tipos de agotamientos los cuales se desarrollarán ampliamente en un trabajo posterior. Se puede distinguir entre: 1) el agotamiento internacional, la primera puesta en el comercio del producto agota el derecho con indiferencia del país del que se trate; 2) el agotamiento comunitario, el agotamiento del derecho tiene lugar cuando el producto protegido se vende en cualquier Estado dentro del EEE; 3) el agotamiento nacional, el agotamiento únicamente tiene lugar cuando el producto es comercializado por primera vez en ese Estado específico. Por lo tanto, el comercio paralelo estará permitido, restringido o prohibido en función del agotamiento que se adopte<sup>203</sup>.

<sup>201</sup> Este Acuerdo es más conocido bajo sus siglas del idioma inglés “TRIPS” que correspondan a “trade-related aspects of intellectual property rights”.

<sup>202</sup> En relación al agotamiento del derecho de marca, *Vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “La utilización de una marca por empresa distinta del titular, como medio de publicitar la reventa o la reparación de productos previamente comercializados por el titular de la misma”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 201, 1999, pp. 59 -67; M. BOTANA AGRA, “El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con cafeína”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, nº 9, 1992, pp. 41 y ss.; T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, MADRID, 2001, pp.371-391; A. GARCÍA VIDAL, “El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *ADI*, 20, 1999; M. LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.; P. MARTÍN ARESTI, “Art. 36, agotamiento del derecho de marca”, en A. BERCOVITZ CANO (Dir.)/ J.A. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008; C. PRAT, “Comercio paralelo: un...”, pp. 27- 44.

<sup>203</sup> *Vid.* infra. Cap. III.

El ADPIC no impone el alcance del agotamiento entre los Estados firmantes<sup>204</sup>. Del mismo modo, en la Declaración de Doha referente a los ADPIC y a la salud pública, se confirma la libertad de los países de elegir el alcance del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial<sup>205</sup>.

- i) Esta libertad de elección puede ser traducida en que el comercio paralelo no se prohíbe, ya que, si fuera así, podría haber optado el texto por recoger el agotamiento nacional. Este es el más restrictivo con el comercio paralelo porque el agotamiento del derecho únicamente existe cuando el producto se ha comercializado en un Estado concreto. Es decir, si el producto se vendió por primera vez en Francia y se pretende revender en España todavía el derecho de exclusiva no se ha agotado. Por eso se afirma que este tipo de agotamiento limita el comercio paralelo. Sin embargo, con el agotamiento comunitario, una vez que el producto se vende por primera vez por el titular o bajo su consentimiento en cualquier Estado miembro del EEE, el derecho se agota y es posible la importación paralela de los productos. Así, todavía menos restrictivo con el comercio paralelo es el agotamiento internacional. Una vez que el producto se vende en cualquier mercado del mundo por el titular o bajo su consentimiento, el derecho se agota y puede el producto protegido ser revendido sin la oposición del titular. Se puede decir que el agotamiento es la pérdida del titular de su derecho a oponerse a la reventa de sus productos que se benefician de DPII.

Sin embargo, aunque no se prohíbe el agotamiento, tampoco se permite explícitamente. Los Estados pueden elegir el alcance más conveniente del agotamiento de acuerdo con los objetivos de su política nacional.

## XVII. La regulación europea del comercio paralelo

**116.** El comercio paralelo no se castiga desde las instituciones europeas, sino que se ha protegido en cierta medida debido a que se considera una vía para fomentar la integración de las economías nacionales en aras a la consecución de un mercado único<sup>206</sup>. Así se extrae de los artículos 34 y 36 TFUE y de la instauración del agotamiento comunitario de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Aun así no existe ninguna norma en la que se proteja el comercio paralelo de forma expresa.

**117.** La Comisión Europea ha considerado que los intermediarios tienen que tener la posibilidad de reaccionar ante las diferencias de precios entre los Estados miembros y poder revender productos al margen de la red oficial, ya que eso demuestra que los acuerdos de distribución no tienen un efecto de compartimentación del mercado<sup>207</sup>. No obstante, el comercio paralelo se encuentra limitado por el art.

<sup>204</sup> Esto es así, ya que en su art. 6 dispone, que,

“Para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual”

<sup>205</sup> Conferencia Ministerial, cuarto periodo de sesiones, Doha 9-14 noviembre de 2001 [WT/MIN(01)/DEC/2, 20 de noviembre de 2001]. En su art. 5.d) establece que “el efecto de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que son pertinentes al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual es dejar a cada Miembro en libertad de establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación, a reserva de las disposiciones de los artículos 3 y 4 sobre trato NMF y trato nacional”.

<sup>206</sup> *Vid.* A. F. MUÑOZ PÉREZ, “El conflicto entre...”, p. 692.

<sup>207</sup> Libro Verde sobre restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria, COM(96) 721, enero de 1997, apartado 9. Disponible en [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com96\\_721\\_es.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_es.pdf) (consultado el 2 de febrero de 2025). Simplemente destacar que este Libro Verde dio lugar al Reglamento en materia de exención por categoría de acuerdos verticales 2790/1999, este Reglamento fue pionero pero sustituido por el Reglamento UE 330/2010 y en la actualidad para saber si un acuerdo vertical (o acuerdo de distribución) es restrictivo de la competencia y quedaría exento de prohibición es necesario atender al Reglamento UE n° 2022/720 aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, sobre este Reglamento *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, Vol. 15, n° 1, pp. 24-62.

34 TFUE. Los límites de dicho artículo que afectan al comercio paralelo son, los que se refieren a la propiedad industrial e intelectual y a la salud pública.

En principio se ha considerado que el comercio paralelo beneficia al mercado interior, puesto que fomenta la libre circulación de mercancías al hacer posible que los productos sean comercializados en un régimen de competencia más libre.

**118.** De este modo, desde una óptica europea, se puede afirmar que el comercio paralelo ha permitido la supresión de las fronteras comerciales entre Estados miembros. Las importaciones paralelas han contribuido a la supresión de los obstáculos que limitan la libre circulación de mercancías. Esta es la razón principal por la que las importaciones paralelas serían lícitas dentro del EEE.

Por lo tanto, las instituciones comunitarias consideran que *“el comercio paralelo crea una competencia sana y da lugar a reducciones de los precios al consumidor, y es una consecuencia directa del desarrollo del mercado interior que garantiza la libre circulación de mercancías”*<sup>208</sup>.

**119.** Por lo tanto, la libre circulación de mercancías es la regla general (arts. 34 y 35 TFUE) por lo que el comercio paralelo va a ser permitido. Sólo de forma excepcional, bien por razones económicas, como la protección de los consumidores, o bien por razones no económicas (art. 36 TFUE), como la protección de la propiedad industrial, el comercio entre los Estados miembros se puede ver limitado y, por ende, también el comercio paralelo. De este modo, tanto la Comisión Europea como el TJUE han defendido la existencia del comercio paralelo<sup>209</sup>. Junto con la consolidación del mercado único europeo, razones como que las importaciones paralelas generan competencia en el nivel de la reventa y ayudan a la uniformidad en los precios, justifican su apoyo<sup>210</sup>.

## XVIII. Los problemas jurídicos que plantea el comercio paralelo

### 1. Aproximación inicial

**120.** Desde un punto de vista económico diversas han sido las teorías que se han formulado para acreditar y/o desacreditar al comercio paralelo. Los factores objeto de análisis varían en función de si el estudio del comercio paralelo se aborda desde una perspectiva jurídica o económica. Mientras que el economista incide en la diferencia de precio y los problemas que acarrea al mercado, el jurista tiene presente los problemas del comercio paralelo desde el punto de vista del Derecho de la competencia, la competencia desleal y el derecho de marcas. Así, en función de si el problema se estudia desde un punto de vista económico o jurídico variará el diagnóstico debido a que estas perspectivas se centran en problemas de diferente calado. Desde un análisis puramente económico podría ser viable la restricción del comercio paralelo debido a que a largo plazo podría no presentar ventaja alguna en los consumidores, como consecuencia de que limita la inversión en investigación, por ejemplo. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, la restricción de comercio paralelo puede suponer una restricción al mercado interior europeo, por ser una práctica anticompetitiva si existiera un acuerdo restrictivo (art. 101 TFUE) o una práctica abusiva (art. 102 TFUE).

<sup>208</sup> Vid. *Guía para la aplicación de las disposiciones del Tratado que rigen la libre circulación de mercancías*, elaborada por la Dirección General de empresa e industria, 2010, p. 24. Disponible en [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art34-36/new\\_guide\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/goods/docs/art34-36/new_guide_es.pdf) (consultado el 2 de febrero de 2025).

<sup>209</sup> Desde el Derecho europeo de la competencia se ha venido considerando que las prácticas dirigidas a limitar el comercio paralelo mediante la limitación o prohibición de las exportaciones es contrario al art. 81 TCE -actual art. 101 TFUE-, *ad ex.*, STJCE de 18 de septiembre de 2003, *Volkswagen c. Comisión*, C-338/00, *Rec.* 2003, p. I-9189; Decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 2000, relativa a un procedimiento incoado en virtud del art. 81 del Tratado CE, *Opel*, DO L 59, de 28 de febrero de 2001; STJCE de 6 de abril de 2006, *General Motors y Opel Nederland c. Comisión*, C-551/03 P, *Rec.* 2006, apartados 66-67; Decisión de la Comisión de 8 de octubre de 2003, *Nintendo distribution*, DO L de 8 de octubre de 2003; STJUE de 10 de febrero de 2011, *Activision Blizzard Germany/Comisión*, C-260/09 P, *Rec.* 2011, apartados 70-87.

