

Tema 5. El comercio paralelo

I. El concepto de comercio paralelo

El comercio paralelo es la venta de productos originales al margen de la red oficial de distribución. Este fenómeno tiene lugar cuando se importa un producto original sobre el que recae un DPII – bien de marca, de patente o de copyright- otorgado por el país de exportación. Lo relevante es que la venta en el país de importación es llevada a cabo por un operador o distribuidor que no pertenece a la red oficial y que es conocido como importador paralelo, distribuidor independiente o por seguir con la terminología norteamericana *free rider*.

El revendedor independiente o *free rider* compra los productos en un mercado donde los precios de los productos son menores o inferiores en comparación con el país donde va a importar el producto. El *free rider* vende a un precio mayor en el país de importación pero más barato que al precio al que está vendiendo la red oficial.

Ejemplo práctico. La empresa X, dedicada a la distribución al por menor en España de productos de marroquinería contacta con el distribuidor oficial de marca FUNN en España. El objetivo de X es adquirir productos de dicha marca para poder venderlos en sus establecimientos. El responsable de la red de distribución de los productos de la marca FUNN en España le deniega el suministro. Básicamente, las razones que ofrece el titular de la red oficial de FUNN es que X no cumple los criterios cualitativos necesarios para poder ser distribuidor de dicha marca de bolsos. Ante la negativa, X investiga un poco más y contacta con un distribuidor mayorista de los productos de dicha marca en Canadá. Este distribuidor estaría dispuesto a servirle la mercancía a un precio bastante atractivo para X. Esto es así debido a que el modelo Kunny, bolso icónico de la firma, lo va a poder adquirir por 25 euros cada unidad aproximadamente, mientras que en España ese mismo modelo está siendo vendido por más de 100 euros. La empresa X, no lo duda, y fleta un cargamento de 2.000 unidades para vender en el mercado español. El resultado es que X, distribuidor no oficial de la marca FUNN va a vender un producto designado con una marca, al margen de la red oficial de distribución que existe en el mercado

español. El precio al que va a vender los bolsos en el mercado español será bastante superior a los 25 euros que le ha costado la unidad pero menor que al precio al que está vendiendo la red oficial de FUNN en España.

II. Factores que provocan su existencia

En relación a los factores que provocan la existencia del comercio paralelo, se podrían destacar de forma principal tres: 1) mercados en los que existen restricciones de competencia; 2) diferencia de precio de los productos; 3) Traspaso de fronteras

Respecto a que el comercio paralelo surge en mercados donde existen restricciones de competencia (A. J DE MARTÍN MUÑOZ, p. 24), decir que estas restricciones son consecuencia de la instauración de redes de distribución limitada, o lo que es lo mismo, sistemas de distribución selectiva o sistemas de distribución exclusiva. Estos sistemas no permiten que los productos sean revendidos por cualquiera. En el caso de la distribución selectiva, los titulares de la red eligen a sus miembros, es decir a los distribuidores oficiales de la red, en base a criterios cualitativos. Criterios de calidad como las dimensiones del local donde van a vender los productos, si cuentan con personal cualificado, si pueden prestar servicio preventa y posventa. Criterios que, en definitiva, van en consonancia con el *glamour* y prestigio de la marca. Este tipo de sistemas es utilizado para productos como cosméticos, perfumes, joyería, productos tecnológicos, donde el distribuidor, aunque conserva su independencia como empresario debe seguir unas estrictas directrices marcadas por el titular de la red.

En relación a los sistemas de distribución exclusiva decir que en este caso la elección de los distribuidores es respecto a criterios cuantitativos. No importa tanto las cualidades del distribuidor, sino que no haya más de un número de distribuidores por zona. Ejemplo: concesionarios de coches.

En definitiva, ambos sistemas (distribución selectiva y distribución exclusiva) limitan de una forma u otra el acceso a la red de distribución. No cualquiera puede vender los productos.