<sup>210</sup> Vid. M. GANSLANDT/ K.E MASKUS, “Vertical Distribution, Parallel...”, p. 944.

**121.** Sin lugar a dudas, las importaciones paralelas plantean un enfrentamiento con diferentes disciplinas jurídicas. A nuestro juicio, éstas serían el derecho de marcas, el derecho de la competencia y el derecho de la competencia desleal. El análisis de los problemas que plantea el comercio paralelo en el tráfico jurídico hace necesario recurrir a estas disciplinas, que como se verá cada una de ellas presenta problemas diferenciados pero que tienden a converger en un punto común, la libre circulación de mercancías. Así lo han mostrado las instituciones europeas en las diferentes decisiones y resoluciones que tienen como protagonista al comercio paralelo.

**122.** De hecho, en los diferentes pronunciamientos de la Comisión y de los tribunales europeos en los últimos treinta años han mostrado la búsqueda del equilibrio, entre los derechos de marca y la libre circulación de mercancías, prueba de ello es el agotamiento comunitario de marca. Todo ello para que se consolide y no se restrinja, como ya se ha venido exponiendo, un objetivo de mayor envergadura: un mercado europeo único, común a todos los Estados miembros.

## 2. El oxígeno para el comercio paralelo: el agotamiento del derecho de marca

### A) Introducción

**123.** El derecho de marcas no es un derecho absoluto<sup>211</sup>. Se otorga con una finalidad específica que no es otra que la marca pueda cumplir las funciones que le son propias<sup>212</sup>. Así, el ejercicio del derecho de marca debe quedar reservado cuando un tercero use el signo menoscabando algunas de dichas funciones, las cuales, van más allá de la función esencial de permitir que el consumidor conozca la procedencia del producto o servicio, también se encuentra la función de garantizar la calidad, la de comunicación, inversión o publicidad<sup>213</sup>.

**124.** No obstante, sin perder de vista lo anterior, pero con el fin de preservar la libre circulación de mercancías en el Espacio Económico Europeo<sup>214</sup> (en adelante, EEE), hacer efectivo un mercado único y no cercenar la libre competencia, la exclusión que implica el derecho de marca tiene límites y queda reservada a la primera comercialización del producto<sup>215</sup>. De este modo, una vez que el titular o un tercero con su consentimiento comercializa el producto en el EEE implica que decae el derecho de marca a oponerse a la reventa de dicho producto. En otras palabras, el agotamiento europeo del derecho de marca permite que los productos puedan circular libremente entre unos países y otros y que los titulares de las marcas no puedan prohibir en base a su derecho de marca las reventas de productos entre Estados miembros. Cuestión diferente es cuando los productos proceden de terceros países no parte del EEE. En ese caso, el titular de la marca podría oponerse a la importación de sus productos desde países no pertenecientes al EEE designados con su marca. Esto es posible porque en las legislaciones marcarias europeas no se permite el agotamiento internacional. No obstante, habría que atender al caso concreto debido a que no se podrá paralizar una importación paralela que procede de un tercer Estado (por ejemplo, México) de productos que ya se han comercializado previamente en el EEE por el titular de la marca.

Un ejemplo nos permitirá entender mejor las cuestiones jurídicas que suscita el comercio paralelo en relación al agotamiento del derecho de marca. Imaginemos que LUXY BRAND es un conglomerado que posee diferentes marcas de lujo, opera en todo el mundo pero tiene su sede en París, es titular de la marca de la UE, LB. Esta marca es conocida en todo el mundo y LUXY BRAND fabrica todo tipo de productos. Recientemente, el conglomerado parisino se ha dado cuenta de que hay en España un distribuidor

<sup>211</sup> STJUE de 6 de febrero de 2014, C-65/12, *Leidseplein Beheer BV*, ECLI:EU:C:2014:49, apartado 32.

<sup>212</sup> STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-611/11, *Martin Y Paz Diffusion*, C-611/11, ECLI:EU:C:2013:577, apartado 58.

<sup>213</sup> STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartados 32 a 41.

<sup>214</sup> Este espacio implica el territorio de los países que componen la UE más Islandia, Noruega y Liechtenstein.

<sup>215</sup> *Vid.* al respecto, T. DE LAS HERAS, “Marca comunitaria”, en A. BERCOVITZ (Dir.), *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, 2007, pp. 357-422. Para un trabajo más reciente sobre el agotamiento del derecho de marca *vid.* A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho conferido por la marca de la UE”, *CDT*, vol.13, nº 2, 2021, pp. 116-131.

que no pertenece a su red oficial que está comercializando cinturones, carteras y gafas de sol originales de su firma sin su consentimiento. LUXY BRAND vende sus productos a través de sus exclusivas y selectas tiendas propias, pero también a través de redes de distribución selectiva. LUXY BRAND considera que esas ventas paralelas en España de sus productos al margen de su red oficial dañan su imagen de marca y deben prohibirse. LUXY BRAND ha investigado y ese producto con su marca LB que se está vendiendo en el mercado español proviene de Bulgaria. Ante este escenario, cabría preguntarse si la firma de lujo podría evitar el comercio paralelo de sus productos entre Estados miembros. En gran medida la respuesta reside en el agotamiento del derecho de marca. Si el derecho de marca está agotado, es decir, ya ha comercializado LUXY BRAND esos productos en el EEE, la regla general es que no podría oponerse a esa reventa desde un punto de vista marcario. Sin embargo, como estudiaremos, el agotamiento del derecho de marca presenta excepciones que se deben tener muy presente y que dan oxígeno a las marcas de lujo para proteger sus marcas a pesar de que el derecho de marca ya se haya agotado.

**125.** Así, es posible diferenciar tres tipos de agotamiento: i) El agotamiento nacional; ii) El agotamiento europeo; iii) El agotamiento internacional. El alcance del agotamiento es importante para conocer si el titular de la marca puede oponerse a las importaciones paralelas en virtud de su derecho de marca<sup>216</sup>. El agotamiento internacional implica que la primera puesta en el comercio del producto agota el derecho de marca con indiferencia del país del que se trate. Por su parte, el agotamiento europeo tiene lugar cuando el producto designado con un derecho de marca se comercializa en cualquier Estado dentro del EEE. Por último, el agotamiento nacional, se produce cuando el producto es comercializado por primera vez en ese Estado específico. Por lo tanto, el comercio paralelo estaría permitido, restringido o prohibido en función del agotamiento que se adopte. El agotamiento que se sigue en los Estados miembros europeos es el agotamiento europeo del derecho de marca.

**126.** El origen del agotamiento se deriva de la jurisprudencia del TJUE<sup>217</sup>. Este principio permitió dar solución a la pugna entre la territorialidad del derecho de marca y la libre circulación de mercancías<sup>218</sup>. Posteriormente, el agotamiento se incluyó en la Primera Directiva de Marcas<sup>219</sup> y en las sucesivas modificaciones que han existido hasta llegar a la Directiva de marcas actual (Directiva (UE) 2015/2436), de ahí que este principio esté incorporado en el derecho de marcas de los Estados miembros (*ad ex.*, art. 36 Ley 17/2001<sup>220</sup>). Del mismo modo, en relación a la marca de la UE, el agotamiento se recoge en la actualidad en el art. 15 del RMUE.

## **B) Los requisitos necesarios para que el agotamiento europeo del derecho de marca concorra**

**127.** El agotamiento del derecho de marca tiene lugar, según la doctrina<sup>221</sup> apoyada en las numerosas sentencias del Tribunal de Justicia sobre la materia<sup>222</sup> cuando concurren dos elementos cumu-

<sup>216</sup> Sobre el comercio paralelo *vid. ad ex.* C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Aranzadi, Navarra, 2007.

<sup>217</sup> STJCE de 31 octubre de 1974, C-16/74, *Centrafarm*, ECLI:EU:C:1974:115.

<sup>218</sup> A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho...”, p. 118.

<sup>219</sup> Primera Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (89/107/CEE). DOCE núm. 40, de 11 de febrero de 1989.

<sup>220</sup> Para un comentario sobre este artículo *vid.* P. MARTÍN ARESTI, “Art. 36, agotamiento del derecho de marca”, en A. BERCOVITZ CANO (Dir.)/ J.A GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008, pp. 575-600.

<sup>221</sup> *Vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “La utilización de una marca por empresa distinta del titular, como medio de publicitar la reventa o la reparación de productos previamente comercializados por el titular de la misma”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 201, 1999, pp. 59-67; M. BOTANA AGRA, “El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con cafeína”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, nº 9, 1992, pp. 41 y ss.; T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, MADRID, 2001, pp. 371-391; A. GARCÍA VIDAL, “El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *ADI*, 20, 1999; M. LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.

<sup>222</sup> Entre muchas *vid. ad ex.* STJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, *Silhouette International Schmied*, EU:C:1998:374; STJCE de 30 de noviembre de 2004, C-16/03, *Peak holding*, ECLI:EU:C:2004:759.

lativos. Estos elementos son el argumento clave para el distribuidor independiente que comercializa los productos sin el consentimiento del titular no se considere que vulnera un derecho de marca, estos son: 1) El elemento objetivo; 2) El elemento subjetivo.

- 1) *El elemento objetivo*. Este elemento tendría lugar cuando se produzca la comercialización del producto de forma efectiva en el EEE<sup>223</sup>. El TJUE ha considerado que la importación de las mercancías con la intención de venderlas en el EEE o incluso la oferta de las mismas en su establecimiento o en el de un tercero no implica comercialización del producto<sup>224</sup>. Este Tribunal entiende que la venta debe implicar hacer efectivo el valor económico de la marca<sup>225</sup>. Así, con el mero hecho de poner las mercancías en el mercado no se está transmitiendo al tercero el derecho a disponer de los productos. La admisión de que el derecho se ha agotado con la oferta del producto podría poner en riesgo la función identificadora de la marca (conocimiento del origen empresarial del producto). Del mismo modo, el transporte de las mercancías tampoco se considera como comercialización del producto a efectos del agotamiento comunitario del derecho de marca<sup>226</sup>. Una vez el agotamiento se produce, el titular de la marca tampoco podría evitar que terceros ajenos a su red de distribución oficial y que disponen de los productos con su marca, puedan anunciar al público la comercialización ulterior de los productos<sup>227</sup>. Siempre y cuando esos usos no induzcan a confusión respecto del origen o dañen la reputación la marca<sup>228</sup>.
- 2) *El elemento subjetivo*. Como se ha señalado, es necesario una primera venta en el EEE, pero ésta debe realizarse por el titular del signo distintivo<sup>229</sup> o por un tercero que cuente con el consentimiento del titular. Cuando es el titular el que comercializa el producto no hay mayor problema respecto a si el consentimiento ha sido prestado. Los problemas aparecen cuando es un tercero el que debe comercializar por primera vez el producto.

**128.** De los numerosos litigios que han existido en relación al consentimiento del titular del signo cuando la primera comercialización la realiza un tercero, el TJUE ha considerado que el consentimiento existe cuando este ha sido otorgado por el titular bien de forma expresa o bien de forma tácita, pero en todo caso de forma inequívoca<sup>230</sup>. Un ejemplo de consentimiento prestado por el titular puede tener lugar cuando la primera comercialización la lleva a cabo un tercero económicamente vinculado con el titular de la marca, como podría ser un licenciario<sup>231</sup>. De este modo, el consentimiento tácito no se debe dar por supuesto en los siguientes casos<sup>232</sup>:

- 1) Cuando el titular no haya comunicado su oposición de comercializar en el EEE;

<sup>223</sup> SSTJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, *Silhouette International Schmied*, EU:C:1998:374, apartado 26; de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartados 32 y 33, y de 18 de octubre de 2005, C-405/03, *Class International*, EU:C:2005:616, apartado 33.

<sup>224</sup> STJCE de 30 de noviembre de 2004, C-16/03, *Peak holding*, ECLI:EU:C:2004:759.

<sup>225</sup> *Ibidem*, apartado 40.

<sup>226</sup> STJCE de 23 de octubre de 2003, C-115/02, *Rioglass*, ECLI:EU:C:2003:587, apartado 27; STJCE de 9 de noviembre de 2006, *Montex Holdings/Diesel*, C-281/05, ECLI:EU:C:2006:709, apartado 33.

<sup>227</sup> STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 36.

<sup>228</sup> *Ibidem*, apartado 59.

<sup>229</sup> A efectos del agotamiento europeo del derecho de marca se considera titular la persona física o jurídica que ha registrado la marca. También se consideraría titular a una empresa perteneciente al mismo grupo del titular de la marca y están económicamente vinculados. *Id.*, STJCE de 22 de junio de 1994, C-9/93, *Ideal Standard*, ECLI:EU:C:1994:261, apartado 34.

<sup>230</sup> STJCE de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartado 45; STJUE de 3 de junio de 2010, *Coty Prestige Lancaster Group GmbH/Simex Trading AG*, C-127/09, ECLI:EU:C:2010:313, apartados 45-48.

<sup>231</sup> STJUE de 23 abril 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 43; STJUE de 15 octubre 2009, C-324/08, *Makro*, ECLI:EU:C:2009:633, apartado 24.

<sup>232</sup> STJCE de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartado 60.

- 2) Cuando los productos no incluyen indicaciones de prohibición de comercialización dentro del EEE;
- 3) Cuando el titular haya transmitido la propiedad de los productos designados con la marca sin imponer reservas contractuales en lo referente a su posterior comercialización en el EEE.

Uno de los supuestos más controvertidos surge cuando las mercancías deben ser vendidas fuera del EEE, pero el distribuidor/licenciatario infringe esta prohibición y las acaba vendiendo dentro del EEE. Ante esta situación cabría preguntarse si el derecho de marca podría considerarse agotado, por entender que existe consentimiento del titular, a pesar de que este prohíbe contractualmente la venta de las mercancías en el EEE. La solución del Tribunal de Justicia ha sido clara, si el licenciatario infringe el contrato y vende las mercancías dentro EEE cuando las debería comercializarlas fuera del EEE, el agotamiento se habría producido conforme al art. 7.1 de la Directiva 2008/95/CE de marcas (actual art. 15.1 de la Directiva 2015/2436), ya que se considera que ha existido consentimiento<sup>233</sup>. El razonamiento descansa en que la ilegalidad de la infracción de la cláusula de comercializar fuera del territorio estipulado no se deriva del derecho de marca sino de una disposición contractual establecida por las partes, por lo que se trataría de un incumplimiento contractual y no de una infracción marcaria.

**129.** También otro supuesto relevante en relación con las licencias es respecto a la calidad de los productos designados con la marca y que el licenciatario fabrica y comercializa. Hay asuntos en los que el titular de la marca se ha opuesto al agotamiento del derecho de marca cuando un licenciatario ya había vendido por vez primera los productos en el EEE debido a que consideraba que dichos productos carecían de la calidad suficiente para ser designados con su marca y que no había existido consentimiento en atención al art. 15.1 de la Directiva 2015/2436. Sin embargo, hay que tener presente que si el titular de la marca, el cual tiene posibilidad de controlar la calidad de los productos que fabrica su licenciatario, no pone objeción al respecto y tolera la venta de productos de mala calidad con su marca, posteriormente no podría alegar la prohibición de la reventa de esos productos en base a esa mala calidad y oponerse al agotamiento del derecho de marca<sup>234</sup>. No obstante, esto siempre puede tener matices y hay que tener muy presente las disposiciones del contrato de licencia, ya que un contrato de licencia no es un consentimiento absoluto por parte del titular de la marca<sup>235</sup>.

**130.** Para concluir sobre en qué casos un derecho de marca se considera agotado, si concurren estos dos elementos (comercialización y consentimiento del titular), el agotamiento del derecho de marca tendrá lugar y el titular del signo no podría oponerse a la reventa del producto. Su *ius prohibendi* decae. Debido a que el agotamiento del derecho de marca es una limitación del derecho de marca estos dos elementos mencionados deben interpretarse de forma restrictiva<sup>236</sup>.

**131.** En definitiva, el agotamiento del derecho de marca limita el derecho de exclusiva del titular en aras de que la libre circulación de mercancías pueda ser efectiva y evitar así la compartimentación de los mercados nacionales. El hecho de que el titular de la marca sea el primero que introduzca el producto (bien él mismo o un tercero con su consentimiento) en el EEE, permite garantizar la función esencial del signo. Es decir, que el consumidor pueda conocer el origen empresarial del producto.

### C) Las excepciones al agotamiento del Derecho de marca

**132.** El agotamiento de los derechos de propiedad industrial no es ilimitado. Existen causas legítimas que permiten al titular hacer valer su derecho de exclusiva, aunque incluso el producto ya se

<sup>233</sup> STJCE de 30 de noviembre de 2004, *Peak holding*, C-16/03, ECLI:EU:C:2004:759, apartado 56.

<sup>234</sup> STJCE de 22 de junio de 1994, C-9/93, *Ideal Standard*, ECLI:EU:C:1994:261, apartado 38.

<sup>235</sup> STJUE de 23 abril 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 47.

<sup>236</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. PAOLO MENGGOZZI presentadas el 12 de septiembre de 2017, C-291/16, ECLI:EU:C:2017:666, apartado 29.

haya comercializado y el derecho esté agotado. Así se establece en el art. 15.2 de la Directiva 2015/2436 y en el art. 15.2 del RMUE. Esta excepción permitiría que el titular de la marca se oponga a la reventa de su producto en el EEE y podría ser la vía para prohibir la reventa de productos de marca mediante el comercio paralelo.

**133.** En el citado art. 15.2 RMUE no se recoge una lista *numerus clausus* de causas que son consideradas excepción al agotamiento. De este modo, los motivos legítimos para exceptuar el agotamiento del derecho de marca varían en función del caso concreto<sup>237</sup> pudiendo alegarse cualquier motivo que en atención a las circunstancias lesione la indicación del origen empresarial del producto o, en conexión con la anterior, otras funciones como la calidad o la reputación de la marca.