En contraposición, se encontraría los sistemas de distribución abiertos. En éstos, cualquier distribuidor puede formar parte de la red. En este tipo de

productos, el importador paralelo tendría poco o ningún margen de actuación debido a que a diferencia de lo que sucede en las redes de distribución limitadas, en los sistemas de distribución abiertos, los precios de los productos suelen ser homogéneos en todos los mercados de venta.

Esto nos lleva al segundo factor que propicia la existencia del comercio paralelo, que no es otra cosa que la diferencia de precio de los productos de un mercado a otro (F. CARBAJO CASCÓN, p. 88). Se podría decir que esta diferencia de precios obedecería a tres razones:

- *Nivel de vida del país en cuestión.* Hay países en los que la renta *per cápita* es mayor que en otros. Esto implica que los ciudadanos disponen de más dinero para gastar. Las marcas, o mejor dicho, los empresarios que están detrás de estas marcas – fabricantes, proveedores, distribuidores- son conscientes e intentan sacar el máximo rendimiento económico al producto. En los productos de lujo, “inflar” o aumentar sin alguna razón que lo justifique el producto es habitual. Lo que sucede es que unos mercados permiten que sea más que otros.

- *Gastos de la red de distribución.* Directamente relacionado con lo anterior, también hay que tener en cuenta que la diferencia de precio de un mismo producto de un país a otro puede obedecer al gasto que conlleva el mantenimiento de la red de distribución. Hay que tener en cuenta que no cuesta lo mismo mantener una red de distribución selectiva en Croacia que en París. Los costes de este tipo de redes son elevados (publicidad, servicio pre-venta o pos-venta) lo cual repercute en el precio final del producto.

- *Fluctuaciones monetarias.* El cambio de valor del dinero también puede estar detrás de las diferencias de precios entre países respecto a un mismo producto. En Europa, este era un factor muy importante antes de la instauración del Euro.

Por último, un último factor que propicia la existencia de las importaciones paralelas sería el traspaso de fronteras nacionales (I. ANTÓN JUÁREZ, p. 117). El comercio paralelo es difícil concebirlo sin este elemento extranjero que conlleva la compra de productos en un Estado para revenderlos en otro. El negocio consiste en que el margen de beneficio es suficiente como

para soportar el gasto de transporte, de asentamiento en dicho mercado, de llegar al consumidor y aun así queda margen de beneficio para el importador paralelo.

III. Los protagonistas: agentes que se ven afectados por la existencia del comercio paralelo

Entre los agentes que se ven afectados por el comercio paralelo es posible destacar:

- *El free rider o distribuidor independiente.* Éste 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.

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.

- *El distribuidor oficial.* El distribuidor oficial puede ser el propio fabricante, o bien, un mayorista, o bien un minorista local -agente, importador autorizado, licenciataria-. 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 *free rider*. 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 (D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, p. 1431). 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 éste. Por lo tanto, el cambio que implica la existencia o no del comercio paralelo en un mercado es interesante de analizar desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

La inexistencia 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 (D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, P. 1431). 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. 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 (D. MATTHEWS/V. MUÑOZ, P. 1431).

- *Los consumidores.* Los consumidores son los mayores beneficiarios de la existencia de importaciones paralelas debido a que pueden acceder a determinados productos a un precio menor. De hecho, en los países subdesarrollados la existencia de comercio paralelo puede ser vital. Esto es así, ya que, podría ser la única vía mediante la cual puedan acceder a los medicamentos, especialmente cuando los gobiernos de dichos países no pueden subvencionarlos (M. GANSLANDT/ K. MASKUS/ E. V. WONG, PP. 207 Y SS.). Cuando se trata de productos en los que existe una patente vigente, el comercio paralelo puede ser la única fuente de suministro alternativa.