No obstante, sí que se precisa al menos un motivo tanto en la Directiva como en el Reglamento y es “*la alteración o modificación de los productos tras su comercialización*”. El cambio del paquete o envase de un producto realizado por el importador paralelo ha sido considerado como una modificación del producto y por lo tanto una excepción al agotamiento en diferentes ocasiones<sup>238</sup>. Esta podemos decir que es la regla general. El titular de un derecho de marca puede oponerse al cambio del envase o paquete de su producto. Sin embargo, esta regla general se ha modulado a favor de la libre circulación de mercancías en el EEE<sup>239</sup>. Así, un importador paralelo podría modificar el paquete o embalaje de un producto si cumple las siguientes condiciones<sup>240</sup>: 1) Se acredite que esa oposición del titular a la comercialización de los productos reenvasados contribuiría a compartimentar artificialmente los mercados entre Estados miembros.;2) El estado original del producto no se ve afectado por el cambio de embalaje; 3) El nuevo embalaje establece claramente quién es el autor del mismo y el fabricante de este;4) La presentación del producto no perjudica la reputación de la marca ni la de su titular;5) El importador avisa al titular de la marca antes de la comercialización del producto reenvasado y además, le proporciona un ejemplar del producto reenvasado.

En el caso de que se cumplan estos cinco criterios el titular de la marca no podría oponerse a un cambio o modificación en el paquete o envase de su producto.

Junto con esta excepción sería posible señalar otro motivo que haría renacer el derecho de marca, el cual es de especial relevancia en el asunto que nos ocupa y es el motivo basado en el daño al prestigio y reputación de una marca.

Hay que tener en cuenta que la excepción al agotamiento sólo puede ser invocada por el titular frente a operadores económicos, respecto a mercancías que estén en el mercado y en el contexto de una actividad mercantil<sup>241</sup>. Así, un titular de una marca no podría hacer valer su derecho de marca frente a una persona física que ha comprado un producto de una marca de lujo, lo ha modificado y lo vende en el marco de una actividad privada. Cuestión diferente es cuando esa persona física por el volumen, frecuencia de la actividad y otras circunstancias, se pueda dejar de considerar que actúa en el ámbito privado y que realmente actúa como un operador más en el tráfico económico. En este último supuesto el titular de la marca podrá invocar su derecho de marca.

**134.** En atención al objeto del presente trabajo, los motivos legítimos de excepción del agotamiento que se van a analizar serían: 1) La modificación del producto; 2) Vínculo que genera el tercero respecto al titular de la marca; 3) El daño a la reputación y al prestigio de la marca.

### **135. a) La modificación del producto.**

<sup>237</sup> A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho...”, p. 127.

<sup>238</sup> STJCE de 23 de mayo de 1978, as. 102/77, *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1978:108; STJCE de 10 de octubre de 1978, *Centrafarm*, ECLI:EU:C:1978:174; STJCE de 3 de diciembre de 1981, *Heher*, as. 1/81, ECLI:EU:C:1981:291; STJCE de 11 de julio de 1996, asuntos acumulados C -427/93, C-429/93 y C-436/93, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, ECLI:EU:C:1996:282.

<sup>239</sup> Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, “Las importaciones paralelas y el reetiquetado de productos (comentario a la STJUE de 17 de mayo de 2018, C-642/16)”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, nº 23, 2018, pp. 1-9.

<sup>240</sup> STJCE de 11 de julio de 1996, asuntos acumulados C -427/93, C-429/93 y C-436/93, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, ECLI:EU:C:1996:282, apartado 79; STJCE de 22 de diciembre de 2008, C- 276/05, ECLI:EU:C:2008:756, apartado 23.

<sup>241</sup> STJUE de 12 de julio de 2011, *L’Oreal vs. Ebay*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 54.

**136.** Como se ha señalado el único motivo legítimo que se recoge de forma expresa tanto en la actual Directiva de marcas como en el RMUE en sus respectivos artículos 15.2 es el relativo a la modificación o alteración del producto tras su comercialización sin autorización del titular de la marca. Y en esa línea, el TJUE lo ha confirmado, y es que el titular de la marca tiene derecho a que el producto llegue al destinatario final tal y como el titular lo introdujo en el mercado<sup>242</sup>. De este modo, una modificación o alteración del producto que lesionara algunas de las funciones de la marca (no sólo la función identificadora del origen) implicaría una excepción al agotamiento del derecho de marca. Son las circunstancias del caso concreto las que permitirán determinar si verdaderamente existe motivo legítimo que haga renacer ese derecho de marca.

**137.** Uno de los problemas más recurrentes en la práctica en relación al comercio paralelo y el agotamiento del derecho de marca y la posibilidad de que prospere la excepción de la modificación del producto es en relación al cambio o modificación del paquete o envase. Esto es así porque el cambio del paquete, envase, etiqueta o marca realizado por el importador o distribuidor paralelo ha sido considerado como una “modificación del producto” y por lo tanto una excepción al agotamiento en diferentes ocasiones<sup>243</sup>. Esta podemos decir que ha sido la regla general en la primera jurisprudencia del TJUE en la materia. El titular de un derecho de marca podía oponerse al cambio del envase o paquete de su producto en base a su derecho de marca. Esto es así porque estos cambios se consideraba que afectaban al objeto específico del derecho de marca y también a la garantía de procedencia del producto<sup>244</sup>. Sin embargo, esta regla general se ha ido modulando por el TJUE a favor del comercio paralelo, ya que sin cambio de envase o paquete el comerciante paralelo no podría comercializar el producto en ese mercado<sup>245</sup>. Actualmente, el titular de una marca no va a poder oponerse al reetiquetado, reenvasado o remarcado de su producto cuando el importador paralelo acredite los siguientes extremos:

- a) *La intención de la compartimentación de los mercados por parte del titular de la marca.* Esto sucede cuando el titular de la marca ha envasado productos idénticos con diferentes embalajes o etiquetas en función del mercado de destino, y además, el cambio del envase por el importador es necesario y no afecta al estado original del producto<sup>246</sup>. Sobre el importador paralelo no recae la carga de probar que el titular de la marca ha intentado deliberadamente compartimentar los mercados. El importador paralelo lo que debe probar son dos extremos: 1) que el titular de la marca utiliza diferentes embalajes o etiquetas en función del mercado de destino; 2) que el cambio realizado en el paquete o envase es necesario y no afecta al estado original del producto.
- b) *El reenvasado o reetiquetado no afecta al estado original del producto.* El TJUE ha considerado “que los en los casos en los que el titular ha comercializado el producto en un doble embalaje y el reenvasado sólo afecta al embalaje exterior, dejando intacto el embalaje interior, o cuando el reenvasado es controlado por una autoridad pública con el fin de garantizar la integridad del producto” no es posible que se altere el estado original del producto<sup>247</sup>. Dicha alteración tampoco se produciría en los casos en los que el importador paralelo ha

<sup>242</sup> STJCE de 28 de mayo de 1978, as.102/77, *Hoffman-La Roche*, ECLI:EU:C:1978:58.

<sup>243</sup> STJCE de 23 de mayo de 1978, *Hoffmann-La Roche*, as. 102/77, ECLI:EU:C:1978:108; STJCE de 10 de octubre de 1978, *Centrafarm*, as. 3/78, ECLI:EU:C:1978:174; STJCE de 3 de diciembre de 1981, *Eurim-Pharm*, ECLI:EU:C:1981:291; STJCE de 11 de julio de 1996, *Brystol Myers*, C- C-427/93, C-429/93 y C-436/93. ECLI:EU:C:1996:282.

<sup>244</sup> STJUE de 10 de noviembre de 2016, C-297/15, ECLI:C:2016:857, apartado 14.

<sup>245</sup> Hay que tener en cuenta que cada sociedad, cada zona del mundo acepta unos envases y/o paquetes y no otros. La percepción de los envases por el mercado de destino es muy particular y las marcas lo saben. Por ejemplo, la marca de origen alemán Nivea, tuvo que cambiar su envase en forma de lata para que sus productos fueran aceptados como crema para el cuerpo en países como Inglaterra. Una crema para el cuerpo en una lata se concebía en dicho país como betún para los zapatos y no como un producto para el cuerpo. Las marcas adaptan sus botes de perfumes, sus recargas en función casi del país de comercialización. Esto hace que el comerciante paralelo, en ocasiones, deba modificar envases y/o paquetes para que la importación paralela pueda tener éxito.

<sup>246</sup> STJCE de 11 de julio de 1996, *Brystol Myers*, C- C-427/93, C-429/93 y C-436/93. ECLI:EU:C:1996:282, apartado 79.

<sup>247</sup> STJCE de 11 de julio de 1996, *Brystol Myers*, C- C-427/93, C-429/93 y C-436/93. ECLI:EU:C:1996:282, apartado 60

retirado los blísteres o los frascos del embalaje exterior de origen y los ha colocado en un nuevo embalaje exterior. Al igual que en los casos en los que se coloquen etiquetas autoadhesivas en los frascos, tubos, ampollas o inhaladores, o se añadan nuevos prospectos o folletos informativos al embalaje redactados en la lengua del Estado de importación<sup>248</sup>. Así, añadir una etiqueta autoadhesiva a un embalaje en una parte donde no se tapa la marca ni ningún otro elemento del embalaje no es un “reenvasado” para el TJUE<sup>249</sup>.

- c) *El nuevo envoltorio identifica al autor y al fabricante del nuevo embalaje o etiqueta*. El TJUE consideró que el titular de una marca no se puede oponer, en base al art. 7.2 de la primera Directiva de marcas (actual art. 15.2 Directiva 2014/2436) a la comercialización de un producto en cuyo nuevo embalaje aparece como reenvasador la empresa que es titular de la autorización de comercialización del producto y no la empresa que, por encargo, efectivamente reenvasó dicho producto. Al consumidor no se le perjudica ni se le induce a error por el hecho de que aparezca la empresa que ha dado las instrucciones para el cambio y no la empresa que efectivamente ha sido la encargada de realizarlo. Sobre la necesidad de que aparezca el autor del nuevo embalaje<sup>250</sup>.
- d) *El titular de la marca ha sido avisado de los cambios y se le ha facilitado una muestra del nuevo envase o etiqueta*<sup>251</sup>;
- e) *La nueva presentación del producto no daña la reputación ni la imagen de la marca o la de su titular*<sup>252</sup>. En el caso de productos farmacéuticos se debe guardar especial cuidado con la forma de presentar el producto. Así, un embalaje defectuoso, de mala calidad o descuidado puede no inspirar confianza en el consumidor. En los fármacos esto es crucial. En estos casos el público es exigente al estar estrechamente relacionados con la salud. De este modo, estos aspectos deben ser tenidos en cuenta por el importador paralelo cuando modifique el envase, embalaje o etiqueta. El TJUE ha distinguido en qué medida se debía cuidar el envase en función de si el medicamento iba dirigido a los hospitales o se vendía directamente al consumidor. De igual modo, el titular también podrá oponerse a la modificación en los casos en los que las nuevas etiquetas o envases afecten a la imagen de la marca dañando su seriedad y la calidad inherente al producto y la confianza de los consumidores<sup>253</sup>. Además, actuaciones del distribuidor paralelo como no incluir la marca en el embalaje exterior, poner su propio logotipo, estilo o presentación en el nuevo embalaje exterior, la adhesión de una etiqueta adicional que oculte total o parcialmente una de las marcas del titular e imprimir su nombre en letras mayúsculas pueden permitir la oposición del titular por perjudicar la reputación del marca<sup>254</sup>. Sin embargo, en el supuesto de que el distribuidor independiente

Por lo tanto, la oposición al reetiquetado o reenvasado no será posible por el titular del derecho de marca cuando el importador paralelo prueba los criterios anteriores. De este modo, la regla general es que la carga de la prueba recae sobre el importador paralelo<sup>255</sup>. No obstante, hay aspectos que son difíciles de probar desde la posición que ocupa el comerciante paralelo *ad ex.*, que el reetiquetado o reenvasado no dañe la imagen o reputación de la marca. Así, en estos casos, el TJUE ha considerado que bastaría con que el importador paralelo presentara pruebas suficientes para poder presumir que dicho requisito se cumpliría, recayendo sobre el titular la obligación de probar lo contrario<sup>256</sup>.

<sup>248</sup> *Ibidem*, apartados 61 y 64

<sup>249</sup> STJUE de 17 de mayo de 2018, *Junek Europ-Vertrieb*, C-642/16, ECLI:EU:C:2018:322, apartados 35.

<sup>250</sup> STJUE de 28 de julio de 2011, *Orifarm y Paranova Danmark/Merck*, C-400/09 y C-207/10, Rec. 2011, p. I-0000, apartado 36. Sobre la necesidad de que aparezca el autor del nuevo embalaje *vid.* FORNI, F, “Il Farmaco di importazione parallela ha trovato l’autore del suo riconfezionamento”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, LII, nº 1-2, 2013, pp. 113-118.

<sup>251</sup> STJCE de 11 de julio de 1996, *Bristol Myers*, C- C-427/93, C-429/93 y C-436/93. ECLI:EU:C:1996:282, apartado 78.

<sup>252</sup> *Ibidem*, apartado 76

<sup>253</sup> STJCE de 26 de abril de 2007, *Boehringer II*, C-348/04, EU:C:2007:249, apartado 43; STJCE de 4 de noviembre de 1997, *Parfums Christian Dior*, C- 337/95, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 45

<sup>254</sup> STJCE de 26 de abril de 2007, *Boehringer II*, C-348/04, EU:C:2007:249, apartados 45-47.

<sup>255</sup> *Ibidem*, apartado 48.

<sup>256</sup> *Idem*, apartados 48-54.

**138. b)** *El vínculo que genera el tercero respecto con el titular de la marca.* Este motivo de excepción al agotamiento tendría lugar cuando el tercero comerciante mediante una comunicación comercial (un anuncio en internet, un *post* en una red social, etc.) dé la impresión de que existe un vínculo entre él y el titular de la marca. En particular, esta situación tendría lugar cuando con sus actuaciones el tercero genere la impresión al consumidor de que ese tercero bien pertenece a la red oficial de distribución del titular de la marca o que existe una relación especial entre ambas empresas<sup>257</sup>. De este modo, el titular puede hacer valer su derecho de marca una vez agotado debido a que se dañaría la función esencial de la marca en los casos en los que el tercero usa una marca ajena igual o similar a otra registrada como palabra clave en motores de búsqueda y en relación a ese uso que el tercero realiza, el consumidor medio razonablemente atento y perspicaz no puede saber si ese anuncio procede del titular de la marca, de una empresa vinculada con el titular o de un tercero que no guarda ninguna relación con el titular de la marca<sup>258</sup>.

**139. c)** *El daño a la reputación y prestigio de la marca.* Otro motivo en el que el titular del signo distintivo puede basarse para alegar la excepción al agotamiento del derecho de marca sería que esa comercialización posterior de los productos por parte del distribuidor paralelo sin su consentimiento dañe la reputación e imagen de marca. Este motivo de dañar el prestigio y reputación de la marca se podría sustentar en algunas de las siguientes actuaciones realizadas por el tercero:

- a) El modo en el que se comercializan los productos.
- b) La forma en la que se hace publicidad de ese producto.

**140.** En relación a la comercialización de los productos de lujo, los cuales son los que suelen ser objeto principalmente del comercio paralelo, se distribuyen por regla general mediante sistemas muy cuidados, generalmente sistemas de distribución selectiva que permiten proteger el *glamour* y prestigio de la marca<sup>259</sup>. Así, cabe plantearse si la venta descuidada de un producto de lujo podría implicar un motivo legítimo para que el derecho de marca renaciera conforme al art. 15.2 del RMUE. La base jurídica en la que podría apoyar el titular su argumento sería que tal forma de comercializar parte de su producto tan alejada (*ad ex.*, sin servicio preventa y postventa) de su forma habitual de distribución podría implicar una lesión de su derecho de marca, y por lo tanto que renaciera su derecho, debido a que el consumidor al poder encontrar un producto con su marca así comercializado podría dar lugar a que el consumidor haga asociaciones negativas de su marca y dañe su función reputacional.

No obstante, se deberá atender al caso concreto porque el mero hecho de vender productos de lujo fuera de la red oficial de distribución no implica de forma automática que se dañe la reputación de la marca, siendo necesario atender al caso concreto. El TJUE estableció en el asunto *Dior Couture* de 2009 que la venta fuera de la red puede menoscabar la calidad de los productos de marca, pero para que “la posibilidad de daño” se convierta en un daño real que menoscabe la reputación de la marca es necesario tener en cuenta aspectos como quiénes son los destinatarios de los productos y las condiciones de ese sistema concreto de distribución selectiva<sup>260</sup>.

**141.** Al hilo de lo sostenido por el propio TJUE en incontables ocasiones, el tribunal nacional es el que debe comprobar si las circunstancias concretas del caso permiten apreciarlo como motivo legítimo de excepción de agotamiento. Los tribunales españoles en diferentes sentencias han considerado que la comercialización de productos de marca por distribuidores no pertenecientes a la red oficial es un motivo legítimo de excepción del agotamiento contemplado en el art. 36.2 LM debido a que vulnera el prestigio de la marca<sup>261</sup>. Sin embargo, este reconocimiento no significa que la comercialización fuera de

<sup>257</sup> STJUE de 8 de julio de 2010, C-558/08, *Portakabin*, ECLI:EU:C:2010:416, apartado 80.

<sup>258</sup> *Ibidem*, apartado 81.

<sup>259</sup> Sobre este particular, sin carácter exhaustivo, *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, “La configuración de la venta on line de productos de lujo en los sistemas de distribución selectiva”, Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT), Vol. 11, nº2, pp. 402-413, en particular pp. 403-404.

<sup>260</sup> STJCE de 23 de abril de 2009, *Copad SA/Christian Dior couture SA*, asunto C-59/08, *Rec.* 2009, p. I-03421, apartado 58.

<sup>261</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 4ª) de 20 de octubre de 2003, *Clarins Paris/Supermercados*

la red en sistemas de distribución selectiva constituya *per se* un motivo legítimo para prohibir las ulteriores comercializaciones de los productos de marca una vez agotado este derecho<sup>262</sup>. De este modo, las circunstancias del caso son importantes, es decir, los destinatarios de las ventas, su volumen y frecuencia, la naturaleza del producto, la trayectoria del revendedor, es decir, su prestigio, su modo de operar, en definitiva, el establecimiento donde vende el producto, si utiliza servicio preventa y posventa, etc.<sup>263</sup>.