- *Los Estados.* La importancia de las políticas económicas de un gobierno en cuanto a si se permite o restringe el comercio paralelo es considerable. Dos son los ámbitos en los que las políticas de apoyo al comercio paralelo cobran especial relevancia. Por un lado, las importaciones paralelas suponen un freno a las prácticas restrictivas contrarias al Derecho de la competencia (D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, P. 1430). 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 esfuercen 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. Por otro lado, la legalidad de las importaciones paralelas es determinante en sectores como el de la salud o productos necesarios para la agricultura, *ad ex.* los fertilizantes. Como ya se adelantaba, la diferencia entre la prohibición o la legalización de las importaciones paralelas puede ser vivir o morir para una persona del tercer mundo. El comercio paralelo permite el acceso a las medicinas a un precio menor que de otra forma ni hospitales ni farmacias podrían suministrar (D. MATTHEWS/V. MUÑOZ TELLEZ, p. 1430) Al igual que el acceso a productos como fertilizantes o semillas que contribuyen al desarrollo y prosperidad de una sociedad.

IV. Motivos por los que aparece el comercio paralelo

Las razones por las que el comercio paralelo puede tener lugar serían las siguientes:

1) *Fugas en la red.* Fugas debidas a incumplimientos contractuales de los propios distribuidores oficiales. Las redes de distribución selectiva, cuando algún miembro de la red no cumple la prohibición de no revender a terceros no autorizados la fuga de la red ya se ha producido. La deslealtad de alguno de los miembros de la red es una de las causas más frecuentes por las que se producen las importaciones paralelas. Las razones que pueden llevar a un miembro de la red a incumplir el contrato pueden ser variadas, desde dar salida a un stock sobrante hasta por la tentación de la suma de dinero que le ofrece el *free rider*. La existencia de fugas hace que las grandes marcas hagan firmar a sus distribuidores más que contratos verdaderos armazones jurídicos donde estudian hasta el más mínimo detalle. Por ejemplo, la red puede llegar a controlar no sólo el número de mercancías vendidas al distribuidor sino el número de productos máximo que puede vender a un único cliente. También controlan actualmente el tema del almacenamiento de las mercancías, las marcas llevan a cabo políticas con el fin de que el distribuidor almacene el menor número de productos posibles. Sin embargo, en otras ocasiones el incumplimiento contractual no es consecuencia del distribuidor oficial, sino de un distribuidor independiente al

cual vendió directamente el fabricante y/o proveedor de los productos con el fin de que las revendiera fuera del EEE. Esto es lo que sucedió en el asunto *Yves Sant Laurent/Javico*. *Yves Sant Laurent* celebró un contrato con Javico, distribuidor alemán. El destino de las mercancías estaba muy claro: fuera del EEE, en concreto debían ser vendidas en Rusia y en Ucrania. *Javico* no cumplió e *Yves Sant Laurent* se encontró las mercancías en Inglaterra, Bélgica y los Países Bajos. Este incumplimiento hizo que los productos *Yves Sant Laurent* se vendieran dentro en dichos países al margen de las redes oficiales.

2) *Forma de organizar la propia red*. En segundo lugar, en relación a la forma de organizar la red de distribución decir que en otras ocasiones los productos caen en manos de revendedores independientes debido a que la forma de organizar la red permite que haya fugas (I. ANTÓN JUÁREZ, pp. 296-297. /F.CARBAJO CASCÓN, p. 174 y ss.). Por ejemplo, si se instaura una red de distribución selectiva en todo el EEE, el titular de la red puede imponer la prohibición de reventa a terceros en todos los países del EEE donde se instaura la red de distribución selectiva. Es más, se podrían incluir en estos sistemas de distribución selectiva cláusulas de distribución exclusiva con el fin de blindar aún más la red siempre y cuando no se restrinjan las ventas activas. Sin embargo, no siempre se opta por instaurar un sistema de distribución selectiva en todos los países de venta – bien porque es costoso, no se considera necesario, etc.-. Ésta segunda opción puede dar lugar a que en algunos países se venda mediante un sistema de distribución selectiva y en otros mediante un sistema de distribución exclusiva. Es decir, imaginen empresa de cosméticos española que desea que comercializar sus productos mediante distribuidores independientes, en algunos países como España y Portugal instaura una red de distribución selectiva. Sin embargo, en Grecia vende mediante una red de distribución exclusiva. Esto tiene una consecuencia muy clara: el distribuidor selectivo español va a poder encontrarse productos revendidos mediante revendedores independientes, debido a que éstos consiguieron las mercancías en un mercado – el griego- donde hay instaurado un sistema de distribución exclusiva. En estos sistemas a los distribuidores oficiales no se les puede prohibir la venta a terceros que no pertenecen a la red.