**142.** Respecto a la excepción del agotamiento basada en la lesión de la marca por la publicidad que realiza el distribuidor paralelo señalar que el tercero que comercializa un producto de marca agotado va a estar también facultado para hacer publicidad de dicho producto. Como ya hemos estudiado, el derecho de marca se agota con la primera comercialización y con él también la posibilidad del titular de oponerse a que un tercero realice publicidad de su marca con el fin de revender los productos. De este modo, el TJUE sostuvo en el asunto *Parfums Christian Dior* de 1997 que el titular de la marca no va a poder invocar la excepción del art. 7.2 de la Primera Directiva de marcas (actual art. 15.2 de la Directiva 2436/2015, los cuales se corresponden con el art. 15.2 del RMUE ) por el hecho de que el vendedor haga publicidad de los productos mediante las vías específicas de su sector de actividad<sup>264</sup>, a pesar de que dicha forma de publicitar no se corresponda con la que realizan los distribuidores oficiales de la marca. No obstante, una excepción al respecto tiene lugar cuando el titular de la marca pueda probar que la publicidad que realiza el revendedor independiente menoscabe la reputación de la marca. *Ad ex.* cuando el revendedor coloca la marca en su folleto publicitario junto con otros productos que puede entrañar el riesgo de desvalorizar gravemente la imagen que el titular ha logrado transmitir con su signo en el mercado<sup>265</sup>. Sin embargo, del mismo modo que se sostenía en el apartado anterior, cuan lujoso y prestigioso sea el producto y el tipo de publicidad realizada por el revendedor será lo que demuestre la necesidad de hacer valer la excepción al agotamiento en función de si dichas actuaciones son aptas o no para menoscabar o degradar la reputación de la marca

- j) En definitiva, para hacer valer este motivo son claves las circunstancias del caso porque son las que permiten hacer factible este motivo o no. Cuanto más lujosa sea una marca más fácil podría ser recobrar el *ius prohibendi*, ya que las técnicas de venta de estos productos son más necesarias para preservar el halo de *glamour* y prestigio.

### 3. La competencia desleal como vía para combatir el comercio paralelo

**143.** El titular de la marca y/ o titular de la red de distribución oficial al igual que miembros de la red oficial de distribución pueden emprender acciones contra el revendedor independiente o distribuidor paralelo por considerar que sus actos infringen la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal española (en adelante, LCD)<sup>266</sup>.

- k) En particular se pueden destacar cinco ilícitos recogidos en el articulado de la l que podrían llevarse a cabo contra el *free rider*. Estos son los siguientes:

---

*Sabeco*, núm. 558/2003, (AC 2003/1693), FD 5; Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (Secc. 28ª) de 5 de octubre de 2006, *Bulgar y Hevige Distribución S.L/Makro Autoservicio Mayorista S.A.*, núm. 140/2006, (JUR 2007,54756), FD 3º; Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª), *L'oreal y otros/Univexva S.L*, núm. 352/2008 de 14 octubre (JUR 2009,26671), FD 8.

<sup>262</sup> STS de 22 de abril de 2006, nº 267/2016, ECLI:ES:TS:2016:1669, FD 6º.

<sup>263</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, *La distribución selectiva...*, p. 188.

<sup>264</sup> STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 46. *Vid.* P. MARTÍN ARESTI, “Art. 36, agotamiento...”, pp. 598-600.

<sup>265</sup> STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 47.

<sup>266</sup> BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991. Modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre (BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009) con el fin de adaptar la LCD a la Directiva 2005/99/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (DO L 149, 1 de junio de 2005).

1. *Actos de engaño*. El art. 5.1 de la LCD establece que una conducta es desleal por ser engañosa cuando implica el uso o la difusión de información falsa o incorrecta o la omisión de la verdadera, y lleve a error a los destinatarios de dicha información pudiendo alterar su comportamiento económico en relación a aspectos como la naturaleza, características, modo de fabricación o distribución del bien o servicio, la existencia o no de servicio posventa, entre otros aspectos<sup>267</sup>.

Un importador paralelo puede inducir a error a los compradores de los productos que revende al margen de la red oficial cuando les hace creer que pertenece a la red oficial, y que por tanto, tienen derecho a un servicio posventa<sup>268</sup>. Estos actos de engaño pueden ser más frecuentes en la distribución selectiva debido a que los productos que se distribuyen mediante este tipo de distribución son los que suelen requerir de servicios posventa.

Sin embargo, cuando el cliente sea consciente de que no está adquiriendo el producto de un distribuidor oficial, y que el servicio posventa no le va a ser prestado no existe deslealtad en el comportamiento debido a que no existe engaño. Así, si el distribuidor independiente informa de su condición a sus consumidores o si un consumidor razonablemente informado puede deducir fácilmente de la forma de venta de los productos (ausencia de publicidad, características del local o la atención al cliente) que quien se los vende no es un distribuidor oficial no existirá ilícito bajo la LCD<sup>269</sup>. Para la citada Ley, existe un acto de engaño de acuerdo al art. 5 no sólo si tiene lugar el acto de engaño propiamente dicho sino que además la conducta del importador paralelo debe alterar el comportamiento económico de los clientes<sup>270</sup>. Es decir, el cliente a consecuencia de la información falsa o veraz que induce a error, decide adquirir los productos del distribuidor independiente y no del distribuidor oficial.

2. *Riesgo de asociación*. El art. 6.2 LCD recoge el riesgo de asociación, el que está íntimamente relacionado con los actos de engaño puesto que en ambos se lleva a error al destinatario. La diferencia entre ambos tipos radica en que en el supuesto de en el caso de la asociación, el error se refiere a la identidad del oferente. El ilícito de la conducta está en hacer que el consumidor asocie indebidamente la procedencia de la prestación<sup>271</sup>. En relación al comercio paralelo puede tener lugar el ilícito cuando el *free rider* vende productos de marca de un fabricante en su establecimiento y esos productos contienen una leyenda en el reverso de los productos señalando que los productos únicamente pueden ser vendidos por distribuidores autorizados<sup>272</sup>. Esto puede hacer que el consumidor asocie erróneamente la procedencia de los productos. No obstante, al igual que en los actos de engaño, un consumidor medianamente informado podría detectar fácilmente que está adquiriendo el producto de un revendedor no oficial por la simple forma de presentación de los productos, la atención y el servicio recibido o los servicios posventa que le ofrece, si es que llega a ofrecerlos. De este modo, si el cliente tiene conocimiento de que no está comprando el producto a un distribuidor oficial no existiría riesgo de asociación.

<sup>267</sup> Para un estudio más detallado del artículo 5 LCD *vid.* J.A GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “Art. 5 LCD. Actos de engaño”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 118-142; C. LEMA DEVESA, “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en J.A GÓMEZ SEGADÉ/ A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 355 y ss; A. TATO PLAZA/ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/ C. HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010; A. ZURIMENDI ISLA, “Actos de engaño”, en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 95 y ss.

<sup>268</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)”, en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 174.

<sup>269</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...”, p. 174.

<sup>270</sup> *Vid.* J. A GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “Comentario al art. 5 LCD...”, pp. 128 y 131.

<sup>271</sup> Para un mayor detalle sobre el art. 6 LCD *vid.* M<sup>a</sup>. M. CURTO POLO, “Artículo 6. Actos...”, pp. 143-153; V. MAMBRILLA RIVERA, “Prácticas comerciales y competencia desleal. Estudio del Derecho comunitario, europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (Incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal)(Y tercera parte)”, *Red*, núm. 6, 2010, p. 75 y ss; J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; M. MONTIAGUDO, “El riesgo de confusión en el Derecho de marcas y en el Derecho contra la Competencia Desleal”, *ADI*, 1993, p. 73 y ss; J. VIERA GONZÁLEZ, “Los actos de confusión e imitación en el Proyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal”, *Red*, núm. 6, 2010, p. 153 y ss.

<sup>272</sup> *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...”, p. 173.

3. *Aprovechamiento de la reputación ajena.* El art. 12 LCD establece que es una conducta desleal el aprovechamiento de la reputación ajena<sup>273</sup>. Este aprovechamiento nace cuando se saca partido de la reputación como profesional de otro en el mercado. Esto suele materializarse mediante el uso de signos distintivos de otros comerciantes. Es esto lo que sucede en el comercio paralelo de productos de marca. El *free rider* se aprovecha del prestigio de la marca y de la publicidad como estrategia comercial. Aunque en realidad, como sostiene acertadamente C. GÓRRIZ LÓPEZ, dicho aprovechamiento de la reputación ajena es inevitable debido a que la misma va asociada a la marca<sup>274</sup>. De este modo, cuando el derecho exclusivo de marca está agotado, dicho aprovechamiento no será desleal<sup>275</sup>. Sin embargo, es interesante la visión del profesor F. CARBAJO CASCÓN que considera que dicho aprovechamiento de la reputación ajena no es inevitable en el caso de la distribución selectiva donde está expresamente prohibida la reventa a terceros ajenos a la red, provocando dicha cláusula la prohibición del comercio paralelo y siendo permitida tal prohibición por las normas de competencia<sup>276</sup>.

Por otro lado, relacionado con lo anterior, el distribuidor paralelo como comerciante diligente, está en la obligación de saber que la venta de mercancías al margen de la red no está permitida y que, si lo hace, podría ser sancionado por ser un acto contrario a la buena fe (art. 4 LCD). De hecho, es cierto que no es difícil para el distribuidor independiente saber que el comercio paralelo está prohibido para determinados productos, únicamente hay que leer las leyendas de los envases de determinados productos objetos de distribución selectiva en los que se advierte que su comercialización sólo está permitida para distribuidores autorizados<sup>277</sup>. Esta visión, a pesar de su coherencia y racionalidad, podría carecer de cierto pragmatismo. El conocimiento de los comerciantes paralelos de la prohibición del comercio paralelo y de que sus ventas pueden perturbar una red de distribución es evidente. Pero también lo es que la reputación del empresario es inherente a su marca. El problema radica en que si el derecho de marca está agotado, quizás el ilícito basado en la buena fe se queda un poco corto para conseguir una condena por competencia desleal si no hay ilícito por aprovechamiento de la reputación ajena. No obstante, este artículo 4 LCD también podría ser utilizado para perseguir actos que perturban el prestigio de la marca, como en el caso de productos de alta tecnología o de lujo que son vendidos por comerciantes no cualificados en locales que no se adaptan a las necesidades que requieren dichos productos<sup>278</sup>.

4. *Inducción a una infracción contractual y aprovechamiento de la misma.* Por un lado, el art. 14.1 LDC señala el ilícito de inducir a otro a incumplir deberes básicos de un contrato. Un claro ejemplo podría ser como el distribuidor independiente induce a un distribuidor autorizado a que no respete la cláusula de no reventa a terceros no autorizados por la red oficial. Por el otro el art. 14.2 LDC en el que se establece que es desleal la inducción a la terminación de un contrato o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena cuando, siendo conocida, vaya acompañada de circunstancias como el engaño, el ánimo de eliminar a un competidor u otras análogas<sup>279</sup>. Respecto al comercio paralelo la primera infracción del art. 14.2 LCD no sería relevante, ya que lo que busca el comerciante paralelo no es la finalización de un contrato sino el incumplimiento del distribuidor oficial para poder acceder a

<sup>273</sup> Para una mayor profundización en el art. 12 LCD vid A. ARROYO APARICIO, “Artículo 12. Explotación de la reputación ajena”, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 317- 350; E. GALÁN CORONA, “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, en A. BERCOVITZ (Coord.), *La Regulación contra la Competencia desleal en la Ley de 10 de enero 1991*, BOE, 1992, p. 91 y ss; J.I RUIZ PERIS, “Una reforma consumerista de la Ley de Competencia Desleal o Reforma no siempre significa mejora”, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, AA VV, J.I RUIZ PERIS (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 13 y ss.

<sup>274</sup> Vid. C. GÓRRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y...*, p. 359

<sup>275</sup> *Ibidem*, pp. 359-360.

<sup>276</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)”, en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 175.

<sup>277</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...”, p. 175.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>279</sup> Para un estudio más detallado sobre el art. 14 LCD vid. E. M<sup>a</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Artículo 14. Inducción a la infracción contractual”, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia desleal*, Aranzadi Thomson-Reuters, 2011, pp. 379- 403; J.A GÓMEZ SEGADÉ/ A. GARCÍA VIDAL (Dir.), *Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, Madrid, 2010; A. TATO PLAZA/ P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/ C. HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2010.

las mercancías<sup>280</sup>. Además, la inducción a la terminación de un contrato es totalmente lícita dentro del correcto funcionamiento del mercado. Es natural que se busque captar clientela o factores de producción de la competencia. El ilícito únicamente tiene lugar cuando las circunstancias que acompañan esa inducción son actuaciones contrarias a la <<buena fe objetiva>>, es decir, se utilice el engaño o malas artes para conseguir la terminación de la relación contractual<sup>281</sup>.

El ilícito del art. 14.1 LCD existe con la mera inducción a la infracción contractual. No es necesario que el inductor consiga su objetivo. Los mayores problemas para que las demandas por infracción de este artículo prosperen es la prueba de la inducción. A pesar de que no se exige prueba plena, ya que puede obtenerse tanto de un dato particular como de un conjunto de circunstancias que rodean una determinada actuación, probar que ha habido tal influencia como para incumplir el contrato puede resultar difícil, especialmente cuando se carecen de documentos que avalen dicha inducción<sup>282</sup>.

Sin embargo, se puede decir que resulta más sencillo la prueba del aprovechamiento ilícito del comerciante paralelo, si siendo conocida, se acompaña con engaño<sup>283</sup>. Un supuesto engaño podría ser cuando el comerciante paralelo se hace pasar por un distribuidor oficial de la red. El aprovechamiento radicaría en el acceso a unos productos que sin esa infracción del contrato por parte del distribuidor oficial no los habría conseguido. Dos serían los aspectos claves de prueba en los que se debería centrar el demandante: 1) que el *free rider* estaba al tanto del incumplimiento del distribuidor oficial. Cuando los productos son identificados mediante códigos numéricos y van acompañados con leyendas que prohíben su reventa a distribuidores no pertenecientes a la red oficial no es muy complicado presumir dicho conocimiento<sup>284</sup>; 2) la deslealtad del distribuidor oficial. En este supuesto con los métodos que normalmente se utilizan en los sistemas de distribución selectiva -codificación de las mercancías, restricciones en las garantías- el problema de prueba puede que no sea tal.

En los casos en los que el titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial considere que se le ha vulnerado su derecho debería acudir a los tribunales haciendo valer la infracción de este junto con la reclamación de actos de competencia desleal. Ante estas reclamaciones, los tribunales españoles solían, tras estimar la infracción marcaria, reconocer los ilícitos por competencia desleal<sup>285</sup>. Este tipo de demandas son habituales en el comercio paralelo de productos de marca al estar tan presentes en el mismo los derechos de propiedad industrial, de un lado, y la lealtad o deslealtad de los comportamientos de los que intervienen, por el otro.

Sin embargo, actualmente existe jurisprudencia al respecto en la que se considera que cuando se estima la infracción de un derecho de propiedad intelectual o industrial, el análisis de los actos de competencia desleal que se invocan no es necesario<sup>286</sup>. La razón es, que con la estimación de la infracción,

<sup>280</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Secc. 1ª) de 22 de enero de 2001, núm. 12/2001, AC 2001/542, en la que se condena a un distribuidor independiente que vendía cosméticos de la marca *Clarins* a indemnizar al titular de la marca y a un distribuidor oficial por los daños y perjuicios que había ocasionado su comportamiento desleal. El tribunal consideró que su comportamiento desleal se derivaba del aprovechamiento en beneficio propio de la infracción contractual ajena (art. 14.2 LCD), del aprovechamiento de la reputación y prestigio de marca ajena (art. 12 LCD) y del riesgo de confusión generado en los consumidores (arts. 6 y 7 LCD) en relación a la reputación y prestigio de los productos pertenecientes a la marca *Clarins*.

<sup>281</sup> Vid. E. Mª DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Artículo 14...”, p. 387.

<sup>282</sup> STS de 11 de julio de 2006, núm. 746, FJ 7 (RJ 2006/4974); SAP de Madrid de 30 de junio de 2008.

<sup>283</sup> Vid. J. MASSAGUER FUENTES, “La protección de los sistemas de distribución selectiva ante las ventas grises” en Homenaje a H. BAYLOS, *Estudios sobre derecho industrial*, Grupo español de la AIPPI, Barcelona, 1992, pp. 469-470.

<sup>284</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en ...”, p. 177.

<sup>285</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 4ª) de 20 de octubre de 2003, *Clarins Paris/Supermercados Sabeco*, núm. 558/2003, AC 2003/1693, FJ 6º en la que tras reconocer una infracción del derecho de marca se reconoce los ilícitos de competencia desleal por actos de engaño (art. 5 LCD), confusión (art. 6 LCD), y explotación de la reputación ajena (art. 12 LCD); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 28) de 5 de octubre de 2006, *Bulgari Spa y Hevige Distribución S.L./Makro Autoservicio Mayorista S.A.*, núm. 140/2006 de 5 octubre JUR 2007/54756, FJ 4 donde se reconoce la infracción del derecho de marca junto con la infracción del distribuidor independiente del art. 14.2 por aprovecharse de un incumplimiento contractual del distribuidor autorizado; Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia (Secc. 9ª) de 5 de octubre de 2007, *Perfumes Loewe S.A, Parfums Christian Dior S.A y LVHM iberia S.L./ Grupo Nokitel S.L.*, núm. 252/2007 de 5 octubre AC 2007/2063, que al igual que las anteriores sentencias, se estima la infracción del derecho de marca y además la infracción por actos de competencia desleal que atentan contra los arts. 6, 7, y 12 LCD.Final del formulario

<sup>286</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Secc.8ª) de 14 de diciembre de 2008, *L’Oreal S.A. y otros/ Univexva S.L.*, núm. 352/2008 de 14 octubre JUR 2009/26671, FJ 9, en el que se recoge lo siguiente: “Ningún pronunciamiento hará este

por ejemplo, de un derecho de marca, ya se están reconociendo a su vez diferentes ilícitos de competencia desleal. Dichos actos de competencia desleal, al quedar incluidos dentro del alcance del derecho exclusivo -confusión y asociación, engaño, aprovechamiento de la reputación ajena-, no hace necesario que se vuelvan a analizar en atención a la LCD. Cuestión diferente es que donde no llegan las normas de los derechos de propiedad industrial e intelectual se utilice el Derecho de la competencia desleal. Esto sucede, *ad ex.*, con la inducción a la infracción de un deber contractual básico (art. 14.1 LCD). Se trata de ilícitos que no se recogen en la ley de marcas pero que, de forma subsidiaria, pueden proteger al titular de las mismas. El carácter complementario del derecho de competencia desleal también se puede apreciar cuando determinados comportamientos no vulneran el derecho exclusivo. Así, *ad ex.* el derecho de marca está agotado y sin embargo el comportamiento del distribuidor independiente puede ser desleal<sup>287</sup>. De este modo, se puede decir que la estimación de la vulneración del derecho de marca convierte en innecesario el análisis de posibles conductas desleales, salvo cuando hagan alusión a otras conductas que no pueden quedar incluidas en la vulneración del derecho exclusivo<sup>288</sup>.