V. Los principios en los que se basa el comercio paralelo

El comercio paralelo implica que las mercancías circulan libremente, y que, por tanto, con ello se consigue un mayor grado de competencia en los mercados. Esto es así debido a que con el comercio paralelo existe una fuente de suministro alternativa a la de la red oficial. Los mercados de los Estados miembros dejan de ser tan nacionales para pasar a estar más integrados. No obstante, la existencia de las importaciones paralelas implica que los titulares de las marcas no van a poder oponerse a la reventa de sus productos. Es decir, que los derechos de marca se van a limitar con el fin de que los productos circulen. Esto es así debido a que el titular de un producto de marca no puede oponerse a la reventa en base al principio del agotamiento del derecho de marca.

Por lo tanto, el comercio paralelo navega entre dos corrientes, la de la libre circulación de mercancías y la de la protección de los DPII (I. ANTÓN JUÁREZ, pp. 132 y ss.). En busca de un mercado único real y consolidado, el comercio paralelo se considera legal. Por regla general, la balanza tiene a inclinarse más al lado de la libre circulación de mercancías por eso se puede afirmar que el comercio paralelo se considera totalmente lícito dentro de la UE. Sin embargo, como toda regla general existen excepciones o mejor dicho escenarios que justifican excepciones a esta licitud del comercio paralelo. Sobre todo, estas excepciones vendrán de la mano de los DPPI, especialmente del Derecho de marcas. Como este Derecho también se intenta proteger junto con la libre circulación de mercancías, y así aunque esté limitado a la primera comercialización, los titulares de marcas de determinados productos vía distribución selectiva van a poder también restringir el comercio paralelo y ser lícito para el Derecho de la competencia

VI. Bibliografía

-I.ANTÓN JUÁREZ, La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea, La Ley, 2015.

- I. ANTÓN JUÁREZ, “Problemas de la venta on line de productos de marca”, *Revista de derecho de la competencia y de la distribución (Rcd)*, nº 16, 2015, pp. 95-124.
- F. CARBAJO CASCÓN, "El contrato de distribución selectiva", en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a. A CALZADA CONDE (Dir.), *Contratos Mercantiles*, 5^a ed., Madrid, Thomson-Aranzadi, 2013.
- F. CARBAJO CASCÓN, *La distribución selectiva y el comercio paralelo de productos de lujo*, Ibañez-Depalma-Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.
- F. CARBAJO CASCÓN, *Sistemas de distribución selectiva. Aspectos concurrenciales, contractuales y marcarios*, La Ley, Madrid, 2013.
- J.L. DÍAZ ECHEGARAY, "El contrato de distribución exclusiva o de concesión", en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO/ M^a.A. CALZADA CONDE, *Contratos mercantiles*, 5^a ed, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.
- A. J. DE MARTÍN MUÑOZ, *El llamado comercio paralelo en el Derecho mercantil europeo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2001.
- 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.
- M. GANSLANDT/ K. MASKUS/ E. V. WONG, “Developing and Distributing Essential Medicines to Poor Countries: The Defend Proposal” en C. FINK/ K. MASKUS (eds.), *Intellectual Property and Development: Lessons from recent economic research*, Banco Mundial – Oxford University press, 2005.