Esta corriente jurisprudencial cobra especial importancia en lo que a la carga de la prueba se refiere. El esfuerzo probatorio del titular de la marca es menor cuando invoca la infracción del signo distintivo que cuando reclama actos desleales. Mientras que en el supuesto de infracción de una marca, al titular le bastará con demostrar un uso indebido de su signo protegido para interponer una demanda, cuando se demandan actos de competencia desleal tiene el deber de probar dichas infracciones, lo cual como se ha señalado en el apartado anterior, no está exento de dificultad<sup>289</sup>.

## XIX. Retos futuros de la industria del lujo y consideraciones finales

**144.** La industria del lujo es una industria económicamente muy potente, las cifras que hemos señalado en el presente estudio así lo reflejan. Es una industria tradicional, donde los valores y la identidad de marca son claves para las empresas del sector, pero al mismo tiempo, persiguen parecer más actuales y cercanas que nunca. Así, se podría afirmar que las empresas del lujo buscan estar presentes en una economía global como la actual. El 2023 fue un año muy positivo en cifras de negocio, de hecho, podrían en estos años postpandemia (2022 y 2023) haber vendido más y haber aumentado sus beneficios, pero entre sus estrategias se encuentra la de retener su crecimiento anual para no crecer un año un 30% y al siguiente un 5%. En 2024 se estimaba un crecimiento en torno al 8%, sin embargo, no ha sido así. La inestabilidad geopolítica a nivel mundial, los vaivenes económicos en algunas áreas del mundo como China, afectada en gran medida por su crisis inmobiliaria y también las subidas de precios generalizadas en casi todos los segmentos de sus productos ha hecho que el lujo (en general, porque hay firmas que sí han crecido en 2024 como Hermès<sup>290</sup>) se estanque e incluso no crezca como venía siendo lo habitual en la última década.

**145.** Un aspecto importante a nuestro juicio para entender la industria del lujo actual es su segmentación vertical. Es una industria que se mueve por las ventas y las cifras de negocio que consiguen en cada semestre. Además, es un sector donde la marca juega un papel fundamental. Esto es así porque la marca es una de las claves para transmitir emociones, vehículo de experiencias y también de la comunicación.

---

*Tribunal en relación al segundo motivo de impugnación que se formula por el recurrente ya que, en relación a la existencia de actos de competencia desleal, el planteamiento se formula de forma subsidiaria respecto del primero, de modo que estimado aquél, infracción marcaría, no cabe analizar éste*. En el mismo sentido, SSAP de Madrid de 4 de Mayo de 2006, de 11 de enero de 2007 y de 6 de junio de 2007.

<sup>287</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en...” p. 182.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>289</sup> Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “La marca en ...”, p. 182.

<sup>290</sup> Vid. al respecto, <https://www.modaes.com/empresa/hermes-sigue-inmune-a-la-crisis-del-lujo-crece-un-13-y-rebasa-los-15000-millones#:~:text=La%20compañía%20ha%20cerrado%20el,lujo%20en%20todo%20el%20mundo>. (consultado el 2 de febrero de 2025)

**146.** Esta industria a pesar de que se esfuerza por hacerlo muy bien ejercicio económico tras ejercicio económico se enfrenta a retos importantes en los próximos años. Uno de ellos es todo lo relativo a la *circularidad* y a hacer el negocio más sostenible consecuencia de las normas que están entrando en vigor en europea pacto verde europeo<sup>291</sup>.

**147.** Otro reto es la *digitalización*. A pesar de que la pandemia del año 2020 aceleró la omnicanalidad en el lujo, todavía a día de hoy, muchas firmas tienen aspectos a mejorar para poder llegar a las generaciones más jóvenes.

**148.** Un desafío también presente es el *cuidado de la marca y evitar su dilución*. La democratización del lujo presenta efectos económicos muy positivos en las cuentas de resultados de estas compañías. Sin embargo, desde el punto de vista de la imagen de marca querer estar presente en tantos segmentos del mercado y llegar a clientes tan diversos plantea retos en cuanto a la imagen de marca. Un exceso de presencia en el mercado, distribuidores oficiales que no siguen las políticas de descuentos que la firma exige, son factores que pueden dañar la imagen de marca y hacer que su aura de glamour y su identidad se vea afectada. Por lo tanto, ese balance entre la venta de lujo accesible y el respeto a la identidad de marca siempre es un aspecto que se estudia a fondo y analiza por estas empresas para evitar cometer errores y dañar el bien máspreciado de las empresas que poseen marcas de lujo.

**149.** Un elemento clave para conjugar exclusividad y accesibilidad en los productos de lujo es la forma en la que se comercializan sus productos. A lo largo del trabajo hemos apuntado los diferentes canales de venta en los que suelen operar las empresas del sector del lujo. La distribución no es un aspecto cualquiera dentro de las decisiones estratégicas de una firma de lujo. Esto hace que el Derecho entre en escena y en particular, el Derecho de la distribución comercial y el Derecho de la competencia europeo. Además, estas disciplinas jurídicas juegan un papel importante para paliar una de las preocupaciones de las firmas de lujo: el comercio paralelo.

**150.** En definitiva, se puede afirmar que, aunque el comercio paralelo es un fenómeno que, aunque no es reciente, sigue planteando problemas para las marcas de lujo en la actualidad. Un ejemplo de ello ha sido las importaciones paralelas a China o *daigou* al que hemos hecho en el trabajo referencia. La distribución paralela supone una brecha en sus cuidadas redes de distribución y además, en ocasiones, puede vulnerar el prestigio de la marca. No hay muchas máximas fijas y rotundas en atención al comercio paralelo pero sí que pueden destacar tres: 1) el caso concreto que se plantee es importante para determinar si es una actividad lícita o no, tanto desde un punto de vista marcario como de competencia desleal; 2) El comercio paralelo no es ilícito en términos generales en la UE, la libre circulación de mercancías y el agotamiento del derecho de marca lo amparan; 3) Tampoco se parece en nada ni guarda relación al comercio negro, así, el caso concreto es el que determinará si hay alguna excepción en el caso de que el agotamiento del derecho de marca se haya producido. Bien porque el distribuidor paralelo con su forma de vender daña la imagen y prestigio de la marca, bien porque ha modificado el envase o paquete del producto.

**151.** Así, desde nuestro punto de vista, si se parte de la perspectiva de la firma de lujo, será importante poder probar en caso de contienda legal que se lleva a cabo una distribución cuidada, selecta, que se tiene una red de distribución blindada en la que se incluyen incluso en los contratos restricciones de competencia, exentas de prohibición en virtud de Reglamento 2022/720, pero al fin y al cabo restricciones, que hacen que la distribución se cuide al máximo y no cualquiera pueda hacerse con los productos de la red. Estos contratos permiten demostrar que hay unas redes de distribución instauradas

---

<sup>291</sup> Sobre el pacto verde europeo y la industria de la moda *vid.*, entre la doctrina sin carácter exhaustivo, J.L. QUINTANA CORTÉS, “La regulación del impacto ambiental de la moda: hacia la deseada circularidad”, en I. ANTÓN JUÁREZ (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho de la Moda*, Aranzadi La Ley, Navarra, 2023, pp. 347-375. ID, “¿Cuáles son los retos regulatorios del sector de la moda en materia de sostenibilidad ambiental?”, en I. ANTÓN JUÁREZ (Dir.), *20 cuestiones clave sobre el Derecho de la moda*, Aranzadi La Ley, 2024, pp. 679-705. Sobre sostenibilidad y lujo *vid.* S. ROVAI/M. DE CARLO (editoras), *Made in Italy and the luxury market*. Heritage, sustainability and innovation, Routledge, 2023.

costosas y medidas hasta el último detalle y que si el distribuidor independiente no vende de forma similar a como lo hace la red puede implicar un daño en el prestigio de la marca.

**152.** Desde la perspectiva del distribuidor paralelo, si en el EEE el derecho de marca está agotado, en principio hay luz verde a su práctica. Lo único que debe ser cuidadoso y poner atención a la venta que realiza para evitar denigrar las marcas objeto del comercio paralelo. También es interesante que informe al consumidor y sea transparente, esto no evita quizás una infracción de marca, pero la transparencia es un punto extra para este tipo prácticas siempre tan opacas.

**153.** Para concluir, en relación a la pregunta que nos planteábamos en el presente trabajo, si la industria del lujo es una industria multimillonaria que juega a dos bandas, la respuesta es en gran medida, sí. El comercio paralelo es un reflejo. Todavía se fabrica mucho producto accesible y hay un excedente del mismo, y a esto se le añade la comunicación masiva que llevan a cabo las grandes firmas del lujo, nunca han sido tan conocidas como lo son en la actualidad. Generan deseo, y mucho, a millones de personas de todas las edades, sin embargo, aunque estemos en el segmento del “lujo accesible” los productos tienen precios elevados y no todos esos millones de potenciales clientes pueden comprarlos, por lo que el comercio paralelo se convierte en una vía de acceso a producto, ni más ni menos. Mientras que haya producto, brechas en las redes de distribución, diferencia de precio entre mercados y deseo, mucho deseo, seguirá existiendo el comercio paralelo.